

La Nuova Normativa in tema di reati contro la PA



TRACCE

Traccia: I nuovi reati di corruzione. Il Traffico di influenze illecite.

Traccia: Il sistema sanzionatorio applicabile ai pubblici dipendenti condannati per il reato di peculato.

Traccia: La responsabilità penale e contabile del pubblico dipendente.

Traccia: il danno all'immagine della PA in conseguenza della commissione di reati di corruzione

Traccia: il reato di indebita percezione di erogazioni di Stato. Differenze ed interferenza con il reato di truffa

Traccia: L'abolitio sine abolitione del reato di millantato credito

Traccia: il sistema premiale nei reati di corruzione.

Sommario: Inquadramento teorico (p.1). 2. Le singole fattispecie penali (p. 16). 3. Massime giurisprudenziali (p.17). 4. Approfondimenti teorici sulla responsabilità del pubblico dipendente (p.19). 5. Il peculato d'uso (p. 28). 6. Peculato mediante profitto dell'errore altrui. Giurisprudenza. (p.34). 7. Approfondimento teorico sull'art. 316 c.p. (36). 8. Giurisprudenza (p.43). 9. Approfondimento teorico (p. 45). 10. Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato . Giurisprudenza (p. 53). 11. Approfondimento teorico (p. 56). 12. Concussione. Giurisprudenza (p.87). 13. Approfondimento teorico (p.89). 14. Pene eccessorie e corruzione per l'esercizio della funzione . Giurisprudenza (p.105). Approfondimento teorico (p.108). 16. Corruzione per atto contrario ai propri doveri. Giurisprudenza (p.117) 18. Il delitto di induzione indebita (p. 129). 19. Corruzione in atti giudiziari (p. 151). 20. Approfondimenti teorici (p. 153). 21. Induzione indebita a dare o promettere utilità (p. 165). 22. Corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (p.167). 23. Istigazione alla corruzione (p.169). 24. La corruzione fra privati (p.170). 25. Corruzione internazionale (p.197). 26. Riparazione pecuniaria e abuso d'ufficio (p.202). 27. Rivelazione di segreti

d'ufficio (p. 204). 28. Rifuto od ommissione d'ufficio (p. 206). 29. Resistenza a p.u, edoltraggio (p.212). 30. Ancora sul traffico di influenze illecite (p. 217). 31. Abusivo esercizio della funzione pubblica (p.251). 32. Incanti (p. 254). 33. Inadempimenti di contratti di fornitura . Giurisprudenza (p. 259)

1. INQUADRAMENTO GENERALE TEORICO

Fonte: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2018, pag. 1126

Autori: Vittorio Manes

CORRUZIONE SENZA TIPICITÀ

Sommario: 1. “Lotta alla corruzione” e pedagogia punitiva. — 1.1. Calmierare il grado di percezione sociale della corruzione. — 1.2. Dall’“ossessione del prestigio” all’“immagine di incorruttibilità della p.a.”. — 2. Le “nuove” modalità della condotta: l'apogeo dell'abuso della qualità e del conflitto di interessi. — 3. Fattispecie a “tipicità sintomatica”. — 3.1. Il traffico di influenze illecite. — 3.2. La corruzione per l'esercizio della funzione. — 3.3. L'induzione indebita a dare o promettere utilità. — 4. Oltre i tipi criminologici d'autore: dal Tatbestand al corpus delicti. — 5. (Excursus:) Ai confini della corruzione: le turbative (art. 353 e 353 bis c.p.). — 6. Ricadute processuali: il contraddittorio “nano” e la slippery slope dell'inversione tra oggetto e mezzo di prova. — 7. La doverosa “supplenza ermeneutica” del giudice: alcune esemplificazioni. — 7.1. La corruzione per l'esercizio della funzione e la sua intrinseca dorsale offensiva. — 7.2. L'induzione indebita e la connessione teleologica tra abuso, induzione e dazione illecita. — 7.3. I reati di turbativa nella prospettiva dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

Abstract

La “lotta alla corruzione” ha preso corpo in una progressiva rimodulazione delle fattispecie penali che sembra perseguire, come primo obiettivo, il fine di calmierare il grado di percezione sociale della corruzione, assumendo ad oggetto di tutela “l'immagine di incorruttibilità della p.a.” In questa prospettiva, la scelta legislativa elegge a strumenti di azione fattispecie “a tipicità sintomatica”, costruite su concetti-cardine indefiniti e sfuggenti quali l’“abuso ella qualità” e il “conflitto di interessi”. Il risultato è un marcato deficit di tassatività e determinatezza del sistema, focalizzato su tipi criminologici di autore ben più che su fatti offensivi, con significative ricadute anche sul piano processuale e probatorio. Ne sono esempio emblematico i reati di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e di “induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319-quater c.p.); ma analoghi difetti di tipicità si registrano al cospetto delle diverse

ipotesi di turbativa (art. 353 e 353-bis c.p.). Su queste basi, l'Autore propone un percorso interpretativo volto a restituire al sistema dei reati contro la p.a. un coefficiente di tassatività compatibile con le garanzie costituzionali.

1. “Lotta alla corruzione” e pedagogia punitiva. — È un fatto che la corruzione sia ormai ascritta ai mali epidemici del Paese, oggetto di costante attenzione in sede nazionale e sovranazionale; a margine di scandali e inchieste che toccano i più diversi ambiti ed ogni contesto geografico, se ne denunciano ciclicamente l'escalation (1), gli effetti distorsivi, e i costi megalici per l'economia e per la democrazia, nel quadro di ricerche sempre più numerose su cause e possibili rimedi (2).

Non è nostra intenzione — né saremmo certo in grado di — verificare la scientificità delle rilevazioni (3), ed assumiamo quindi — con ovvia preoccupazione — i dati come premesse tacite, nonostante la “assoluta difficoltà di una quantificazione precisa” del fenomeno corruttivo, segnalata anche dagli osservatori più autorevoli (4), e le frequenti divergenze di dati, a seconda della diverse prospettive seguite (5).

A questa preoccupazione ne affianchiamo, tuttavia, un'altra, sul piano tecnico-giuridico, e della tenuta dei principi che presidiano l'intervento penale.

Ciò che preme rilevare, in particolare, è che a fronte dell’“emergenza corruzione” — oggetto di una “narrazione mediatica” ormai sedimentata nella memoria collettiva secondo lo slogan per cui “la corruzione è dappertutto” (6) — e della avvertita necessità di avviare “(anche) una battaglia culturale” (7), lo statuto penale della pubblica amministrazione registra sempre più — per effetto di riforme che si stratificano con frequenza crescente — una progressiva erosione della tipicità e della frammentarietà, con una conseguente curvatura dell'intervento repressivo verso il mero disvalore di azione, se non in chiave soggettivistica e “sintomatica”, al traino di una preminente funzione pedagogica del diritto penale come strumento di palingenesi morale e di “etica pubblica” (8).

L'impressione, in altri termini, è che al cospetto di questa meritoria ed urgente “operazione culturale” (9), lo strumentario repressivo sia stato non solo coinvolto, ma assunto come “apripista”, piegando progressivamente le fattispecie lato sensu corruttive — sempre meno determinate e “tipiche” (10) — allo scopo di una penalizzazione “a tappeto”, senza soluzione di continuità né spazi di frammentarietà, così da colpire ogni sintomo o sospetto di possibile contaminazione affaristica; una linea oltranzista che — accostata alla limitata operatività di altri contigui presidi, pur riferibili a forme di abuso funzionale (l'abuso d'ufficio, ex art. 323 c.p.; l'omissione di atti d'ufficio, ex art. 328 c.p.) — finisce con il profilare un assetto sistematico ben poco coerente, in un gioco di vuoti e pieni nel quale la risposta penale viene spesso a

declinarsi sull'alternativa paradossale “all or nothing” — o “corruzione” o “irrilevanza penale” —, senza dunque soluzioni graduate in termini di disvalore e sanzioni.

Peraltro, la perdita di tipicità delle fattispecie, funzionale al potenziamento delle prestazioni repressive, si iscrive in uno statuto disciplinare “differenziato” ed orientato ad un medesimo obiettivo di efficienza, finalità — del resto — apertamente confessata e primariamente perseguita dalle novelle del 2012 e del 2015 (11), e dai successivi interventi, nei più diversi ambiti: quello sostanziale, dove da un lato il legislatore ha introdotto — quasi a pendant dei diversi inasprimenti di pena — una attenuante premiale per corrotto e corruttore “pentiti” (art. 323 bis, comma secondo, c.p.) (12), oltre alla “riparazione pecuniaria” che si somma al risarcimento del danno e alla confisca (art. 322 quater c.p.), con ricadute restrittive sul regime della sospensione condizionale della pena (art. 165, comma quarto, c.p.) (13); dall'altro ha ricompreso diversi reati contro la P.A. tra quelli per cui l'interruzione della prescrizione può comportare un aumento della metà del tempo base necessario a prescrivere indicato dall'art. 157 c.p.(14); quello processuale, dove la stessa “riforma Orlando” (l. n. 103 del 2017) ha inserito — modificando l'art. 132 bis disp. att. c.p.p. — tra i processi da trattare in via prioritaria quelli per i reati di cui agli artt. 317,319,319 ter, 319 quater, 320,321 e 322 bis c.p., incanalandoli in un binario preferenziale che può peraltro “deviare” dalle forme ordinarie solo se ricorrono presupposti peculiari (15); quello delle misure di prevenzione, dove le più recenti innovazioni (l. n. 161 del 2017) hanno esteso ulteriormente il loro raggio di azione alle ipotesi in cui vi sia il sospetto anche di un solo episodio di corruzione (e altri reati contro la pubblica amministrazione), pur realizzato in un contesto associativo (16), confermando i “corruttori” — e più in generale gli autori di molti ed eterogenei “fatti” riconducibili, praeter probationem, a diverse ed eterogenee figure di criminalità “amministrativa” — come nuovi “tipi d'autore” espressivi di una originale carica di “antisocialità generica”, da colpire appunto in via preventiva (17); sino agli atout dell'agente provocatore o, piuttosto, dell'agente “sotto copertura”, come “nuovi” possibili strumenti salvifici entrati con interesse multipartisan — assieme ad ulteriori novità — nell'agenda politico-criminale della fight against corruption (18).

Il discorso, dunque, potrebbe spingersi ben oltre la sola prospettiva sostanzialistica, e concentrata sul binomio tipicità/offesa, al centro di questa analisi.

1.1. Calmierare il grado di percezione sociale della corruzione. — Limitandoci a questo fronte, non si tratta dunque solo di prendere atto di come le cornici edittali, specie per la costellazione dei reati di corruzione (art. 318-319-319 quater c.p., etc.), abbiano subito una violenta impennata, votata a tramandare — sul piano simbolico-espressivo — un messaggio di “tolleranza zero”, e soprattutto a neutralizzare le

diffuse aspettative di impunità a lungo addebitate a quella “creatura teratologica” — ormai anestetizzata — che è la prescrizione.

Piuttosto, dietro la rimodulazione delle fattispecie punitive — dietro la Tatbestandsgestaltung ben prima che dietro l'escalation sanzionatoria che le accompagna — è possibile intravedere un mutamento di strategia ed un restyling, anzitutto, nella sagoma degli interessi protetti e/o perseguiti dal legislatore: interessi tra i quali affiora, in prima fila, il fine di calmierare il grado di percezione sociale, e la correlativa, strisciante, accettazione (social acceptance) dei fenomeni di corruzione sistemica.

In altri termini, la legislazione penale — più che a proteggere interessi materiali ed afferrabili — sembra volta anzitutto a fomentare, in chiave promozionale, la massima riprovazione sociale (blame), quale interesse immateriale assunto come necessaria carica retrovirale rispetto all'elevarsi dei livelli di “corruzione percepita” (Corruption Perception Index) nell'immaginario collettivo, ampiamente segnalati dalle agenzie internazionali (ed anzitutto da Transparency International).

Il sistema penale orienta dunque il sotto-sistema dei reati contro la p.a. — recte, la sua porzione principale — ad una funzione prettamente comunicativa che assume la stessa “comunità” come destinatario del proprio agire comunicativo (19), ma con una variante significativa rispetto alle cadenze ordinarie del “populismo penale” (20), percepibile già sul piano degli interessi assunti a punto di fuga della tutela, giacché la simbologia comunicativa — il messaggio — da fine della opzione punitiva diventa oggetto della stessa: “bene giuridico” — per così dire — “in sé”, ed “autoscopo” (Selbstzweck) della norma penale.

1.2. Dall’“ossessione del prestigio” all’“immagine di incorruttibilità della p.a.”. — Così, dopo la faticosa emancipazione culturale dall’“ossessione del prestigio” tanto cara al codice Rocco, e dopo anni di travagliata riconversione degli interessi tutelati in chiave costituzionalmente orientata nella cornice dei principi di “buon andamento e imparzialità” (art. 97 Cost.) (21), o aggiornata su valori comunque “afferrabili” (22) nell'ottica di una tutela dell'agire amministrativo da possibili distorsioni funzionali in chiave dinamica, la preferenza attuale sembra andare à rebours, verso oggettività immateriali e spiritualizzate, dove diventa centrale (il messaggio volto a ripristinare) l’“immagine di incorruttibilità della p.a.”, e l'assenza di ogni ombra o sospetto di contaminazione in capo a chi rivesta una qualifica pubblicistica, specie se di natura politica (23), secondo un preciso disegno di “moralizzazione” e di pedagogia della società, perseguite per il tramite del diritto e, parallelamente, del processo penale, ultima “Maginot” contro il dilagare del “malcostume politico-affaristico”.

2. Le “nuove” modalità della condotta: l'apogeo dell'abuso della qualità e del conflitto di interessi. — Alla nuova fisionomia dell'interesse tutelato corrisponde, in effetti, una precipua revisione strutturale dei reati: infatti, lo strumentario funzionale al menzionato progetto di palingenesi morale e culturale della società — o dell'immaginario collettivo, vero destinatario della semantica comunicativa — rispetto alla criminalità white collar si affida a fattispecie “a deflagrazione anticipata” e contrassegnate da una “tipicità ubiquitaria”, imperniate dunque su logiche d'autore più che su “fatti” effettivamente distorsivi dell'agire amministrativo, e più in generale su tipi punitivi a basso coefficiente di tassatività e/o ad analogia implicita, dunque dallo spettro applicativo amplissimo (24), la cui giustapposizione è tale da costruire un fitto groviglio di norme cui l'indeterminatezza — in uno con le gravissime pene minacciate — assicura spiccata pregnanza inquisitoria e formidabili prestazioni in sede operativa; e ciò, si noti, sia nei confronti dei pubblici agenti che nei confronti del privato, che cessa di essere l'impotente vittima della prevaricazione, l'improvvido autore di regalie (più o meno) d'uso, o il “malcapitato compratore di fumo” (25), per sedersi al fianco del pubblico ufficiale sul banco degli imputati, secondo le cadenze — rispettivamente — dei nuovi artt. 319 quater, 318,346 bis c.p. Una simile rete “a maglie fitte” assicura al contempo, a valle, una immediata possibilità di rispondere — giuridicamente e mediaticamente — ai periodici “scandali” che dominano i palinsesti (“bad news are good news”), garantendo alla risposta inquirente — alla stregua di un placebo — immediati effetti placativi; ma, a monte, sembra soprattutto perseguire l'obiettivo di fomentare “generalprevenzione mediante incertezza” (26). Non stupisce, quindi, che uno dei concetti-fulcro della nouvelle vague sia quello mellifluo e àtono dell'abuso della qualità: concetto che lo stesso codice Rocco, pur nella già fitta trama di fattispecie costruita a tutela della pubblica amministrazione, aveva impiegato con sorvegliata cautela, in chiave di evidente eccezionalità (27), e che ora invece assurge a nota offensiva dominante del nuovo assetto; nota — almeno a primo acchito — centrale, come si sa, sia nella nuova fattispecie di “Corruzione per l'esercizio della funzione”, ai sensi dell'art. 318 c.p. sia nella fattispecie di “Induzione a dare o promettere utilità”, di cui all'art. 319 quater c.p., entrambe ben lontane — come molti altri protagonisti dell'attuale arsenale punitivo — da quel tradizionale concetto-cardine dei reati contro la p.a. che era l'abuso del potere o della funzione (28).

Al fianco dell'abuso della mera qualità, poi, guadagna uno spazio protagonista il conflitto di interessi, le cui figure sintomatiche si moltiplicano a dismisura (non solo nelle periodiche linee-guida dell'ANAC): la loro ricorrenza fa presumere tanto l'uso distorto del munus publicum quanto la natura intrinsecamente indebita di ogni eventuale vantaggio o ricaduta per i protagonisti, rendendo persino ultronea l'identificazione di una ricompensa privata perché qualsiasi decisione pubblica presa

in conflitto di interessi si remunera già da sé, tramandando una dinamica illecita in re ipsa (29).

2. Il traffico di influenze illecite e la corruzione per l'esercizio delle funzioni

3. Fattispecie a “tipicità sintomatica”. — Ad una prima analisi, le fattispecie-simbolo di questa mutata strategia sembrerebbero, in effetti, i delitti di “traffico di influenze illecite” (art. 346 bis c.p.) e di “corruzione per l'esercizio della funzione” (art. 318 c.p.), che identificano i poli estremi e massimamente emblematici del continuum punitivo.

3.1. Il traffico di influenze illecite. — Nel delitto di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.) — la cui introduzione origina, come noto, da plurimi obblighi internazionali — l'abuso di potere resta tutto e solo potenziale, giacché la stessa ratio della norma — storicamente — la vuole orientata a colpire “those persons who are in the neighbourhood of power and try to obtain advantages from their situation, contributing to the atmosphere of corruption” (30), dunque presidio anticipato (e sussidiario) focalizzato su comportamenti di intermediazione illecita dove la distorsione della funzione pubblica — la corruzione — resta comunque solo in potenza (o comunque non risulta provata) (31): cosicché “rimangono irrilevanti sia l'effettivo esercizio dell'influenza sia, a fortiori, il raggiungimento dell'esito voluto dall'istigatore iniziale” (32).

In effetti, lo stesso abuso della qualità è eccentrico all'obiettivo di tutela, che d'altronde non è declinato sul paradigma dei reati a soggettività ristretta (o reati propri): orientandosi al Tätertyp del “faccendiere”, ciò che si punisce, al cospetto di una dinamica contaminata da un interesse privato, è un abuso della relazione — esistente e non solo millantata — e non della qualità rivestita, in una dimensione di (mera) pericolosità astratta per ulteriori degenerazioni affaristico-corruttive; del resto — come evidenziato dalla Suprema Corte — “l'art. 346 bis c.p. mira a colpire la lesione o messa in pericolo dell'immagine e dell'interesse alla trasparenza della pubblica amministrazione cui fa da sfondo la probità dei suoi funzionari” (33).

Se è chiara la ratio di anticipazione ed estensione del raggio di tutela, non meno evidenti risultano le potenzialità espansive del tipo: da un lato, la locuzione “denaro o altro vantaggio patrimoniale” potrebbe senza eccessive forzature ermeneutiche ricomprendere la prestazione professionale di consulenze orientate all'ottenimento di un atto d'ufficio, il consiglio tecnico retribuito, l'intermediazione nel contesto di una attività di lobbying o nella gestione di trattative commerciali; dall'altro, appare ancor più vago il concetto di “relazione”, che non a caso è stato ritenuto idoneo a ricomprendere “sia rapporti occasionali e sporadici, sia rapporti stabili e duraturi”, e cioè tanto “relazioni di parentela, sentimentali, amicali, di subordinazione o di rapporto lavorativo” quanto “altre, saltuarie, incostanti o desuete” (34).

Il baricentro, poi, è inarcato sulla proiezione finalistica che caratterizza una dinamica pre-corruttiva (o di “mero accordo” non seguito dalla commissione del reato): molto, se non tutto, si concentra su scopi e moventi, che finiscono per fissare nel foro interno il confine tra “il traffico “innocente” e quello “corruttivo”” (35). I filtri, in definitiva, sono affidati per lo più alle qualifiche di illiceità speciale, quali l'avverbio “indebitamente”, o l'aggettivazione “illecita” che deve caratterizzare la “mediazione”: una paratìa piuttosto esile, come si vede, che minaccia una notevole potenzialità di applicazioni arbitrarie, o comunque non prevedibili, specie in un ordinamento dove manca una disciplina del lobbying che offra, dunque, un parametro di valutazione della “speciale antiggiuridicità” che il tipo presuppone (36). Del resto, mentre in contesti dove l'attività di lobbying è riconosciuta e disciplinata si è espressamente rifiutato di introdurre il reato di trading in influence, preferendo tutelare l'attività di patrocinio degli interessi privati presso i decisori pubblici (37), altri ordinamenti dove il reato è stato introdotto ne hanno evidenziato la marcata isteria applicativa. Nell'esperienza spagnola, ad esempio, si segnala una notevole mole di procedimenti aperti simultaneamente all'emergere di vicende corruttive ed agganciati a tale imputazione ma seguiti, poi, da una pressoché totale assenza di condanne (38); segno, come sempre, di una fattispecie poco aderente a quadri criminologici costanti e definiti, e caratterizzati da un chiaro disvalore criminale, ed affidata ad elementi a “tassatività debole” (39).

3.2. La corruzione per l'esercizio della funzione. — Altrettanto emblematica di quella che è stata definita una tipicità (meramente) “sintomatica” (40) appare la fattispecie di “Corruzione per la funzione” (art. 318 c.p.), di cui un consolidato orientamento giurisprudenziale — votato a comprensibili istanze di semplificazione probatoria anche rispetto alle evoluzioni del fenotipo corruttivo — era stato chiaro presagio: il prodotto legislativo judge-made e finalmente recepito dal legislatore (41) è un tipo legale che — utilizzando il gergo statistico — risulta dotato di un altissimo coefficiente di “sensibilità” — cioè di portata applicativa amplissima, tesa ad abbracciare ogni episodio di “corruzione pulviscolare” (42) — ma al contempo di un coefficiente di specificità ed accuratezza molto esiguo, con conseguentemente elevato rischio di “falsi positivi”. Evidente, infatti, non solo il rischio di appiattare sotto un'unica cornice edittale condotte che alla luce delle “tradizionali” oggettività giuridiche (art. 97 Cost.) presenterebbero ben diverso disvalore, ricomprendendo sotto una medesima pena i ben diversi casi di “venalità della funzione” e di (mera) “venalità della carica”, che hanno come unico denominatore comune l'offesa ad un interesse spiritualizzato ed eticizzante come quello “della fiducia nella lealtà e “dignità” del pubblico funzionario” (43); ma evidente anche il rischio — tipico di ogni “catch-all provision” — di attrarre nella severa cornice edittale (reclusione da uno a sei anni) non solo le gravi ipotesi riferibili a chi mette a disposizione (non singoli atti

bensì) interamente e sistematicamente la funzione rivestita — punite in modo del tutto condivisibile, ben inteso, essendo ipotesi degne, talvolta, di essere persino ricondotte al paradigma associativo (art. 416 c.p.) — ma anche ipotesi bagatellari e trivial cases, o comportamenti moralmente e disciplinarmente censurabili, con un evidente effetto di “sovraestensione” (overbreadth) del tipo punitivo (44).

Del resto, si tratta di una fattispecie tipicamente espressiva di una “logica d'autore”, il cui protagonista è il funzionario dall'atteggiamento incline al favoritismo o all'affarismo, dal temperamento clientelare: e in questa regressione dalla “fattispecie” al “tipo criminologico d'autore” — dal Tatbestand al Tätertyp — la funzione selettiva della magmatica materia criminis abbracciata dal perimetro fluido della fattispecie e sempre ai confini con mere violazioni deontologiche risulta affidata all'intuizionismo del giudice, ed all'interpretazione della nota di antigiuridicità speciale che contrassegna il reato (l'avverbio “indebitamente”).

La sua rubrica — riscritta con onestà intellettuale — dovrebbe dunque essere “corruzione innominata” o forse, più sinceramente, “corruzione atipica” (45).

3.3. L'induzione indebita a dare o promettere utilità. — Nella stessa direzione, ulteriori risorse punitive ubiquitarie sono offerte dal delitto di “Induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319 quater c.p.), che assicura una forza d'impatto ancora maggiore grazie al formidabile minimo edittale (6 anni di reclusione), e ad una cornice di pena a dir poco draconiana, in assenza di solidi contrassegni di tipicità.

Da un lato, la separazione dalla condotta fisicamente pregnante (e tipizzante) della costrizione in uno con la corresponsabilizzazione della vittima ha significato anche emancipazione da quel minimo vessillo di tipicità che era il metus publicae potestatis, oggi dissolto in un accordo patito col sorriso o accettato per calcolo. Parallelamente, la fattispecie — come hanno rilevato le stesse SS.UU. nella nota sentenza Maldera — è scivolata verso la corruzione, perdendo però anche il baricentro dell'atto d'ufficio e periclitando dunque solo sulla condotta interstiziale di induzione (46), la cui forza cogente può essere anche solo implicita, se intesa come automatica rifrazione della qualità rivestita: anche questa — in sostanza — rappresenta una ipotesi di corruzione “a forma libera”, non molto distante dalla fattispecie di estorsione “under color of official right” assurta agli onori della cronaca nell'esperienza americana (47).

4. Oltre i tipi criminologici d'autore: dal Tatbestand al corpus delicti. — In una siffatta cornice, in definitiva, appare evidente il declino della tassatività — inaugurato dalla giurisprudenza e proseguito dal legislatore (ed ormai accompagnato da un certo disincanto della stessa Cassazione (48)) — e l'approssimarsi a paradigmi punitivi dominati da logiche d'autore, curvati ad istanze eticizzanti, accompagnandosi ad un ingravescente difetto di ragionevolezza (giacché la fattispecie indeterminata abbraccia

condotte di disvalore marcatamente eterogeneo) e, più in generale, ad un progressivo commiato dal modello costituzionalmente imposto, segnato dalla scelta di campo del reato come “illecito di modalità di lesione”, costruito sulla dorsale dei principi di offensività e proporzione.

La linea evolutiva nasconde, tuttavia, una regressione che va oltre il passaggio dal Tatbestand al Tätertyp, e che attesta — paradossalmente — il dominio della criminologia (o della sociologia) sul diritto penale. Infatti, sovrapponendosi alle “vecchie” norme (concussione, corruzione propria, istigazione alla corruzione), le nuove fattispecie (induzione indebita, corruzione per la funzione, traffico d'influenze) identificano nomina delicta poco o nulla pregnanti, dietro ai quali persino i “tipi d'autore” sono così diafani e somiglianti da non risultare minimamente indicativi (il pubblico agente “costrittore”, “induttore”, “sollecitatore”/“istigatore”; il privato “costretto”, “indotto”, “sollecitato/istigato”, “incline alla mediazione affaristica o opportunistica”, il “faccendiere”, etc.) ed hanno come unico denominatore comune — oltre alla presenza del “decisore pubblico” — il corpus delicti (49), ossia la dazione illecita, che finisce per polarizzare una materia criminis trainata dalla vis espansiva della nozione socio-criminologica di corruzione — nozione aspecifica, generalissima, in costante aggiornamento e ampliamento (50) —, e resa ancor più evanescente dalle molte vesti che l'utilità indebita oggi può assumere (non più solo denaro, ma consulenze, incarichi, posti di lavoro, facilities di vario genere, etc.): la “tangente”, quale che sia la veste in cui prende corpo, è il sintomo di una dinamica retrostante che può assumere le più diverse e imprevedibili forme, e che, se non provata, apre comunque spazio alle contestazioni ancillari centrate su un sospetto abuso della funzione o su una collusione tra pubblico e privato, o tra gli stessi privati.

5. (Excursus:) Ai confini della corruzione: le turbative (art. 353 e 353 bis c.p.). — Anche nelle aree limitrofe, peraltro, i presidi punitivi non denotano certo maggior certezza.

Anzi: il deficit di tassatività è da sempre nota caratterizzante anche la costellazione di fattispecie contigue a quelle di corruzione: si allude — lo si è già compreso — ai reati di turbativa d'asta, che assicurano una protezione ancillare contro dinamiche affaristiche nel settore degli appalti pubblici, e contro la possibile degenerazione in pratiche corruttive, quasi atteggiandosi — dopo la “miniaturizzazione” dell'abuso d'ufficio — a nuovi “reati-spia” [non solo della corruzione, ma persino della criminalità organizzata di stampo mafioso, essendo gli artt. 353 e 353 bis c.p. apprezzabili come “sicuri indicatori” di “permeabilità mafiosa”, ai sensi dell'art. 84, comma 4°, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011, con le note conseguenze di scardinante impatto per l'attività di impresa, sottese alla famigerata “informazione antimafia interdittiva”]. In quest'ambito, il fulcro del sistema è tradizionalmente rappresentato

dalla “turbativa d'asta” (art. 353 c.p.), cui oggi si affianca però un prototipo maggiormente profilato in chiave di *Vorfeldkriminalisierung*: l'art. 353 bis c.p. fattispecie particolarmente duttile, estesa ad abbracciare ogni “turbamento” — anche non impeditivo — realizzato in “qualunque momento dell'iter procedimentale”, e dunque dotata di notevole performatività, anche grazie alla spiccata pregnanza inquisitoria (intercettazioni, misure cautelari ex art. 280 e 287 c.p.p., e persino custodia cautelare) (51). In entrambi i casi, come si sa, si è al cospetto di fattispecie di pericolo connotate da una tipicità precaria e “umbratile”, che del resto ha sempre esposto i reati volti a presidio delle gare pubbliche — ed anzitutto la “turbativa d'asta” di cui all'art. 353 c.p. — ad escursioni interpretative “al bivio tra analogia e interpretazione estensiva” (52): con una congenita indeterminatezza che — alimentata dalla evidente obsolescenza del lessico penalistico utilizzato — ha tradizionalmente caratterizzato l'ambito di applicazione di tali fattispecie, e che in realtà attraversa l'intera struttura normativa, a partire dalle modalità della condotta.

Se, infatti, al parere di autorevole dottrina le condotte di violenza, minaccia, offerta di doni e promesse — ossia le condotte “intimidatorie” e “blanditive” — “non hanno bisogno di illustrazione” (53) —, ben più problematico è identificare profili e confini della condotta di collusione, e, soprattutto, i confini dell'inciso di chiusura di chiusura “o altri mezzi fraudolenti”, clausola ad analogia esplicita che — del resto — fa il pari con quella che contrassegna l'oggetto materiale del reato di cui all'art. 353 bis c.p. (“bando o di altro atto equipollente”).

Si tratta, in entrambi i casi, di “formule elastiche” o più esattamente “vaghe”, che solo la proverbiale indulgenza della Corte costituzionale — per vero non più così scontata (54) — consente di considerare al riparo da censure di legittimità (55); formule che avvicinano le turbative a ipotesi di “frodi atipiche”, quasi a farne la riedizione contemporanea del crimine di “stellionato” (56), un crimen extraordinarium molto vivo nell'età intermedia e volto a reprimere genericamente ogni atto “doloso” non tipizzato sotto una speciale figura di reato, applicabile a chiunque realizzasse qualcosa con malizia (“[...] qui dolo quid fecerunt [...]”), e, appunto, “ubicumque titulus criminis deficit” (57). Il risultato di questa trama punitiva, affidato ad incriminazioni ubiquitarie e di portata applicativa difficilmente prevedibile, più che ad un complesso di fatti-specie ordinato in chiave sistematica, assomiglia ad una “rete a strascico”, che chiama il giudice ad una attività non di interpretazione ma di costante disambiguazione (58), profilando un duplice rischio: in primo luogo, quello di smarrire il confine tra comportamenti eticamente o deontologicamente censurabili, politicamente inopportuni, e magari rilevanti sul piano disciplinare o extrapenale (amministrativo, erariale), da un lato, e dall'altro comportamenti “meritevoli di pena”, con il connesso rischio di una “sovversione della sussidiarietà” (intervenendo il rimprovero penale “al posto” o “prima” dei meccanismi di risposta che ad esso

dovrebbero essere preliminari e prodromici); in secondo luogo, quello tipicamente sotteso — anche qui — alla “sovraestensione” dei tipi punitivi, ossia il rovinoso “effetto di congelamento” (chilling effect) dei diritti sottostanti (la libertà di impresa, le pratiche di accordo tra imprese possibili e garantite per il codice degli appalti, etc.).

6. Ricadute processuali: il contraddittorio “nano” e la slippery slope dell'inversione tra oggetto e mezzo di prova. — Gli effetti perversi della progressiva perdita di “tipicità” del sistema non si limitano certo al piano del diritto sostanziale, ma si manifestano soprattutto — è noto — in sede processuale e probatoria, le cui esigenze sono del resto — specie in questo settore — sovente alla base delle modifiche sostanziali delle fattispecie (59): qui il pericolo costante — puntualmente avvertito dalle Sezioni Unite nella citata decisione Maldera — è quello “che la prova si fondi su meri dati presuntivi”, e la necessità più impellente sia quella di adottare soluzioni interpretative capaci di “scongiurare mere presunzioni o inaffidabili automatismi” nella verifica della ipotesi accusatoria (60). È noto: quando la descrizione del “fatto tipico” si assottiglia affidandosi ad elementi ambigui e a note di antiggiuridicità sfumate e labili (le qualifiche di illiceità speciale: “ingiusto”, “indebitamente”, etc.), o su meri contrassegni soggettivistici (il mero abuso della qualità), anche il thema probandum si contrae pericolosamente, prestandosi a scorciatoie presuntive, o persino a ricostruzioni “intuizionistiche”, sia sul fronte del fatto che — conseguentemente — sul fronte del dolo, posto che senza un Tatbestand non vi può essere neppure uno Shuld tatbestand e la colpevolezza si riduce a semplice “rimprovero morale” (per il modo d'essere, per la condotta di vita, per l'inclinazione favoritistica o affaristica, etc.), se non a “colpa d'autore”.

Del resto, quando l'oggetto della prova non è definito da nitidi confini normativi, la prova tende a surrogare il suo oggetto, “nel senso che l'elemento in cui essa consta diventa ad un tempo significativo sul piano reale (come elemento della notitia criminis, come corpus delicti), e su quello sintomatico (come elemento che rimanda presuntivamente ad un contesto più ampio e significativo)”, con un interscambio tale per cui “fattori processuali attraverso la loro rilevanza sintomatico-probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale” (61).

In tale cornice, in definitiva, il “diritto di difendersi provando” si esercita in una dialettica dibattimentale sempre più ridotta e sdrucchiola, dove l'istruttoria scivola spesso sulla slippery slope dell'intercambio tra oggetto e mezzo di prova; e

L'“accertamento del fatto” finisce col ridursi, in realtà, ad una mera diversità di vedute soggettive tra accusa, difesa e giudice, smarrendosi nel relativismo delle diverse Weltanschauung e nel “baccanale” delle opinioni soggettive e personali.

7. La doverosa “supplenza ermeneutica” del giudice: alcune esemplificazioni. — Se questo è il quadro, nella prospettiva di coloro che devono giudicare si avverte con allarme l'acutizzarsi di un rischio già diffuso, e qui esasperato dalle note strutturali peculiari del settore oggetto di analisi: “quello del soggettivismo, del sentirsi più liberi e in qualche misura creatori del diritto” (62); giacché, in effetti, fattispecie tanto esangui ed avvinghiate in una tipicità doppia o plurima tramandano un modello in cui “il contenuto delle regole legali” si presta ad essere “deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost., declina una versione particolarmente rigida in materia penale”, come ha ricordato una recente ordinanza della Corte costituzionale ripudiando l'idea del “giudice di scopo” (63). Di qui, l'urgenza di un compito di “supplenza ermeneutica” del giudice, “supplenza” non già volta a surrogare compiti di tutela inevasi dagli attori istituzionali competenti — come nella più tradizionale accezione del termine —, bensì diretta, all'opposto, a ripristinare l'equilibrio costituzionale tradito dal legislatore, adottando un approccio teso a preferire interpretazioni non solo antianalogiche ma “tassativizzanti” e “tipizzanti” (64), orientate ai principi di offensività, di proporzione e di sussidiarietà (65).

La necessità di una integrazione ermeneutica è oggi imposta — è noto — dalla Corte EDU, perché una carenza di tassatività che si protragga nel tempo è destinata alla sanzione dell'imprevedibilità, ed il giudice che applichi un diritto imprevedibile commette un illecito interpretativo sanzionabile a Strasburgo (una responsabilità in cui l'autore mediato è lo Stato, che del resto ne risponde, come chiarito nella nota sentenza della Corte EDU, Contrada contro Italia). In altri termini, l'obbligo per l'interprete (in chiave di Rechts-auslegung) e per la law in action (in chiave di Rechts-anwendung) è coordinarsi su letture capaci di assicurare tassatività e proporzione a fattispecie che presentino difetti di determinatezza e volte ad espungere, da un lato, quadri di tipicità incolori, ossia inespressivi del disvalore tramandato dalla severità del compasso edittale (come imposto dalla dimensione ermeneutica del principio di proporzionalità (66)); ed a salvaguardare quanto più possibile, dall'altro, il libero gioco dei diritti sottostanti, che viceversa resterebbero fatalmente soffocati dall'incombere di una (imprevedibile) minaccia penale. Qui è possibile fare solo alcuni esempi, profilando gli oneri interpretativi generati, in capo al giudice, dai difetti strutturali delle fattispecie che si sono, sinteticamente, tratteggiati.

7.1. La corruzione per l'esercizio della funzione e la sua intrinseca dorsale offensiva. — Nella corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), anzitutto, appare doveroso accogliere una lettura sostanzialistica e pregnante della nozione “per l'esercizio della sue funzioni”, in una dimensione dinamica che conduca a ritenere tipica solo la corresponsione indebita (dazione o promessa) posta in sicura connessione funzionale — ed in concatenazione causale — con l'uso strumentale del potere, non dunque ogni favore o regalia “occasionata” dalla mera qualifica pubblicistica rivestita dall'intraneus.

Lo schema della corruzione — ed anche di questa forma “innominata” — è e resta quello negoziale, di un accordo sotteso ad una dinamica cooperativa che ha nella vendita della funzione la sua causa turpe: come del resto emerge da un indirizzo giurisprudenziale, a margine del quale si è sottolineato come la sfera di operatività della fattispecie di corruzione per la funzione “è circoscritta al mercimonio di “attività” inerenti all'ufficio o al servizio del pubblico agente” giacché “l'art. 318 c.p. fa riferimento ai “poteri” del pubblico agente — da intendere non in senso naturalistico come possibilità derivanti dalla carica ricoperta bensì tecnico-giuridico — e non alla qualità o alla carica ricoperta dal pubblico agente” (67). Una tale lettura interpretativa dovrebbe farsi ancor più stringente e selettiva quando la fattispecie debba trovare applicazione in relazione ad un pubblico ufficiale di natura politica ed elettiva.

In questo contesto, peraltro, nella topografia degli interessi in gioco dovrebbe assegnarsi il giusto rilievo al (preminente) interesse pubblico alla tutela delle prerogative politiche in un regime democratico. Non è un caso che proprio in tale ambito, le Corti supreme siano state costrette ad intervenire dinanzi ad interpretazioni estensive della disciplina penale, volte a massimizzare la tutela del buon andamento dell'amministrazione, o spesso del suo mero prestigio, onde evitare che l'intera attività politica — specie elettorale — potesse interamente rientrare, nel cono d'ombra del penalmente rilevante, subendo un generalizzato “effetto di congelamento” (68).

Il riferimento è da un lato all'importante sentenza della Corte suprema statunitense nel caso McDonnell c. Stati Uniti (69), nella quale la Corte ha sancito rispetto al pubblico ufficiale elettivo la necessità di dar prova della commissione di un atto contrario ai doveri d'ufficio, respingendo la possibile rilevanza penale in questo contesto della mera “messa a disposizione”. Dall'altro, parimenti rilevante, è l'esempio fornito dalla sentenza del BGH tedesco rispetto alla fattispecie — pur generica, e in sostanza speculari all'attuale dettato dell'art. 318 c.p. — di Vorteilsannahme, qualora commessa da un pubblico ufficiale elettivo (70). Anche in questo caso — e pur contro la chiara lettera legis della fattispecie incriminatrice in esame, che non richiede l'individuazione di uno specifico atto d'ufficio — il BGH ha chiarito che nei confronti

del pubblico ufficiale che riceva la dazione alla stregua di un finanziamento elettorale non solo occorre individuare uno specifico atto d'ufficio, come controprestazione per il sostegno economico alla campagna elettorale, ma finanche occorre provare che tale atto vada a beneficio esclusivo del privato, non potendosi individuare un'utilità generale di tale atto per la collettività. Tutti insegnamenti comparatistici molto indicativi, anche con riferimento al recente fulgore giurisprudenziale delle ipotesi di “corruzione del parlamentare” (71) — secondo un trend peraltro non solo italiano (72) — e ai delicati rapporti tra la struttura, le prerogative e “guarentigie” della peculiare funzione in rilievo ed “una fattispecie di onnicomprensiva “monetizzazione” del munus pubblico, sganciata in sé da una logica di formale sinallagma” quale, appunto, l'art. 318 c.p.(73).

7.2. L'induzione indebita e la connessione teleologica tra abuso, induzione e dazione illecita. — Una analoga lettura tassativizzante ed offensivizzante dovrebbe improntare la fattispecie di “Induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319 quater c.p.), specie alla luce della draconiana pena detentiva prevista (che contempla, come si sa, un minimo di 6 anni ed un massimo di 10 anni e 6 mesi). Infatti, perché lo spessore sanzionatorio sia giustificato, la condotta penalmente rilevante dovrà polarizzarsi attorno ad un abuso di potere o della qualità effettivo e non solo potenziale (né su di un mero “uso della qualità” rivestita, magari contiguo a comportamenti censurabili dal punto di vista deontologico o disciplinare); abuso sostanziato da una condotta induttiva che — come hanno sottolineato le SS.UU. della Cassazione — pur potendo “concretizzarsi nella persuasione, nella suggestione, nell'allusione, nel silenzio, nell'inganno”, deve essere pur sempre connotata dal “carattere perentorio ed ultimativo della richiesta” (74) e dalla “natura reiterata ed insistente della medesima”; ed abuso induttivo, soprattutto, concretamente condizionante la dazione (o promessa) indebita corrisposta dal privato (dal “correoindotto”), in vista di un vantaggio ingiusto oggetto di effettiva prospettazione (pur solo evocata) da parte dell'intraneus — in stretta connessione con l'abuso della qualità e dei poteri — e consapevolmente atteso e perseguito dall'extraneus (75), che conduce quest'ultimo a cedere all'abuso induttivo del pubblico agente (76).

Ne deriva una sequenza stringente che muove dall'abuso del pubblico agente come fattore scatenante e si ripercuote sulla determinazione del privato, che accetta la distorsione della pubblica funzione e la parziale compressione della propria libertà come prezzo dell'agognato vantaggio, nel quadro di una “dialettica utilitaristica rilevante sotto il profilo motivazionale” (77) aderente ad uno schema comportamentale che — come ha sottolineato una perspicua pronuncia della Corte d'Appello di Milano — “non può prescindere dalla seguente dinamica: prospettazione da parte dell'intraneus di un vantaggio indebito per l'extraneus/percezione da parte dell'extraneus/motivazione del comportamento di quest'ultimo” (78).

Solo questa doverosa riconversione ermeneutica, in definitiva, fa sì che il reato si strutturi, in definitiva, su di un coefficiente di offensività congeniale e proporzionato alla gravità sanzionatoria (da verificarsi necessariamente anche in sede di colpevolezza), come tale capace di limitare la sovraestensione del tipo legale (c.d. *overbreadth*); e solo una tale, rigorosa lettura dei diversi elementi e della connessione teleologica che deve avvincerli consente — per riprendere ancora le parole delle SS.UU. Maldera — di “evitare che la prova si fondi su meri dati presuntivi” (79). Ciò implica, quantomeno, un doppio controllo di tipicità, e una prova di resistenza basata su controfattuali: verificare, per un verso, che l'abuso della qualità o dei poteri abbia avuto efficacia concretamente condizionante, prendendo corpo in una induzione “agita” come tale e, soprattutto, “subita” come tale dall'*extraneus*; ed accertare, per altro verso, che il c.d. “correoindotto”, da un lato, non si sia limitato ad accedere ad una richiesta avulsa da ogni intonazione abusiva ma anche che, dall'altro, non fosse già di per sé disposto a dare l'utilità (*omnimodo facturus*), e/o l'abbia fatto in vista di vantaggi solo sperati e mai prospettati dal pubblico agente, essendo implausibile sostenere che se questi fosse già incline a un certo comportamento l'induzione abbia avuto alcuna incidenza causale sulla “spinta motivante di natura utilitaristica” che lo ha mosso (casi nei quali verrebbero in rilievo, semmai, altre figure di reato: art. 318 c.p.) (80).

7.3. I reati di turbativa e l'orientazione alla sussidiarietà e alla proporzionalità. — Come accennato, l'esegesi restrittiva, “tassativizzante e tipizzante”, si impone ancor più quando l'intervento penale si scontra con controinteressi antagonisti che rischiano di subire un “effetto di congelamento” dall'applicazione estensiva e generalizzata del tipo legale, e dovrebbe coordinarsi con una interpretazione orientata alla sussidiarietà che consideri necessariamente il perimetro di legittimità delle condotte segnato dal diritto amministrativo: e dunque si impone — per restare agli esempi ripercorsi — al cospetto dei reati di “turbativa”, ad evitare che la sovraestensione (*overbreadth*) della fattispecie vada a colpire anche comportamenti/condotte lecite (socialmente approvate e giuridicamente tutelate), e così garantire che il tipo penale — per usare le parole della Corte suprema americana (81) — assicuri un *breathing space* ai diritti in gioco.

Così, anzitutto in relazione al “perimetro di applicazione” e alle “gare” scrutinabili con il metro dell'art. 353 c.p., esso dovrebbe coincidere con la presenza di “qualificanti forme procedurali”, come del resto affermato dalla più attenta giurisprudenza di legittimità: “nel senso che in loro difetto, nonostante l'interpello di più soggetti, non è prestabilito alcun meccanismo selettivo delle offerte e non viene in rilievo alcuna forma di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, si rimane al di fuori dello schema concettuale della “gara” e si è in presenza di una semplice comparazione di offerte, che la p.a. è libera di valutare come meglio crede, sia pure attraverso un

contestuale esame delle stesse” (82); e lo stesso dovrebbe valere per l'art. 353 bis c.p., ad evitare — lo si ripete ancora — che il disegno di intervento “puntiforme” del legislatore, e del codice degli appalti, di distribuzione differenziata dei controlli amministrativi (e dell'obbligo di evidenza pubblica), venga sovvertito in sede penale. Ancora, e soprattutto, la lettura della condotta di “collusione” (ed a fortiori quella descritta dalla locuzione “altri mezzi fraudolenti”) dovrebbe seguire una interpretazione stretta, tale anzitutto da ritenerla inconfigurabile a fronte di un rapporto tra imprese quodammodo pubblicizzato, giacché questo elide in radice la frode che dovrebbe, comunque, connotare l'accordo collusivo (posto che tale modalità, non diversamente da ogni “mezzo fraudolento”, implica opacità e assenza di trasparenza e/o pubblicità) (83).

Parallelamente, la verifica di una condotta “collusiva” dovrebbe sempre implicare la prova positiva non solo (e non tanto) di un qualche rapporto tra le imprese, quanto di una effettiva concertazione delle offerte concorrenti capace di significare la turbativa, concertazione effettivamente causativa di una alterazione delle offerte stesse in conseguenza dell'accordo “sotterraneo” (ad es., nel caso della turbativa mediante meccanismo della c.d. offerta speculare); senza indulgere, dunque, a logiche presuntive che ritengano di poter desumere la “collusione” e la relativa prova — ad esempio — dalla mera presenza di un rapporto di collegamento formale o anche solo sostanziale tra imprese che abbiano presentato offerte concorrenti, o da altri “indizi” che non sono ritenuti univocamente sintomatici della sussistenza di un “unico centro decisionale di offerte coordinate” — e dunque della combine — neppure in sede amministrativa (quali cause di esclusione dal bando) (84).

Solo con una simile opera di “supplenza ermeneutica” da parte degli interpreti, e solo quando il “diritto vivente” la avrà metabolizzata ed ulteriormente profilata, la perdita di tipicità dello statuto penale della p.a. sarà riportata ad un clima costituzionalmente sostenibile, allontanando lo spettro di uno strumentario repressivo tanto severo quanto aleatorio e “ubiquitario”, come tale incompatibile con le garanzie fondamentali e con le minime istanze di certezza funzionali all'agire economico.

2. Le singole fattispecie penali – Peculato

1. Art. 314. Peculato.

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi. (1)

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.

(1) Comma così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. c), L. 6 novembre 2012, n. 190 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. d), L. 27 maggio 2015, n. 69.

Uso di carta di credito aziendale per ragioni private: è peculato, Cass. Penale, sez. VI, sentenza 3 ottobre 2013, n. 40954;

Uso del telefono dell'ufficio per fini privati? Sezioni Unite: è solo peculato d'uso, Cass. Penale, SS.UU., sentenza 22 maggio 2013, n. 19054.

Cfr. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 19 aprile 2017 n° 18886, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 24 luglio 2007, n. 30154, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 21 maggio 2008, n. 20326, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 30 aprile 2008, n. 17616, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 26 agosto 2008, n. 34157, Cassazione Penale, sez. II, sentenza 15 maggio 2009, n. 20515, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 20 maggio 2009, n. 21165, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 18 giugno 2009, n. 25541, Cassazione Penale, SS.UU., sentenza 6 ottobre 2009, n. 38691 e Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 15 gennaio 2010, n. 1938 in Altalex Massimario.

3.MASSIME GIURISPRUDENZIALI

Sez. 6 - , Sentenza n. 42657 del 31/05/2018 Ud. (dep. 27/09/2018) Rv. 274289 - 01

Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI. Estensore: COSTANZO ANGELO. Relatore: COSTANZO ANGELO. Defendant: PAOLACCI ELENA. P.M. PERELLI SIMONE. (Diff.)

Annulla senza rinvio, CORTE APPELLO ROMA, 28/02/2017

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 102 NOZIONE DI PERSONA INCARICATA DI UN PUBBLICO SERVIZIO

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - NOZIONE DI PERSONA INCARICATA DI UN PUBBLICO SERVIZIO - Dipendente in servizio presso un ufficio postale - Svolgimento di attività di tipo bancario/finanziario (cosiddetto "bancoposta") - Qualifica di incaricato di pubblico servizio - Esclusione - Fondamento - Conseguenze in caso di appropriazione di somme di denaro - Fattispecie.

Il dipendente in servizio presso un ufficio postale che svolge attività di tipo bancario/finanziario (cosiddetto "bancoposta") non riveste la qualità di persona incaricata di pubblico servizio, in quanto le relative attività sono chiaramente distinte

dai servizi postali, sia perché disciplinate da differenti e specifiche normative di settore, sia perché separate dal punto di vista organizzativo e contabile, sicché l'appropriazione di somme di denaro dei clienti commessa con abuso del ruolo integra il reato di appropriazione indebita e non quello di peculato. (La Corte ha espresso il suddetto principio in relazione all'appropriazione di somme pagate tramite bollettino postale alla società Postel s.p.a., come rata di un finanziamento).

Sez. 6 - , Sentenza n. 46799 del 20/06/2018 Ud. (dep. 15/10/2018) Rv. 274282 - 01

Presidente: DE AMICIS GAETANO. Estensore: COSTANTINI ANTONIO. Relatore: COSTANTINI ANTONIO. Defendant: PIERETTI GIORGIO. P.M. CANEVELLI PAOLO. (Conf.)

Rigetta, CORTE APPELLO ANCONA, 04/07/2017

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 088 PECULATO - IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI PUBBLICI UFFICIALI - PECULATO - IN GENERE - Differenze con la truffa aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 9, cod. pen. - Modalità di acquisizione del possesso - Configurabilità - Fattispecie.

L'elemento distintivo tra il delitto di peculato e quello di truffa aggravata, ai sensi dell'art. 61 n. 9, cod. pen., va individuato con riferimento alle modalità del possesso del denaro o di altra cosa mobile altrui oggetto di appropriazione, ricorrendo la prima figura quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio se ne appropriava avendo già il possesso o comunque la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio, e ravvisandosi invece la seconda ipotesi quando il soggetto attivo, non avendo tale possesso, se lo procurava fraudolentemente, facendo ricorso ad artifici o raggiri per appropriarsi del bene. (Nella specie la Corte ha ritenuto integrato il delitto di truffa aggravata nei confronti di un'impiegata di un ufficio postale che aveva conseguito il possesso di polizze vita, cedole, libretti di risparmi ed altri titoli facendosi rilasciare deleghe e firmare ricevute dagli utenti).

Sez. 6 - , Sentenza n. 45003 del 06/07/2018 Ud. (dep. 08/10/2018) Rv. 274154 - 01

Presidente: PAOLONI GIACOMO. Estensore: VILLONI ORLANDO. Relatore: VILLONI ORLANDO. Defendant: S. P.M. TAMPIERI LUCA. (Conf.)

Annulla senza rinvio, CORTE APPELLO CAGLIARI, 11/05/2017

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 088 PECULATO
- IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI
PUBBLICI UFFICIALI - PECULATO - IN GENERE Fondi pubblici erogati ai
gruppi consiliari regionali - Utilizzo per attività di promozione politica ed elettorale
- Reato di peculato - Integrazione - Fattispecie.

Integra il delitto di peculato la distrazione dei fondi pubblici, percepiti quali contributi
dai gruppi consiliari regionali, al fine di realizzare attività di promozione politica ed
elettorale, attività che deve invece essere fronteggiata esclusivamente con impiego del
trattamento economico personale. (Fattispecie relativa all'assunzione di collaboratori
per lo svolgimento di tali attività di promozione politica in violazione del disposto
dell'art. 4 legge reg. Sardegna, n. 37 del 1995 e dell'art. 7 della legge 2 maggio 1974,
n. 195).

Sez. 6 - , Sentenza n. 44522 del 25/05/2018 Ud. (dep. 05/10/2018) Rv. 274150 - 01

Presidente: FIDELBO GIORGIO. Estensore: VIGNA MARIA SABINA. Relatore:
VIGNA MARIA SABINA. Defendant: P. (Diff.)

Annulla senza rinvio, CORTE APPELLO NAPOLI, 04/07/2017

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 088 PECULATO
- IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI
PUBBLICI UFFICIALI - PECULATO - IN GENERE Beni senza intrinseco valore
economico - Idoneità a costituire oggetto materiale del reato - Esclusione -
Fattispecie.

Non integra il delitto di peculato l'appropriazione di un bene privo di un valore
economicamente apprezzabile, in quanto il bene tutelato dal reato previsto
dall'art.314, cod.pen. si identifica nel patrimonio della pubblica amministrazione.
(Fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza del reato nel caso di
appropriazione di tre tessere elettorali).

3.APPROFONDIMENTI TEORICI

DA: ARCHIVIO RELAZIONI PENALI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

**667 PARTE CIVILE - 002 AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ED ENTI
PUBBLICI**

PARTE CIVILE - AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ED ENTI PUBBLICI -

- Reati commessi da dipendenti pubblici - Condanna al risarcimento dei danni nei confronti di un'amministrazione costituita parte civile – Danno patrimoniale e danno all'immagine della P.A. - Riserva di giurisdizione del giudice contabile in ordine alla liquidazione del danno - Esclusione - Orientamento di giurisprudenza.

615 SANZIONI CIVILI IN MATERIA PENALE - 005 RISARCIMENTO DEL DANNO

SANZIONI CIVILI IN MATERIA PENALE - RISARCIMENTO DEL DANNO

- Condanna in favore della P.A. per fatto-reato del dipendente – Giudizio di responsabilità civile in sede civile o penale – Giudizio di responsabilità contabile - Rapporto tra giurisdizione penale e giurisdizione contabile - Reciproca autonomia – Rapporto di interferenza – Limiti.

Relazione n. 81/17 Roma, 25 ottobre 2017

OGGETTO: 667002 PARTE CIVILE - AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ED ENTI PUBBLICI - Reati commessi da dipendenti pubblici - Condanna al risarcimento dei danni nei confronti di un'amministrazione costituita parte civile – Danno patrimoniale e danno all'immagine della P.A. - Riserva di giurisdizione del giudice contabile in ordine alla liquidazione del danno - Esclusione - Orientamento di giurisprudenza.

OGGETTO: 615005 SANZIONI CIVILI IN MATERIA PENALE - RISARCIMENTO DEL DANNO - Condanna in favore della P.A. per fatto-reato del dipendente – Giudizio di responsabilità civile in sede civile o penale – Giudizio di responsabilità contabile - Rapporto tra giurisdizione penale e giurisdizione contabile - Reciproca autonomia – Rapporto di interferenza – Limiti.

Rif. Norm.: Cod. pen. artt. 185, 314, 335; cod. proc.pen. artt. 74, 535, 538 comma 2, 578; cod. civ. artt. 2043, 2059; cod. proc. civ. art. 295; r.d. 12/07/1934 n. 1214, art. 52; r.d. 13-08-1933, n. 1038, art. 26; legge 27/03/2001, n. 97, art. 7; legge 03/08/2009 n. 102; d.l. 01/07/2009 n. 78, art. 17, comma 30 ter; legge 06/11/2012 n. 190, art. 1, comma 62; legge 14/01/1994 n. 20, art. 1; d.l. 15/11/ 1993, n. 453, art. 5, comma 2; legge 14 gennaio 1994, n. 19.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il rapporto di reciproca autonomia tra giurisdizione penale e contabile. – 3. L'orientamento della giurisprudenza contabile. – 4. La risarcibilità del danno all'immagine della P.A. – 5. Il Divieto “di bis in idem” alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

1.Premessa.

La Sesta Sezione della Corte, con la sentenza n. 35205 del 16/03/2017, Mineo, Rv. 270774, in tema di danno all'erario, ha affermato il seguente principio, così massimato: "La giurisdizione penale e la giurisdizione contabile sono reciprocamente autonome anche in caso di azione di responsabilità derivante da un medesimo fatto di reato commesso da un pubblico dipendente e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi incide solo sulla proponibilità dell'azione di responsabilità e sulla eventuale preclusione derivante dal giudicato, ma non sulla giurisdizione, nel senso che l'azione di danno può essere esercitata in sede civile o penale, ovvero davanti alla Corte dei Conti, solo a condizione che l'ente danneggiato non abbia già ottenuto un precedente titolo definitivo per il risarcimento integrale di tutti i danni."

Nel caso di specie, la Corte, in tema di abuso di ufficio, escludendo la sussistenza di una giurisdizione esclusiva del giudice contabile, ha ritenuto non violato il principio del ne bis in idem e legittima la liquidazione in favore della P.A. del danno patrimoniale e morale derivante dal reato commesso da un pubblico dipendente, nonostante per il medesimo fatto fosse stata già stata riconosciuta la responsabilità dell'imputato dal giudice contabile con sentenza non ancora passata in giudicato.

2. Il rapporto di reciproca autonomia tra giurisdizione penale e contabile La questione affrontata dalla Corte attiene ai rapporti tra giurisdizione penale (o civile) e giurisdizione contabile nel caso dell'esercizio dell'azione di danno ex art. 185 cod. pen. da parte dell'ente pubblico danneggiato quando per il medesimo fatto di reato sia promossa un'azione di responsabilità amministrativo-contabile nei confronti del pubblico dipendente (o di soggetti comunque inseriti nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione).

La citata sentenza n. 35205/2017, Mineo, ribadisce il principio di reciproca autonomia della giurisdizione penale e di quella contabile già espresso da Sez. 6, n. 3907 del 13/11/2015, dep. 2016, Zaccaria, Rv. 266110, che ha ritenuto legittima la liquidazione in favore della P.A. del danno morale conseguenza del delitto di peculato commesso dal pubblico dipendente (nella specie, un dirigente comunale, responsabile dell'Ufficio servizi finanziari, che aveva arbitrariamente liquidato a se stesso e ad altra dipendente compensi incentivanti).

La Corte esclude che ci sia spazio per una questione di giurisdizione anche quando i giudizi investano un medesimo fatto materiale, ma, per la possibile coesistenza di azioni di natura risarcitoria, che possono essere esercitate contestualmente in sede civile o penale, ovvero innanzi alla Corte dei Conti, riconosce l'esistenza di una possibile "interferenza" tra i giudizi, pur se limita l'effetto preclusivo del giudicato formatosi nell'una o nell'altra sede solo quando costituisca titolo per l'integrale risarcimento dell'ente danneggiato.

In tal senso, la giurisprudenza delle Sezioni penali si conforma al principio espresso dalle Sezioni Unite civili in tema di responsabilità erariale, secondo cui la giurisdizione civile e quella penale, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale (Sez. U civ., n. 26582 del 28/11/2013, Rv. 628611; Sez. U civ., n. 11 del 04/01/2012, Rv. 621202).

Ancor prima, le medesime Sezioni Unite civili, con riferimento al caso di un dipendente di un ente comunale di assistenza condannato in sede penale al risarcimento dei danni in favore del Comune in conseguenza del reato di truffa aggravata in danno della P.A., hanno escluso la sussistenza di una riserva di giurisdizione della Corte dei conti sulla determinazione del danno patrimoniale e morale (Sez. U civ., n. 22277 del 26/11/2004, Rv. 578129). Giova richiamare sul punto il principio espresso da Sez. U civ., n. 6581 del 24/03/2006, Rv. 587422, che, nel dichiarare inammissibile un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione per la contemporanea pendenza di un giudizio di responsabilità, ha rilevato che la giurisdizione del giudice contabile non viene meno in seguito alla sentenza definitiva di condanna generica al risarcimento dei danni contro i soggetti chiamati a rispondere del danno erariale, in dipendenza della costituzione della Pubblica Amministrazione come parte civile nel processo penale, per i medesimi fatti dedotti in sede di giudizio contabile. La suddetta deduzione, infatti, evidenzia non una questione di giurisdizione ma una questione afferente ai limiti della proponibilità della domanda avanti al giudice contabile (e, quindi, concerne i limiti interni della sua giurisdizione), sotto il profilo dell'esercizio di analoga azione risarcitoria avanti al giudice penale e del conseguente pericolo di violazione del principio del ne bis in idem (in senso conforme, Sez. U civ., n. 822 del 23/11/1999, Rv. 531406).

La proponibilità dell'azione di danno in sede penale o civile - o, nell'ipotesi inversa, dell'azione di responsabilità - trova, dunque, un unico limite nel fatto che l'ente danneggiato abbia già ottenuto un titolo per il risarcimento di tutti i danni patiti.

Solo in tal caso le azioni di danno e di responsabilità si pongono in rapporto di reciproca preclusione. L'integrale ristoro del danno patito dalla pubblica amministrazione non potrà lasciare spazio per iniziare o proseguire una diversa azione di risarcimento, pena la violazione del principio del ne bis in idem.

Il rapporto di indipendenza tra le plurimi azioni trova fondamento nelle peculiari modalità di esercizio dell'azione civile nel processo penale, con riferimento al danno derivante direttamente dal reato ex art. 185 cod. pen.

Si osserva, in particolare, che l'azione di risarcimento esercitata dalla P.A. in sede penale - al pari di quella in sede civile - è finalizzata al pieno ristoro del danno, con

funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola Amministrazione attrice, mentre il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei conti dal Procuratore contabile, nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete, è volto alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria.

La differenza funzionale tra l'azione di risarcimento del danno (esercitata in sede penale o civile) e quella di accertamento della responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente è espressa, da ultimo, da Sez. civ. 3, n. 14632 del 14/07/2015, Rv. 636278, che nega che possa essere ipotizzata la violazione del principio del ne bis in idem tra il giudizio civile introdotto dalla P.A., avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un'obbligazione civile, contrattuale o legale, o della clausola generale di danno aquiliano, da parte di soggetto investito di rapporto di servizio con essa, ed il giudizio conseguente all'esercizio (obbligatorio) dell'azione di competenza del Procuratore della Corte dei conti per i medesimi fatti.

Anche nell'ipotesi di condanna al pagamento di una provvisionale nei confronti di un'amministrazione costituita parte civile (Sez. 6, n. 43278 del 25/09/2009, Di Summa, Rv. 245303) si esclude che possa configurarsi una riserva di giurisdizione del giudice contabile. La Corte osserva, in particolare, che la riserva di competenza in tema di liquidazione del danno prevista dagli artt. 538, comma secondo e 539, comma primo, cod. proc. pen. riguarda esclusivamente la determinazione del quantum debeatur. In tal senso depone l'univoco disposto dell'art. 539 cod. proc. pen., comma primo, secondo il quale il giudice penale, nell'ipotesi di condanna generica ai danni, "rimette le parti davanti al giudice civile". Né l'art. 539, comma secondo, cod. pen. prevede una riserva di competenza in caso di condanna al pagamento di una provvisionale.

3.L'orientamento della giurisprudenza contabile

L'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza della Corte dei conti, ritiene che il giudizio contabile non è precluso nè dalla costituzione dell'amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale nè dall'eventuale condanna generica del responsabile al risarcimento del danno, neppure se accompagnato dal riconoscimento di una provvisionale, che vale, ovviamente, come parziale liquidazione del danno

Il sistema consente una giurisdizione concorrente. Nell'ipotesi di danno diretto, ossia prodotto dal pubblico agente al patrimonio dell'erario, sono esercitabili entrambe le azioni, quella di responsabilità ad iniziativa del p.m. contabile e l'altra, di tipo civile,

fatta valere dall'ente danneggiato dinanzi al giudice ordinario, anche a mezzo di costituzione di parte civile in sede penale (cfr. ex plurimis, C. Conti, App. Sez. 2 Centr., n. 26 del 16/01/2013; C. conti, Sez. 2, n. 223 del 01/07/2005). Per l'ontologica differenza tra illecito amministrativo ed illecito civile, la Corte dei Conti giudica sulla condotta posta in essere in violazione degli obblighi di servizio, indipendentemente e a prescindere dal fatto che tale condotta integri o meno un illecito civile. Se dalla condotta deriva un danno erariale, l'azione del p.m. contabile è preclusa solo nel caso in cui, presso un diverso plesso giurisdizionale, si sia già conseguito il bene della vita del quale si chiede tutela (Corte Conti, App. sez. 2 Centr., n. 382 del 04/06/2014).

Solo l'integrale ed effettivo ristoro di tutti i profili di danno erariale può determinare la declaratoria di improcedibilità della domanda, fermo restando che in sede esecutiva occorrerà effettuare le dovute decurtazioni e riduzioni, nel raffronto tra le somme al cui pagamento il convenuto sia condannato sia dal giudice contabile sia da quello ordinario (C. Conti, App. Sez. 3 Centr., n. 183 del 20/04/2006; id, n. 417 del 12/11/2007). Il citato limite di proponibilità dell'azione contabile impone, dunque, la necessaria verifica del completo conseguimento del bene della vita attraverso le provvisori o le liquidazioni definitive di danno operate nelle altre sedi giurisdizionali e una pronuncia di cessazione della materia del contendere qualora tale risultato sia stato già realizzato.

Del resto, per il principio di autonomia e separatezza dei giudizi, non è prevista la possibilità di sospensione automatica del giudizio di responsabilità amministrativa (C. Conti, App. Sez. 2, n. 39 del 04/02/2015; C. Conti, App. Sez. 3, 22 luglio 2013, n. 522) e non si ravvisa un nesso di pregiudizialità logico-giuridica fra il giudizio contabile ed il procedimento penale. La Corte dei Conti può, dunque, conoscere e valutare per il proprio convincimento gli elementi e le prove acquisiti in sede penale, senza dover attendere la sentenza penale definitiva, soprattutto in presenza di altri concordanti elementi di valutazione (sul contenuto del rapporto di pregiudizialità giuridica, cfr. Cass. civ., Sez. 1, n. 7057 del 29/05/2000, Rv. 536999; Sez. 1, n. 6792 del 24/05/2000, Rv. 536862).

4. La risarcibilità del danno all'immagine della P.A. Il rapporto di potenziale interferenza tra il giudizio di responsabilità e il giudizio penale (o civile) deriva dalla complessità delle componenti del danno risarcibile nei confronti della P.A. per l'illecito penale del dipendente.

La responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente si configura come ipotesi di responsabilità civile ordinaria ai sensi dell'art. 2043 c.c., connotata dalla particolare qualificazione del soggetto autore del danno, oltre che per la natura del soggetto danneggiato (amministrazione pubblica), ed il legame di occasionalità necessaria tra la causazione del danno e lo svolgimento delle pubbliche funzioni.

Una particolare componente - di ricorrente applicazione - del danno risarcibile nei confronti della pubblica amministrazione è il danno all'immagine, figura di creazione giurisprudenziale, inizialmente qualificato come danno non patrimoniale, per la lesione al prestigio della P.A. e il discredito da essa subito in ragione dell'evidenza data dalla stampa e dell'attenzione della collettività per l'illecito compiuto dai propri dipendenti (sul contenuto composito del danno non patrimoniale derivante da fatto illecito costituente reato, che ricomprende in esso, oltre il danno all'immagine, anche il danno morale, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici, cfr. Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, dep. 2014, P.C., Refatti e altri, Rv. 259132; Sez. U. civ., 11.11.2008 n. 26972, Rv. 605489 - 605495). Tale componente di danno è stata circoscritta normativamente dal D.L. n. 78 del 2009, conv. in L. n. 102 del 2009.

L'art. 17, comma 30-ter, del D. L. n. 78 del 2009, dispone, in particolare, che l'esercizio dell'azione di danno erariale per il risarcimento del danno all'immagine può essere esercitata nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della L. 27 marzo 2001, n. 97. Tale norma ("responsabilità per danno erariale") prevede un obbligo di comunicazione al competente procuratore regionale della Corte dei conti della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo primo del titolo secondo del libro secondo del codice penale (art. 314-355, "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"), affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

La Corte Costituzionale, con sentenza 15/12/2010 n. 355, nel dichiarare inammissibili e non fondate le questioni di legittimità costituzionale della norma sollevate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti - considerando non manifestamente irragionevole la scelta di limitare l'azione risarcitoria della lesione all'immagine della P.A. solo ad alcune fattispecie di illecito penale - ha incidentalmente chiarito (p. 6 del Considerato in diritto) che «la formulazione della disposizione non consente di ritenere che, in presenza di fattispecie distinte da quelle espressamente contemplate dalla norma impugnata, la domanda di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'amministrazione possa essere proposta innanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei conti, adita in sede di giudizio per responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 103 Cost.. Deve, quindi, ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa. [...] La norma deve essere univocamente

interpretata, invece, nel senso che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria [...]» (cfr., sul punto, C. conti, Sez. Riun. n. 13/QM/2011 del 13/08/2011). L'art. 1, comma 62, della L. n. 190 del 2012 (recante "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"), nell'introdurre i nuovi commi 1-sexies e 1-septies dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994, ha, quindi, dettato dei parametri presuntivi di determinazione dell'entità "del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione" accertato con sentenza passata in giudicato (nella misura del "doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente") e previsto la possibilità di concessione del sequestro conservativo di cui al D.L. 15 novembre 1993, n. 453, art. 5, comma 2, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 gennaio 1994, n. 19, "in tutti i casi di fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale".

Circa l'impatto delle nuove disposizioni normative che, in luogo della precisa limitazione imposta dall'art. 17, comma 30-ter, del D. L. n. 78 del 2009, opera un generico richiamo alla "commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione" del pubblico dipendente, un primo orientamento della Corte (Sez. 2, n. 14605 del 12/03/2014, Del Toso, Rv. 260022) ritiene che queste non abbiano ampliato i casi di proponibilità dell'azione di risarcimento del danno all'immagine. La P.A. può, dunque, chiedere il risarcimento di tale danno al proprio dipendente nei soli casi in cui questi venga condannato per uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale. In applicazione di tale principio, nella specie, la Corte ha annullato il provvedimento che aveva disposto il sequestro conservativo a tutela del diritto vantato da una Provincia, costituita parte civile, al risarcimento del danno all'immagine provocato da un proprio dipendente, imputato per il reato di truffa aggravata.

La Corte osserva che, a seguito della introduzione della L. n. 190 del 2012, non si è verificato alcun conflitto od incompatibilità tra il citato art. 17, comma 30-ter del D.L. n. 78 del 2009 e il nuovo art. 1, comma 1-sexies, della L. n. 20 del 1994, essendo diverso il campo applicativo delle due disposizioni. Infatti, il combinato disposto dell'art. 17 della L. n. 141 del 2009 e dell'art. 7 della L. n. 97 del 2001 disciplina l'anzichè il quomodo dell'azione, mentre l'art. 1, comma 1-sexies, della L. n. 20 del 1994 si è limitato a regolamentare in via presuntiva il quantum dovuto alla P.A. per il danno all'immagine.

Del resto, l'art. 1, comma 1-sexies indica, come presupposto dell'azione, che il dipendente abbia "illecitamente percepito" una somma di denaro o altra utilità, ossia

il prezzo dell'illecito mercimonio della propria funzione, dato ordinariamente previsto come uno degli elementi tipici proprio dei "delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo 1^o del titolo 2^o del libro secondo del codice penale" e non certo degli altri delitti per i quali la P.A. può lamentare un danno all'immagine causatole dal proprio dipendente (in senso conforme, Corte Conti Emilia-Romagna, n. 137 del 09/09/2013).

In senso contrario, Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, P.C., Rv. 259132, che, sia pur in via incidentale, ha affermato la risarcibilità del danno all'immagine della P.A. anche nel caso di reati comuni posti in essere da soggetti appartenenti ad una pubblica amministrazione (in senso conforme, Corte Conti Lombardia, n. 47 del 14/03/2014; id, n. 17 del 23/01/2013).

Sotto il profilo della qualificazione soggettiva del responsabile, deve segnalarsi che Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, P.C., Refatti e altri, Rv. 259132, ha ritenuto in via astratta configurabile il danno all'immagine nei confronti della P.A. anche nel caso di illecito (nella specie, il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti) commesso da soggetti privi di qualifiche pubblicistiche, pur sene ha escluso la risarcibilità in concreto.

In precedenza, sempre in tema di reati tributari, Sez. F, Sentenza n. 35729 del 01/08/2013, Agrama e altri, Rv. 256583, ha riconosciuto nei confronti dell'Agenzia delle entrate costituita parte civile il diritto al risarcimento, oltre che del danno patrimoniale, anche di quello morale, inteso come pregiudizio alla credibilità nei confronti di tutti i consociati dell'organo accertatore. La Corte ha osservato che i limiti all'azione del risarcimento del danno all'immagine in sede di giudizio contabile previsti dall'art. 17 del D.L. n. 78 del 2009, conv. in L. n. 102 del 2009, non escludono il principio generale della risarcibilità del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ.

Ancor prima, Sez. 3, n. 35868 del 1/10/2002, Falconi, Rv. 222512, in tema di caccia, con riferimento alla violazione dell'art. 30 della L. 11 febbraio 1992, n. 157, ha affermato che, dall'esercizio della caccia con mezzi diversi da quelli consentiti deriva il conseguente danno all'immagine della Provincia, cui compete il dovere di assicurare il corretto esercizio della caccia, che legittima la risarcibilità del danno patito dall'ente locale, per la illegittima sottrazione al servizio pubblico della tutela dell'ambiente faunistico.

In ogni caso, la disposizione di cui all'art. 17, comma 30-ter, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, lungi dall'escludere la giurisdizione del giudice ordinario in tema di risarcimento del danno all'immagine, ha la finalità di limitare la responsabilità amministrativa di cui all'art. 103 Cost., circoscrivendo oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano

sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'Amministrazione imputabile a un dipendente di questa, stante la diversità di struttura e funzione rispetto alla comune responsabilità civile, secondo quanto chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 355 del 2010 (Sez.6, n. 35205 del 16/03/2017, Mineo; Sez. 6, n. 3907 del 13/11/2015 (dep. 2016), Zaccaria, Rv. 266110; Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, dep. 2014, Rv. 259132).

5. Il divieto “di bis in idem” alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. L’aspetto della possibile lesione del divieto di bis in idem è affrontato dalla Corte EDU con la sentenza 13/05/2014, ric. n. 20148/09, sul caso Rigolio c/ Italia.

Nel caso di specie, un assessore era stato condannato dal giudice penale al risarcimento dei danni in favore dell’ente comunale – oltre la confisca del prezzo del reato – per fatti di corruzione, per i quali aveva beneficiato della prescrizione. La Corte dei Conti aveva riconosciuto la responsabilità dell’amministratore pubblico per il danno all’immagine prodotto all’amministrazione comunale sulla base dell’accertamento compiuto nel giudizio penale che, ai sensi dell’art. 651 cod. proc. pen., non poteva non spiegare effetto nel giudizio contabile quanto al riconoscimento della responsabilità del condannato

La Corte esclude che il giudizio di responsabilità contabile per danno all’immagine, in quanto finalizzato al risarcimento dell’amministrazione danneggiata e a ristorare un pregiudizio dalla stessa patito - e non alla tutela di interessi generali – possa essere assimilato al processo penale, secondo i c.d. Engel criteria (elaborati fin dalla nota sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, serie A, n. 22, sul caso Engel ed altri c/ Paesi Bassi).

In particolare, evidenzia che la qualificazione amministrativa della responsabilità nascente dal pregiudizio all’immagine, la natura della violazione e il grado di severità della sanzione inflitta escludono che il giudizio di responsabilità debba soggiacere alle garanzie del processo penale sancite dalla Convenzione EDU (art. 6, par. 3, lett. a, art. 7, art. 2, Prot. n. 7 annesso), pur se il riconoscimento de plano degli effetti del giudicato penale nel giudizio di responsabilità contabile, ai sensi dell’art. 651 cod. proc. pen., anche nel caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione ovvero di patteggiamento, può violare il principio di presunzione di innocenza, sancito dall’art. 6, par. 2, della CEDU.

La sentenza della Corte EDU conferma, dunque, il rapporto di reciproca autonomia tra giudizio di accertamento in sede penale della responsabilità civile del dipendente nei confronti della P.A. e giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, anche se vertono sullo stesso fatto illecito e riguardano il medesimo soggetto.

Le Sezioni Unite civili evidenziano l'impossibilità di profilare una violazione del divieto di bis in idem anche alla luce della natura non sanzionatoria della responsabilità da illecito civile (Sez. U civ., n. 14831 del 06/07/2011, Rv. 618198). In particolare, si richiama il principio espresso da C. Cost., 7 luglio 1988, n. 773, secondo cui solo «un giudicato penale con cui si sia liquidato il danno erariale» è preclusivo della «proposizione dell'azione di responsabilità amministrativa nei confronti del condannato». Nel nostro ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive - restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta - ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, non essendo previsto l'arricchimento, se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro. E quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei c.d. punitive damages o danni punitivi previsti da ordinamenti di altri Stati (Cass. civ., Sez. 1, n. 1781 del 08/02/2012, Rv. 621332, con riferimento ai danni subiti per infortunio sul lavoro).

Nelle modalità di determinazione del danno erariale si evidenzia la netta differenza tra giudizio risarcitorio e azione di responsabilità amministrativa. Fermo restando il divieto di sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa come fonte di pregiudizio, il giudice contabile può operare una "riduzione" del dovuto computando i vantaggi eventuali che dall'azione del dipendente possano essere derivati per la P.A., ciò che non è consentito in via officiosa nel giudizio di risarcimento, in cui l'obbligato potrà solo eventualmente eccepire in compensazione i guadagni arrecati dalla sua condotta al creditore - ed è onerato a fornirne la prova - per ottenere una condanna di minore entità.

5. Peculato d'uso - Relazione Corte di Cassazione n. 58/17 Roma, 11 luglio 2017

OGGETTO: 606088 - REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI PUBBLICI UFFICIALI - PECULATO - IN GENERE - Denaro - Appropriazione e successiva restituzione - Peculato d'uso - Configurabilità - Esclusione - Ragioni - Orientamento di giurisprudenza. Rif. Norm.: Cod. pen. art. 314

La Sesta Sezione della Corte, con decisione assunta alla pubblica udienza del 7 aprile 2017, n. 27085, Cetoretta, non massimata, in tema di peculato d'uso, ha affermato che la fattispecie di cui all'art. 314, secondo comma, cod. pen. è configurabile solo in relazione a cose di specie e non al denaro, menzionato in modo alternativo solo nel primo comma della medesima norma, in quanto la sua natura fungibile non consente - dopo l'uso - la restituzione della stessa cosa, ma solo del "tantundem", irrilevante ai fini dell'integrazione dell'ipotesi attenuata.

La pronuncia ribadisce un consolidato orientamento della Corte (in senso conforme, da ultimo, Sez. 6, n. 10091 del 12/01/2017 Manni; Sez. 6, n. 52881 del 21/09/2016, Lisi; Sez. 6, n. 26571 del 21/04/2016, Sammito, non massimate; Sez. 6, n. 49747 del 4/12/2015, Stanca, Rv. 266242).

1. La questione attiene alla configurabilità della fattispecie di peculato d'uso (art. 314, comma 2) nell'ipotesi in cui l'oggetto materiale della condotta di appropriazione sia il denaro - bene per sua intrinseca natura fungibile - che dopo l'uso momentaneo sia immediatamente restituito.

Ciò che qualifica il peculato d'uso è l'uso momentaneo della res e la sua immediata restituzione, un posterius rispetto alla condotta di appropriazione (l'espressione «ha agito al solo scopo di...» si riferisce chiaramente a tale condotta, incriminata in via esclusiva dal primo comma dell'art. 314 cod. pen.), fatto successivo alla consumazione del reato ed estraneo ad esso, cui il legislatore ha ritenuto di attribuire un minor disvalore, sanzionandolo in maniera meno grave.

Del resto, per “uso momentaneo” non può che intendersi un uso temporaneo e non meramente istantaneo della cosa oggetto di appropriazione, protratto per un tempo limitato (Sez. 6, n. 14040 del 29/01/2015, Soardi, Rv. 262974; Sez. 6, n. 9216 del 01/02/2005, Triolo, Rv. 230940) che prelude alla immediata restituzione della stessa dopo il momentaneo utilizzo.

La Suprema Corte in molteplici occasioni ha affrontato la questione dell'oggetto materiale del peculato d'uso e nel corso degli anni ha maturato un indirizzo interpretativo consolidato che esclude che la condotta di appropriazione di somme di denaro, di cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbia il possesso o la disponibilità per ragioni del suo ufficio, possa rientrare nella fattispecie di peculato d'uso, in quanto questa è configurabile solo in relazione a cose di specie. Le ragioni che fondano tale orientamento sono indicate, in particolare, nella citata Sez. 6, n. 49747 del 4/12/2015, Stanca, Rv. 266242, con riferimento al caso - analogo a quello di Sez. 6, n. 27085 7/04/2017, Cetoretta - di un impiegato di un ufficio postale che si era appropriato, mediante plurime operazioni di prelievo, delle somme di denaro depositate sui libretti postali, di cui aveva la disponibilità per ragioni del suo servizio.

In primo luogo, la norma incriminatrice menziona il “denaro”, in via alternativa ad “altra cosa mobile altrui”, quale oggetto materiale del reato su cui ricade la condotta di appropriazione, solo nel primo comma dell'art. 314 cod. pen. e non anche nel secondo, ove l'uso momentaneo ha ad oggetto solo la "cosa" senza riprodurre il riferimento anche al “denaro”. L'argomento letterale è avallato da quanto indicato nella Relazione al Senato della legge 26 aprile 1990, n. 86, in cui si afferma

esplicitamente che la figura del peculato d'uso può essere realizzata solo da parte di "consegnatari di specie" (pag. 12 della Relazione).

Inoltre, si evidenzia che il denaro è per sua natura un bene fungibile e, dunque, rende impossibile la configurazione del peculato d'uso, fattispecie che richiede che la immediata restituzione abbia ad oggetto la eadem res di cui l'agente si è appropriato ("quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita").

Alla luce del dato letterale si ritiene che l'art. 314, comma 2, cod. pen. esige la restituzione della "stessa cosa" di cui l'agente si è appropriato, non di una cosa equivalente. Nel caso del denaro la restituzione delle somme oggetto di appropriazione, dopo il preteso uso momentaneo, non può che avere ad oggetto il "tandundem", un importo equivalente a quella di cui l'agente si è appropriato.

L'orientamento in esame ribadisce quello espresso da Sez. 6, n. 12368 del 17/10/2012, dep. 2013, Medugno, Rv. 255997, secondo cui il peculato d'uso di cui all'art. 314, secondo comma, cod. pen. è configurabile solo in relazione a cose di specie e non al denaro, che è menzionato in modo alternativo solo nel primo comma della suddetta norma (il principio è affermato con riferimento ad indebiti e ripetuti prelievi di piccole somme dalla cassa corrente dell'emporio di un istituto penitenziario da parte del direttore). La Corte ha precisato che la condotta appropriativa di somme di denaro realizza il reato istantaneo di peculato, in luogo della "meno grave" ipotesi di peculato d'uso, restando ininfluenza, ai fini della rilevanza penale della condotta, l'eventuale restituzione dell'equivalente. Il principio è ribadito da Sez. 6, n. 11197 del 16.12.2014, dep. 2015, Roscioni; Sez. 6, n. 34509 del 25/06/2013, De Simone).

In una ipotesi analoga, con riferimento alla condotta di appropriazione di una somma di denaro da parte del cassiere di una tesoreria comunale, che subito dopo l'inizio di una verifica ispettiva provvedeva a riversare in cassa il medesimo importo con un assegno tratto dal proprio conto, Sez. 6, n. 27528 del 21/05/2009, Severi, Rv. 244531 ha escluso la fattispecie di peculato d'uso, che presuppone il momentaneo utilizzo della "cosa" ed è ipotizzabile solo in relazione a cose di specie e non al denaro.

In particolare, la Corte osserva che il denaro entra immediatamente nella disponibilità e nel patrimonio della pubblica amministrazione nel momento stesso della riscossione e della consegna al pubblico ufficiale, che non diventa debitore di una somma nei confronti della P.A., né agisce, nelle more tra la riscossione ed il versamento, come un depositario nell'ambito del deposito irregolare ex art. 1782 cod. civ., ma ha l'obbligo giuridico di consegnare il denaro ricevuto per incasso. Non si realizza, dunque, alcuna commistione tra il denaro ricevuto per l'incasso e quello proprio del pubblico ufficiale

addetto alla riscossione, poiché ciò comporterebbe, a norma dell'art. 939 c.c., l'acquisto della proprietà del denaro da parte dello stesso pubblico ufficiale.

La natura di cosa fungibile del denaro rende impossibile ipotizzare che ricorra la fattispecie di peculato d'uso. Il solo trattenimento del denaro da parte dell'agente qualificato realizza in modo istantaneo l'appropriazione sanzionata, intesa come inversione del titolo di possesso, poiché questi inizia a comportarsi uti dominus nei confronti del bene, del quale ha appunto il pieno possesso per ragione d'ufficio.

Il principio della limitata configurabilità del peculato d'uso solo per le cose di specie e per il denaro è espresso anche da Sez. 6, n. 3411 del 16/01/2003, Ferrari, Rv. 224060.

Di particolare rilievo, infine, sono gli arresti espressi da Sez. 6, n. 7972 del 04/07/1997 Dezzuti, Rv. 209761 e Sez. 6, n. 8286 del 3/5/1996, Galdi, Rv. 205928 che escludono che sia configurabile l'ipotesi lieve di peculato di cui all'art. 314, comma 2, cod. pen. con riferimento alla appropriazione di somme di denaro, sulla base di due specifici elementi: la natura di bene fungibile per eccellenza del denaro, logicamente inconciliabile con la necessaria protrazione continuata dell'impossessamento, e l'assenza nel caso di specie di una condotta di possesso momentaneo e della immediata restituzione delle somme sottratte.

Ancor prima, Sez. 6, n. 8009 del 10/06/1993, P.M. in proc. Ferolla, Rv. 194925, ha evidenziato che il principio della limitata configurabilità del peculato d'uso solo in relazione a cose di specie e non a cose di quantità trova conferma nella mancata menzione del denaro nella ipotesi del comma secondo dell'art. 314 cod. pen. (in senso conforme anche Sez. 6, n. 1862 del 20/10/1992, Marcheschi, Rv. 193530 e da Sez. 6, n. 7236 del 05/05/1992, Solini, Rv. 190713, quest'ultima con riferimento alla abrogata ipotesi di malversazione d'uso).

2. L'indirizzo della Suprema Corte deve ritenersi ormai unitario. In senso difforme dalla consolidata linea interpretativa della giurisprudenza di legittimità si pone unicamente la sentenza Sez. 6, n. 4195 del 19/4/1995, Greco, Rv. 201264, così massimata: "Il peculato di uso di cui all'art. 314 comma secondo cod. pen. è configurabile anche in relazione a cose fungibili e quindi anche con riferimento al denaro: la suddetta norma infatti non pone alcuna distinzione tra i tipi di "cosa" e d'altro canto la condotta appropriativa in essa configurata è per intero motivata dal peculato ordinario che può avere ad oggetto anche beni fungibili. Perché si realizzi tale ipotesi criminosa è peraltro necessario che l'agente subito dopo l'uso ponga in essere immediatamente l'attività diretta a procurarsi il denaro ed operi quindi la restituzione senza soluzione di continuità".

Tale orientamento – definito "isolato" da Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012 (dep. 2013), Vattani - non risulta ribadito in pronunce successive della Corte.

Nella fattispecie, relativa alla illecita prassi seguita dagli impiegati di un ufficio anagrafe che prelevavano per uso personale di volta in volta somme di denaro custodite nella cassaforte dell'ufficio, per poi restituirle, la Corte ha ritenuto non sussistente l'ipotesi di peculato d'uso, invocata dai ricorrenti in luogo del peculato comune sulla base dell'avvenuta restituzione delle somme. La Corte, tuttavia, è pervenuta a tale conclusione non per la natura fungibile dell'oggetto materiale del reato, ma perché nel caso di specie non ricorreva l'elemento costitutivo dell'immediata restituzione delle somme di denaro prelevate, dopo averne fatto uso.

L'orientamento, pur isolato, ribalta l'interpretazione letterale seguita dall'indirizzo consolidato con riferimento alla necessaria natura di "cosa di specie" dell'oggetto materiale della condotta di appropriazione del peculato d'uso.

Secondo la Corte, il termine "denaro", utilizzato solo nel primo comma dell'art. 314 cod. pen. è pleonastico o meramente esemplificativo, poiché la norma stessa fa riferimento anche ad "altra cosa mobile" ed il denaro certamente è una cosa mobile. Nessun valore significativo assume l'omessa riproposizione del termine "denaro" al comma secondo della medesima norma.

Del resto, il riferimento al termine "cosa" nel secondo comma è di portata generale, comprensivo sia dei beni fungibili che infungibili, tra i quali non viene operata alcuna distinzione.

Non appare corretto, dunque, dedurre dal dato letterale che con il termine "denaro" il legislatore si sia riferito alle cose mobili fungibili e con il termine "altra cosa mobile" a quelle infungibili. Anzi, l'utilizzo dell'aggettivo "altra" esprime una intentio legis che comprende nel concetto di "cosa mobile", tanto le cose fungibili quanto quelle non fungibili.

L'immediata restituzione, subito dopo l'uso momentaneo, non implica l'identità fisica della cosa restituita con quella appropriata ma impone solo che la restituzione debba avvenire in forma specifica e non per equivalente. Ne deriva che per la cosa non fungibile la restituzione deve avere ad oggetto la medesima cosa nella sua realtà fisica, mentre per quella fungibile deve avere ad oggetto cose della stessa specie o qualità, ma non altra cosa di eguale valore (come, ad esempio, la restituzione di una somma di denaro in luogo della res).

La Corte ritiene, inoltre, che la Relazione della riforma di cui alla legge n. 86 del 1990, che riferisce il peculato d'uso solo ai consegnatari di cose di specie, non costituisce valido argomento esegetico, in quanto il supporto interpretativo dei lavori preparatori è subordinato, a norma dell'art. 12 delle preleggi, rispetto all'interpretazione letterale della norma e alla ratio a essa espressa.

Si osserva, in particolare, che la materialità del fatto costitutivo dell'ipotesi di peculato d'uso, ed, in particolare, l'evento di appropriazione che ne segna la consumazione, non differisce rispetto alla figura del peculato ordinario. L'uso momentaneo e la restituzione sono fatti successivi alla consumazione del reato che degradano lo stesso e, dunque, sul piano della qualifica degli agenti e della condotta di appropriazione l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 mutua per intero quella del primo comma, limitandosi solo ad indicare la condotta susseguente idonea a degradare il reato. Del resto, nell'ipotesi di peculato di cose fungibili la possibilità di restituzione della medesima cosa, nel senso della consegna di cose della stessa qualità o specie, trova un valido argomento nella previsione di cui all'art. 1782 cod. civ. in tema di deposito irregolare (che ha ad oggetto le cose fungibili), dove l'obbligazione di restituzione implica un adempimento in forma specifica e perfetta e non una prestazione in luogo di adempimento (come nel caso di adempimento "per equivalente").

Ragioni di ordine sistematico, infine, inducono a ritenere pacificamente sostenibile la configurabilità del peculato d'uso di cose fungibili.

In particolare, in tema di appropriazione indebita (art. 646 cod. pen.) è pacificamente ritenuto che detto reato sussiste anche e nel caso di appropriazione di cose fungibile o di denaro altrui, di cui si abbia il possesso, quando non venga restituito il tandundem: se tale restituzione è idonea ad escludere l'appropriazione indebita, esigenze di interpretazione sistematica impongono di ritenere che anche la restituzione del tandundem, in tema di peculato d'uso sia idonea a configurare la «figura minore del peculato d'uso».

Inoltre, il secondo comma dell'art. 314 cod. pen. recepisce interamente il primo comma dello stesso articolo, quanto all'individuazione dei soggetti ed all'azione integrante l'appropriazione, id est il momento consumativo del reato, limitandosi solo ad indicare la condotta susseguente di restituzione immediata, dopo l'uso momentaneo, idonea a degradare il reato di peculato nell'ipotesi meno grave.

Tale condotta susseguente – analogamente a quanto previsto in tema di furto d'uso - non costituisce la realizzazione di un mutamento di volontà del soggetto attivo del reato ma realizza, invece, l'iniziale intenzione del reo di restituzione della res di cui si è appropriato, circostanza che produce, insieme ad altri elementi, l'effetto di degradare il titolo del reato.

Nel peculato d'uso, quindi, secondo tale orientamento, la materialità del fatto costitutivo del reato, ed, in particolare, l'evento che ne segna la consumazione, non differiscono rispetto al peculato ordinario, coincidendo il momento consumativo

istantaneo nell'appropriazione della cosa, rispetto al quale l'uso momentaneo e la restituzione sono fatti successivi connotati da effetto di degradazione della fattispecie.

L'esclusione del peculato d'uso di cose di genere (tra cui il denaro) finisce per creare una evidente ed illogica disparità tra il soggetto che si è appropriato di cose fungibili e quello che si è appropriato di cose infungibili.

La configurabilità in astratto del peculato d'uso anche in relazione a cose fungibili e, quindi, al denaro, secondo tale indirizzo giurisprudenziale sposta l'analisi sull'ulteriore elemento della fattispecie di peculato d'uso, che esige la restituzione immediata, dopo l'uso, del bene o denaro sottratto. Tale requisito sussiste solo quando tra la cessazione dell'uso momentaneo e la restituzione interceda soltanto il tempo minimo necessario e sufficiente, in concreto, per la restituzione medesima. Pur dovendo tenersi conto delle circostanze di ogni singolo caso per circoscrivere l'inevitabile margine di indeterminatezza del dato temporale, si richiede che le due attività (uso e restituzione) si pongano in un continuum dell'operato dell'agente, che non deve compiere altre attività che non siano quelle finalizzate alla restituzione. Quando l'agente rinvii la restituzione ad un momento successivo, al momento in cui abbia la disponibilità della cosa o del denaro, non si realizza la condizione della immediatezza della restituzione del denaro, dopo l'uso momentaneo.

La difficile verificabilità in concreto dell'immediata restituzione della cosa fungibile e consumabile non esclude, per tale indirizzo, che sia astrattamente ipotizzabile il peculato d'uso anche per cose di genere, poiché, in questo caso l'esclusione del reato non consegue alla natura della cosa, non conciliabile con la struttura del reato, ma alla mancanza del requisito dell'immediatezza della restituzione.

La Corte, infine, ritiene irrilevante ai fini della individuazione del perimetro applicativo dell'art. 314, comma 2, cod. pen. la questione della qualificazione dell'ipotesi di peculato d'uso in termini di figura autonoma di reato, pur ritenuta nel caso di specie, orientamento da ultimo espresso da Sez. 6, n. 39770 del 27/05/2014; P.C. in proc. Giordano, Rv. 260458 (in senso conforme Sez. 6, n. 6094 del 27/01/1994, P.M. in proc. Liberatore, Rv. 199187; Sez. 6, n. 8156 del 29/04/1992, De Bortoli, Rv. 191407, che individuano un titolo autonomo di reato della fattispecie di peculato d'uso, in cui il dolo specifico della preordinazione dell'appropriazione ad un uso momentaneo della cosa costituisce elemento specializzante che impedisce di inquadrare il fatto nel concetto di "peculato" vero e proprio).

6. Art. 315. Malversazione a danno di privati. (1) ABROGATO

(...) (1) L'articolo che così recitava: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che si approprio o, comunque, distrae, a profitto proprio o di un terzo, denaro o qualsiasi cosa mobile non appartenente alla pubblica amministrazione, di cui egli ha

il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, è punito con la reclusione da tre a otto anni, e con la multa non inferiore a lire due milioni.

Si applicano le disposizioni del capoverso dell'articolo precedente." è stato abrogato dall'art. 20, L. 26 aprile 1990, n. 86.

Peculato mediante profitto dell'errore altrui. Art. 316.

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Giurisprudenza

Sez. 6, Sentenza n. 21739 del 01/03/2018 Ud. (dep. 16/05/2018) Rv. 272929 - 01

Presidente: Paoloni G. Estensore: Vigna MS. Relatore: Vigna MS. Defendant: Waldner. P.M. Picardi A. (Conf.)

(Rigetta, App. Trento, 30/11/2016)

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 088 PECULATO - IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI PUBBLICI UFFICIALI - PECULATO - IN GENERE - Rapporti con la frode informatica - Fattispecie.

L'elemento distintivo tra il delitto di peculato e quello di frode informatica aggravata ai danni dello Stato va individuato con riferimento alle modalità del possesso del denaro o d'altra cosa mobile altrui, oggetto di appropriazione: in particolare, è configurabile il peculato quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio si appropri delle predette "res" avendone già il possesso o comunque la disponibilità per ragioni dell'ufficio o servizio; è configurabile la frode informatica quando il soggetto attivo si procura il possesso delle predette "res" fraudolentemente, facendo ricorso ad artifici o raggiri per procurarsi un ingiusto profitto con altrui danno. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto corretta la qualificazione come peculato della condotta del ricorrente, incaricato del servizio di biglietteria in virtù di una convenzione con la società di gestione del trasporto pubblico, il quale, approfittando di un errore del sistema informatico, stampava una seconda copia del biglietto di viaggio emesso regolarmente e la rivendeva ad altro passeggero, incassando e trattenendo per sé il corrispettivo di competenza della pubblica amministrazione)

Sez. 6, Sentenza n. 6658 del 15/12/2015 Ud. (dep. 18/02/2016) Rv. 265959 - 01

Presidente: Agro' A. Estensore: Bassi A. Relatore: Bassi A. Imputato: Deidda. P.M. Orsi L. (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Cagliari, 22/02/2012)

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 091 MEDIANTE PROFITTO DELL'ERRORE ALTRUI

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI PUBBLICI UFFICIALI - PECULATO - MEDIANTE PROFITTO DELL'ERRORE ALTRUI - Spontaneità dell'errore - Necessità - Fattispecie.

Il reato di peculato mediante profitto dell'errore altrui, previsto dall'art. 316 cod. pen., si può configurare solo nel caso in cui l'agente profitti di un errore preesistente, in cui il soggetto passivo spontaneamente versi, ed indipendente dalla condotta del soggetto attivo. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva ricondotto al delitto di peculato, e non a quello previsto dall'art. 316 cod. pen, la condotta di appropriazione delle somme portate da libretti di risparmio ricevuti dall'imputato per finalità istituzionali dal suo dirigente, escludendo di poter attribuire rilievo alla circostanza che quest'ultimo, per "errore", non avesse richiesto la restituzione dei titoli).

7. Approfondimento teorico

1. EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA E INTERESSE PROTETTO

La figura di cui all'articolo 316 c.p. – immutata in seguito alla l. 26.4.1990, n. 86, salva l'eliminazione della pena pecuniaria – affonda le sue radici nella fattispecie di cui al secondo comma dell'articolo 170 del codice Zanardelli del 1889, che tuttavia la qualificava come figura particolare e meno grave della concussione. Si trattava, in particolare, di una forma di concussione implicita negativa (consistente nel fatto del pubblico ufficiale che «riceva indebitamente ciò che non è dovuto»), realizzata cioè non mediante una condotta volta a far insorgere attivamente nella vittima un'erronea convinzione, ma attraverso il mero approfittamento di tale stato soggettivo del privato e punita con la reclusione da uno a cinque anni, oltre alla multa e alla sanzione accessoria temporanea. La descrizione di questo reato in termini di ipotesi qualificata di concussione – con il relativo inasprimento sanzionatorio – è quindi significativa. Il disvalore della fattispecie risiedeva infatti nella componente di prevaricazione realizzata dal soggetto qualificato, nell'esercizio delle proprie funzioni, nei confronti

del privato. La norma mirava pertanto a garantire non solo l'integrità patrimoniale del privato del cui errore il pubblico agente si approfittasse, ma anche il buon andamento dell'azione amministrativa, evitando che l'esercizio di una pubblica funzione potesse rappresentare per il soggetto qualificato un'occasione di indebito arricchimento a danno dei cittadini.

Valorizzando la valenza appropriativa delle condotte di ricezione e ritenzione, e di contro l'assenza, in tale figura, di alcuna induzione da parte del soggetto attivo – elemento cardine invece della concussione – il legislatore del 1930 ha qualificato più correttamente la fattispecie come «peculato», sia pur in forma particolare. Le peculiarità della figura, che la distinguono dalla norma di cui all'art. 314 c.p., risiedono infatti nell'assenza di un possesso preesistente per ragione di ufficio, e per il valore determinante che nella struttura della fattispecie assume l'errore in cui versa il terzo.

Il bene giuridico tutelato si identifica anche qui con l'interesse al perseguimento esclusivo, da parte dell'agente, dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione di appartenenza, nonché con l'imparzialità dell'azione amministrativa, intesa – in funzione di limite al buon andamento – come amministrazione della cosa pubblica secondo i canoni della giustizia sociale, senza che mai nell'adempimento dei propri compiti la p.a. avvanti se stessa a danno dei cittadini, né alteri il loro diritto di partecipazione alla vita politica, economica e sociale dello Stato. Compreso nello spettro di tutela della norma, sia pur in posizione più specifica – nel senso chiarito in relazione al peculato ex art. 314 c.p., alla cui voce si rinvia – è anche l'interesse alla integrità dell'altrui patrimonio, rispetto ad abusi della funzione pubblica che tale interesse pregiudichino, valendosi dell'errore in cui versa il terzo.

2. ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE

2.1 I SOGGETTI, L'OGGETTO E LA CONDOTTA

Trattasi di reato proprio, come tale realizzabile unicamente dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio (Cass. pen., 12.2.1999, in CED Cass. pen., n. 23744). Alla fattispecie non si dovrebbe applicare peraltro la disciplina di cui all'art. 360 c.p., che prevede che la cessazione della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, al momento della realizzazione del fatto, non determina l'insussistenza del reato, qualora esso si riferisca all'ufficio, o rispettivamente, al servizio esercitati. Nel caso in esame, infatti, la cessazione della qualifica dovrebbe determinare necessariamente il venir meno del carattere qualificato del possesso, ovvero del nesso funzionale tra il possesso della cosa o del denaro e l'ufficio o servizio esercitati; requisito, questo, che costituisce il carattere fondativo del delitto in esame. La giurisprudenza ha tuttavia precisato – in relazione al peculato, ma con argomento estensibile al peculato mediante profitto dell'altrui errore – che, ai fini della

configurabilità del delitto, è sufficiente il possesso qualificato (per ragione di ufficio o servizio) della cosa, non rilevando che l'appropriazione si sia consumata quando l'agente non eserciti più la funzione pubblica (Cass. pen., 12.2.1999, in CED Cass. pen., n. 23744), applicando così tuttavia proprio la disciplina di cui all'art. 360 c.p. Inoltre, ai sensi dell'art. 322 bis c.p., introdotto dalla l. 29.9.2000, n. 300, devono oggi ritenersi possibili soggetti attivi del reato anche i funzionari e i membri degli organi e delle istituzioni della UE, ivi compresi anche i funzionari comandati dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso gli organi UE, che vi esercitino funzioni corrispondenti a quelle proprie dei pubblici agenti inseriti nel ruolo di organi comunitari; i membri e gli addetti ad enti costituiti sulla base del diritto comunitario, primario o derivato, ed in generale coloro che, nell'ambito di altri Stati membri della UE, svolgono funzioni corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio.

Il reato è suscettibile di realizzazione attraverso le condotte alternative della ricezione o della ritenzione indebite di denaro o utilità, da parte del pubblico agente, per sé o per un terzo. La ricezione indica l'accettazione, con contestuale appropriazione, della cosa offerta erroneamente dal soggetto passivo. La ritenzione allude invece alla omessa restituzione di quanto ricevuto, nella consapevolezza intervenuta in capo all'autore, successivamente alla ricezione, del suo carattere indebito e, correlativamente, della doverosità della restituzione. Il discrimine tra le due condotte si riflette quindi anche sul profilo soggettivo, e sul momento di acquisizione della consapevolezza, da parte del pubblico agente, del carattere indebito della dazione. Lungi dal rappresentare un mero pleonasma, quindi, l'avverbio «indebitamente» che qualifica la ricezione come la ritenzione, potrebbe svolgere una funzione selettiva della rilevanza penale del fatto, escludendola in relazione alla ricezione di cose dovute al p.u. *uti privatus*, non potendo in tal caso ravvisarsi il carattere indebito della accettazione o della ritenzione del bene, richiesto dalla norma (Seminara, S., sub art. 316, in *Comm. breve Dir. Pen. Crespi-Stella-Zuccalà*, Padova, 2003, 892-897; Fiandaca, G.-Musco, E., *Diritto penale*, pt. spec., I, Bologna, 1988, 196; Fornasari, G., *Peculato*, in Bondi, A.-Di Martino A.-Fornasari, G., *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 140, il quale tuttavia sottolinea giustamente come a tale conclusione si sarebbe pervenuti anche in assenza dell'avverbio, in virtù dell'applicazione della scriminante dell'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 c.p. Per la tesi della superfluità dell'avverbio, sia pur con ulteriori osservazioni e opportune distinzioni, cfr. Romano, M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Artt. 314-335 bis cod. pen., *Commentario sistematico*, II ed., Milano, 2006, 56). Controversa è la questione della possibilità di ricondurre alla nozione di "terzo" beneficiario della condotta dell'agente anche la p.a. di appartenenza. Alla tesi positiva – secondo cui gli interessi alla imparzialità e al buon andamento dell'azione

amministrativa sarebbero comunque pregiudicati dalla ricezione di utilità non dovute alla p.a., in ragione di abusi dei suoi funzionari (Fornasari, G., op. cit., 140) – si obietta infatti che il disvalore di tale condotta potrebbe se del caso ricondursi alla figura dell'abuso di ufficio, ma non a quella di cui all'art. 316 (e tantomeno di cui all'art. 314 c.p.), che nel richiedere l'appropriazione, peraltro indebita, della cosa, presuppone una situazione di alterità tra pubblico funzionario e p.a. (Romano, M., op. cit., 56).

Diversamente dalla formulazione contenuta nell'art. 314, la disposizione in esame qualifica l'oggetto materiale del reato come «denaro o altra utilità», con evidenti affinità rispetto alla figura della concussione, da cui storicamente il peculato mediante profitto deriva. Se la nozione di denaro ricomprende sia le monete metalliche che i biglietti di Stato o di banca, aventi corso legale in Italia come all'estero, più complessa è la lettura del significato normativo della locuzione «altre utilità». Da un primo orientamento si considera una mera svista la diversa dizione normativa utilizzata, rispetto a quella prescelta per l'art. 314, riconducendo quindi alla suddetta locuzione anche le cose mobili (Fiandaca, G.-Musco, E., op. cit., 196; Benussi, C., I delitti contro la pubblica amministrazione, in Marinucci, G.-Dolcini, E., diretto da, Trattato di diritto penale, pt. spec., I, Padova, 2001, 263; più articolata e problematica invece la tesi di Cagli, S., Peculato e malversazione, in Dig. pen., IX, Torino, 1995, 349). A tale tesi si obietta tuttavia, a ragione, la possibilità di ricondurre a tale nozione anche servizi o utilità comunque diverse dalle cose mobili, nella loro materialità, normalmente patrimoniali ma non necessariamente tali, così da valorizzare la diversa espressione normativa adottata dal legislatore, anche alla luce delle peculiarità che caratterizzano la figura in esame (Romano, M., op. loc. ultt. citt., che, al rilievo secondo cui un limite alla rilevanza del concetto di utilità deriverebbe dal fatto che la condotta deve necessariamente avvenire nell'esercizio delle funzioni o del servizio, risponde che ciò non esclude la rilevanza di un'utilità non incorporata in una cosa mobile; Fornasari, G., op. cit., 140).

Più tenue rispetto alla forma che assume nel contesto dell'art. 314 c.p. – ove si richiede che il possesso della cosa si fondi sull'esercizio della funzione e sia riconducibile alla sfera di competenza, sia pur intesa in senso lato, del pubblico agente – si presenta qui il legame tra la condotta e la qualifica pubblica dell'autore, esigendosi la mera contestualità del comportamento all'esercizio della funzione o del servizio. Ai fini dell'art. 316 è quindi necessario, ma anche sufficiente, che il privato corrisponda il denaro o l'utilità al pubblico agente in quanto egli stia contestualmente esercitando la funzione o il servizio pubblici, ovvero, nel caso della ritenzione, che la disponibilità del bene da parte dell'autore dipenda dalla funzione o dal servizio esercitati.

Limite interno alla rilevanza dell'errore in cui versi il soggetto passivo è la sua preesistenza, il suo essere cioè non determinato (o almeno, non intenzionalmente

determinato) dal pubblico agente, potendo altrimenti ravvisarsi gli estremi, in presenza degli ulteriori requisiti richiesti, della concussione per induzione (Cass. pen., 31.5.1996, Del Piano, in Guida dir., 1996, fasc. 32, 77, nonché, sebbene in relazione all'affine figura del peculato militare mediante profitto dell'altrui errore, Cass. pen., 3.11.2004, in CED Cass. pen., n. 230175. Osserva Romano M., op. cit., 52, che non rileva a tal fine la presenza o meno di un obbligo, in capo al pubblico agente, di correggere l'altrui errore di cui si avveda; obbligo di cui la norma presuppone evidentemente l'inadempimento). Oggetto dell'errore può essere sia la sussistenza dell'obbligo del privato alla prestazione, sia l'entità del dovuto (può cioè vertere sia sull'an sia sul quantum dell'obbligo della prestazione: Cass. pen., 10.3.1992, Vassena, in Cass. pen., 1994, 1855), ma può concernere anche la competenza e la legittimazione del pubblico agente alla ricezione di quanto effettivamente dovuto alla p.a. (Cass. pen., 12.7.1963, Cherubini, in Giust. pen., 1964, II, 383; Romano, M., op. cit., 53, rileva tuttavia che quando la p.a. di appartenenza – dunque l'ufficio dell'agente ovvero altro ufficio della stessa branca – sia realmente creditrice della prestazione, sorgerebbe comunque in capo all'autore – sul denaro o sulla cosa mobile – un possesso per ragione dell'ufficio o servizio esercitati, dal momento che egli agirebbe pur sempre in nome e per conto della p.a. – ipotesi comunque ammissibile limitatamente ai cd. uffici-organismi, caratterizzati cioè dalla titolarità di un rapporto organico in capo all'agente, si potrebbe aggiungere). Ne conseguirebbe allora, in tal caso, la configurabilità quale peculato comune della condotta di ricezione o ritenzione in mala fede del denaro o della cosa, da parte del pubblico agente (Cass. pen., 13.10.1992, in CED Cass. pen., n. 191978).

L'approfittamento dell'altrui errore da parte del pubblico agente, richiesto dalla norma, implica necessariamente la consapevolezza, in capo all'autore, dell'errore in cui versi il privato (Cagli, S., Peculato e malversazione, cit., 349; Fornasari, G., op. cit., 141; Romano, M., op. cit., 53; contra: Pagliaro, A., Principi di diritto penale, pt. spec., I, Milano, VI ed., 1994, 92).

2.2 ELEMENTO SOGGETTIVO

La norma di cui all'art. 316 c.p. presuppone in capo all'agente il dolo generico, il cui oggetto include, secondo le regole generali, tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico, ivi compresa la situazione di errore in cui versi il soggetto passivo. La qualificazione della condotta appropriativa come tesa a favorire l'agente stesso o un terzo non vale però a rendere il dolo specifico, ma rappresenta unicamente una particolare caratterizzazione della condotta (Romano, M., op. loc. ultt. citt. L'Autore precisa poi, sotto un diverso profilo, che ove l'altrui errore consista nel ritenere che il denaro o la cosa mobile siano dovuti al pubblico agente o al terzo, mentre in realtà

sono dovuti alla p.a., la consapevole condotta appropriativa dell'agente realizzerebbe un peculato comune, sussistendo in tal caso, come si specificava innanzi, un "possesso per ragione dell'ufficio o del servizio" esercitati dal soggetto attivo).

Dovrà applicarsi il regime dell'errore sulle scriminanti (art. 59, co. 4, c.p.) in presenza di errore del pubblico agente sul carattere a lui dovuto, *uti privatus*, della prestazione corrisposta. In tal caso infatti, il soggetto attivo ritiene, pur erroneamente, sussistenti gli estremi della scriminante dell'esercizio di un diritto.

3. FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

Trattandosi di reato istantaneo, il momento consumativo del peculato mediante profitto si identifica nella ricezione dell'indebito da parte del pubblico agente, ovvero nel momento in cui egli, successivamente alla ricezione, acquisisca la consapevolezza dell'altrui errore e della doverosità della restituzione della cosa, che pur omette. Relativamente alla ricezione si osserva poi che, in quanto tale condotta sottende ed indica un momento appropriativo, sarà in tal senso necessario un comportamento *uti dominus*, sebbene l'agente intenda beneficiare il terzo o senz'altro lo faccia: è questo invero un fatto successivo alla già avvenuta consumazione, di per sé non rilevante (Romano, M., op. cit., 57). Quanto infine al tentativo, da ritenersi ammissibile, coinciderà secondo le regole generali con il compimento di atti idonei e diretti inequivocabilmente alla realizzazione del delitto, ed in particolare all'appropriazione da parte del pubblico agente che si giovi dell'altrui errore (Romano, M., op. loc. ultt. citt.; contra: Levi, N., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. pen.* Florian, Milano, 1935, 238, secondo il quale la ricezione implicherebbe già consumazione e la promessa difetterebbe del carattere inequivoco necessario ai fini del tentativo, sebbene tale ulteriore affermazione appaia discutibile; analogamente, Fornasari, G., op. loc. ultt. citt.; Riccio, G., *Amministrazione pubblica (delitti contro l')*, in *Nss.D.I.*, I, Torino, 1987, 563 ss.; Riccio, G., *Peculato e malversazione*, in *Nss.D.I.*, XII, Torino, 1965, 747).

4. CIRCOSTANZE E RAPPORTI TRA NORME

L'art. 323 bis c.p., introdotto dalla legge n. 86 del 1990, prevede una circostanza attenuante speciale, applicabile ad alcuni delitti contro la p.a., tra i quali anche il peculato mediante profitto, in presenza di fatti di particolare tenuità, ma pur sempre tipici, e quindi non radicalmente privi di idoneità lesiva. Il parametro valutativo su cui si fonda l'applicazione dell'attenuante è il fatto nella sua interezza, e non solo alcuni suoi requisiti costitutivi, e pertanto potranno assumere rilievo a tali fini anche elementi diversi, quali ad esempio il valore della cosa o la natura e il tipo del collegamento tra il possesso e la pubblica funzione (Fornasari, G., op. cit., 134, che non condivide la tesi di Palazzo, F.C.-Tarquini, E., *Peculato*, in *Enc. giur.* Treccani,

Roma, 1990, 7, secondo cui la circostanza attenuante in esame potrebbe applicarsi unicamente qualora la cosa appartenga ad un privato e non alla p.a., opportunamente motivando la critica alla luce della volontà del legislatore del 1990 di equiparare le due ipotesi, prima distinte come malversazione e peculato). Quando poi la valutazione della particolare tenuità del fatto concerne elementi diversi dal danno patrimoniale, l'attenuante di cui all'art. 323 bis ben potrebbe concorrere con quella di cui all'art. 62, n. 4, c.p. (danno patrimoniale di speciale tenuità: così, ad es., Cass. pen., 18.1.2001, Campo, in Guida dir., 2001, fasc. 12, 101; e in dottrina, per tutti, Romano M., op. cit., 45; Fornasari, G., op. cit., 134. In generale, Cass. pen., 6.4.2005, in CED Cass. pen., n. 231040, precisa che l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., è subordinata, a prescindere dal rilievo che nel caso concreto assuma la circostanza di cui all'art. 323 bis c.p., alla sussistenza di un anno di "minima rilevanza"). Tale circostanza, come anche l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 61, n. 7, c.p., è infatti applicabile al peculato mediante profitto, il cui spettro di tutela include infatti al suo interno anche la dimensione patrimoniale.

È poi importante tracciare i confini che separano la sfera applicativa della figura in analisi da quelle cui nell'evoluzione storica della disciplina i legislatori hanno ritenuto di assimilarla, ovvero dalla concussione – dalla quale storicamente deriva, rappresentandone, nel codice Zanardelli, una ipotesi particolare – e dal peculato comune, cui il legislatore del 1930 l'ha affiancata.

Ora, il discrimine tra peculato mediante profitto e concussione per induzione si identifica nel fatto che, nel primo caso, l'errore altrui preesiste alla condotta dell'agente, che se ne avvale, non derivando in alcun modo dal comportamento di costui. La fattispecie in esame si distingue poi dal peculato comune per essere il possesso conseguente alla dazione del terzo che versi in errore, e non preesistente, nonché per il diverso valore che nella struttura della fattispecie assume il nesso funzionale tra condotta ed esercizio della funzione o del servizio da parte dell'agente (profilo su cui si rinvia a quanto già osservato in sede di analisi generale della fattispecie).

5. SANZIONI

In ragione dell'eliminazione, da parte della l. 26.4.1990, n. 86, della pena pecuniaria prima prevista, la sanzione che residua per l'autore del peculato mediante profitto è la reclusione da sei mesi a tre anni. L'art. 322 ter c.p., introdotto dalla l. 29.9.2000, n. 300, dispone però che (anche) in caso di condanna per peculato mediante profitto si proceda obbligatoriamente alla confisca dei beni che ne costituiscano il prezzo o il profitto, o, qualora non sia possibile, alla confisca di beni, di cui l'autore abbia la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo. È infine importante ricordare che, ai sensi degli artt. 58 e 59 t.u.e.l. (d.lgs. 18.8.2000, n. 267), alla condanna non

definitiva per delitti quali, ad es., il peculato mediante profitto conseguono la ineleggibilità e la sospensione (la decadenza deriva invece dalla condanna definitiva) da alcune cariche pubbliche di natura politica (ad es., presidente della provincia, sindaco, assessore, consigliere provinciale e comunale) nell'ambito degli enti ad autonomia territoriale.

FONTI NORMATIVE

Art. 316 c.p.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Benussi C., I delitti contro la pubblica amministrazione, in Marinucci, G.-Dolcini, E., diretto da, Trattato di diritto penale, pt. spec., I, Padova, 2001, 170 ss.; Bricola, F., Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali (1968), in Id., Scritti di diritto penale, II, 1, Milano, 1997, 2395; Cagli, S., Peculato e malversazione, in Dig. pen., IX, Torino, 1995, 334 ss.; Fiandaca, G.-Musco, E., Diritto penale, pt. spec., I, Bologna, 1988, in particolare 196 ss.; Flick, G., Il delitto di peculato. Presupposti e struttura, Milano, 1971, in particolare 340 ss.; Fornasari, G., Peculato, in Bondi, A.-Di Martino A.-Fornasari, G., Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 2004, 140; Levi, N., Delitti contro la pubblica amministrazione, in Tratt. dir. pen. Florian, Milano, 1935, 238; Lucibello, P.M., I delitti di peculato, in D'Avirro, A., a cura di, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Padova, 1999, 120 ss.; Manna, A., Una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in Id., a cura di, Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione. La tutela dei beni collettivi: I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Padova, 2007, 435 ss.; Manzini, V., Tratt. dir. pen. it. Nuvoione-Pisapia, Torino, 1982, 130 ss.; Pagliaro, A., Il peculato prima e dopo la riforma, in Atti del primo Congresso Nazionale di diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma - Il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore, Napoli, 1991, 57 ss.; Pagliaro, A., Principi di diritto penale, pt. spec., I, Milano, VI ed., 1994, 36; Palazzo, F.C.-Tarquini, E., Peculato, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990; Palazzo, F.C., Artt. 314-316, in Padovani, T., coordinato da, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Torino, 1996, 11 ss.; Resta, F., Munus capere. Riflessioni sul peculato, in Manna, A., a cura di, Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione. La tutela dei beni collettivi: I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Padova, 2007, 223 ss.; Resta, F., I delitti di peculato, in Cadoppi, A.-Canestrari, S.-Manna, A.-Papa, M., Trattato di diritto penale, pt. spec., II, I delitti contro la pubblica amministrazione, Torino, 2008, 231 ss.; Riccio, G., Amministrazione pubblica (delitti contro l'), in Nss.D.I., I, Torino, 1987, 563 ss.; Riccio, G., Peculato e malversazione, in Nss.D.I., Torino, XII, 1965, 747; Romano, M., I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici

ufficiali, Artt. 314-335 bis cod.pen., Commentario sistematico, II ed., Milano, 2006, 3 ss.; Scordamaglia, V., Peculato, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982, 556 ss.; Segreto, A., Il peculato, in Segreto, A.-De Luca, G., I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, III ed., 1999, 132 ss.; Seminara, S., sub artt. da 314 a 316, in Comm. breve Dir. Pen. Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2003, 892 ss.; Stortoni, L., Delitti contro la pubblica amministrazione, in Canestrari, S.-Gamberini, A.-Insolera, G.-Mazzacuva, N.-Sgubbi, F.-Stortoni, L.-Tagliarini, F., Diritto penale. Lineamenti di parte speciale, Bologna, 1998, 95 ss.; Vassalli, G., Delitto di peculato e illecito amministrativo, in Atti del convegno-documentazione, Roma 26 maggio 1966, Milano, 1967, 86 ss.

8. Malversazione a danno dello Stato. Art. 316-bis.

Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

GIURISPRUDENZA:

Sez. 6 - , Sentenza n. 51962 del 02/10/2018 Ud. (dep. 16/11/2018) Rv. 274510 - 02

Presidente: FIDELBO GIORGIO. Estensore: GIORDANO EMILIA ANNA.
Relatore: GIORDANO EMILIA ANNA. Defendat: MUGGIANU PALMIRA.
P.M. ANIELLO ROBERTO. (Conf.)

Rigetta, CORTE APPELLO CAGLIARI, 05/06/2018

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 051 DELITTI -
DEI PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI
PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE -- Illecita percezione di pubbliche erogazioni
– Contributo economico erogato dal Comune per lo svolgimento di attività
socialmente utili – Reato di cui all'art. 316-ter cod. pen. – Configurabilità –
Sussistenza – Elementi distintivi rispetto ai reati di cui agli artt. 316-bis e 640-bis cod.
pen.

Integrano il reato di indebita percezione di erogazioni a carico di enti pubblici,
previsto dall'art. 316-ter cod. pen., la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci e
compie attestazioni non veritiere in ordine alle proprie condizioni personali, familiari
e patrimoniali, al fine di ottenere un contributo economico erogato da un ente locale

per lo svolgimento di attività socialmente utili, rinvenendosi il tratto distintivo rispetto al reato di malversazione a danno dello Stato, previsto dall'art. 316-bis cod. pen., nella mancata violazione di un vincolo di destinazione gravante sulle somme elargite e quello rispetto al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, previsto dall'art. 640-bis cod. pen., nei connotati della condotta, che, in tal caso, implica l'induzione in errore dell'ente erogatore e la determinazione di un danno per lo stesso.

Sez. 6 - , Sentenza n. 42924 del 23/05/2018 Cc. (dep. 28/09/2018) Rv. 274232 - 01

Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI. Estensore: AGLIASTRO MIRELLA.
Relatore: AGLIASTRO MIRELLA. Defendant: C. (Diff.)

Dichiara inammissibile, GIP TRIBUNALE PISTOIA, 11/07/2016

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 051 DELITTI -
DEI PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI
PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE - Malversazione a danno dello Stato -
Persona offesa - Individuazione - Privato danneggiato - Esclusione - Conseguenze -
Richiesta di archiviazione formulata dal P.M. - Legittimazione del privato a proporre
opposizione - Esclusione.

ìNel reato di malversazione a danno dello Stato, persona offesa è esclusivamente il
soggetto pubblico, in quanto il reato previsto dall'art.316-bis cod.pen. è posto a tutela
della corretta gestione e utilizzazione delle risorse pubbliche destinate a fini di
incentivazione economica sicché il privato danneggiato dal reato non è legittimato a
proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione.

Sez. 1 - , Sentenza n. 43243 del 27/03/2018 Cc. (dep. 01/10/2018) Rv. 274400 - 01

Presidente: TARDIO ANGELA. Estensore: RENOLDI CARLO. Relatore:
RENOLDI CARLO. Defendant: L. P.M. DI NARDO MARILIA. (Conf.)

Rigetta, CORTE APPELLO NAPOLI, 18/05/2017

618 SICUREZZA PUBBLICA - 022 MISURE DI PREVENZIONE - IN GENERE

SICUREZZA PUBBLICA - MISURE DI PREVENZIONE - IN GENERE - Misure
patrimoniali Bene di illecita provenienza ? Eredi del soggetto nei cui confronti
avrebbe potuto essere disposta la confisca diretta Alienazione mediante permuta a
terzo di buona fede Confisca per equivalente del corrispettivo della permuta
Legittimità.

In tema di misure di prevenzione patrimoniali, è legittima la confisca per equivalente del corrispettivo della permuta in forza della quale gli eredi del soggetto nei cui confronti avrebbe potuto essere disposta la confisca diretta di un bene di illecita provenienza abbiano trasferito il bene stesso ad un terzo di buona fede.

Sez. 5, Sentenza n. 49992 del 17/07/2017 Ud. (dep. 31/10/2017) Rv. 271436 - 01

Presidente: Vessichelli M. Estensore: Amatore R. Relatore: Amatore R. Defendant: Vanacore. P.M. Corasaniti G. (Conf.)

(Rigetta, App. Cagliari, 17/03/2016)

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 008 DELITTI - DEI PRIVATI - IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI PRIVATI - IN GENERE - Malversazione a danno dello Stato - Bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione - Concorso di reati - Configurabilità.

Il reato di malversazione a danno dello Stato, di cui all'art. 316-bis cod. pen., concorre con quello di bancarotta impropria distrattiva, di cui all'art. 223, comma 1, legge fall., in quanto l'autore dapprima si appropria delle risorse erariali immettendole nel patrimonio della società, e successivamente le sottrae alla garanzia generica dei creditori, destinando le somme a finalità diverse sia rispetto a quelle per le quali era stato concesso il contributo o il finanziamento, sia rispetto a quelle proprie dell'attività imprenditoriale della società. (In motivazione, la Corte ha individuato un rapporto di progressione criminosa tra le due fattispecie incriminatrici).

9- Approfondimento teorico.

IL BUIO OLTRE LA SPECIALITÀ.

LE SEZIONI UNITE SUL CONCORSO TRA TRUFFA AGGRAVATA E MALVERSAZIONE

Nota a Cass., SSUU, sent. 23 febbraio 2017 (dep. 28 aprile 2017), n. 20664, Pres. Canzio, Rel. Petruzzellis, ricc. Stalla e Battilana

Contributo pubblicato nel Fascicolo 5/2017

1. Con ordinanza dello scorso novembre (già pubblicata in questa Rivista, clicca qui per accedervi) era stata sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite la questione di diritto relativa alla possibilità, o meno, che il reato di malversazione in danno dello Stato ex art. 316-bis c.p. concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640-bis c.p.

Con la sentenza in oggetto, il quesito è stato risolto dalle Sezioni Unite affermativamente, nel senso che “Il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316-bis cod. pen.) concorre con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis cod. pen.)”.

2. Ricapitoliamo il caso di specie. Le due imputate, attraverso la creazione di uno schermo societario fittizio, erano riuscite a ottenere fraudolentemente un mutuo a tassi agevolati da parte di Sviluppo Italia S.p.a., contestualmente impegnandosi a non trasferire fuori della sede i beni ammessi alle agevolazioni. Successivamente, la società beneficiaria aveva proceduto a trasferire a una delle imputate stesse alcuni beni, in assenza di autorizzazione e in violazione del vincolo di destinazione impresso originariamente. Il primo fatto – relativo all’ottenimento fraudolento dell’erogazione – è stato qualificato come truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.), sebbene ne sia stata poi dichiarata l’estinzione per prescrizione. Il secondo fatto – consistente nella violazione del vincolo di destinazione – è stato invece sussunto nella fattispecie di malversazione a danno dello Stato di cui all’art. 316-bis c.p. e ha portato alla condanna delle imputate.

Queste ultime, nel ricorso dinanzi alla Corte di cassazione avevano dedotto, tra gli altri motivi, la violazione di legge e l’illogicità della motivazione, adducendo come i due reati contestati non possano tra loro concorrere, essendo il secondo (la malversazione) sussidiario rispetto al primo (la truffa aggravata ex art. 640-bis c.p.).

3. Al riguardo si era effettivamente registrato un contrasto giurisprudenziale.

Un primo orientamento, maggioritario in giurisprudenza, riteneva che i due reati concorressero, in virtù della diversità della materia trattata e, dunque, dell’inapplicabilità del criterio di specialità ex art. 15 c.p.[1].

Un secondo opposto orientamento riteneva che i due reati non concorressero, poiché offensivi del medesimo bene giuridico e, dunque, in rapporto di sussidiarietà: il secondo (la malversazione) rimanendo assorbito nel primo e più grave reato di truffa ex art. 640-bis c.p.[2].

4. Interpellate sul punto dalla VI sezione della Cassazione, le Sezioni Unite hanno optato per una soluzione della questione che, nelle conclusioni, si allinea al primo orientamento giurisprudenziale sopra menzionato: i due reati possono tra loro concorrere.

5. Nelle motivazioni della pronuncia, la Corte esordisce dichiarandosi in linea con quell’orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite[3] che considera il criterio di specialità ex art. 15 c.p. quale unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente (cfr. § 3.2). Principio – ritiene di precisare la Corte – che la più

recente giurisprudenza europea in tema di bis in idem (in particolare: Corte Edu, Grande Camera A e B. c. Novergia) non ha revocato in dubbio (§ 4). Qualsiasi criterio valutativo diverso da quello di specialità è considerato privo di “sostegno ermeneutico” (§ 5).

A questa considerazione preliminare, segue un confronto strutturale tra le due fattispecie incriminatrici in esame. La Corte rileva anzitutto come le due norme siano entrate in vigore a brevissima distanza di tempo, pari a poco più di un mese, senza che fosse prevista alcuna clausola di riserva (§ 6.2). Si sofferma poi sul bene giuridico tutelato dalla norma di cui all’art. 640-bis c.p., individuandolo non solo nell’interesse patrimoniale dello Stato, ma anche nell’interesse a una corretta individuazione del beneficiario delle risorse pubbliche e, quindi, a una equa distribuzione delle risorse tra i privati (§ 7.1).

6. Quest’ultima considerazione è poi posta in relazione alla conclusione per cui è assente alcun “nesso di interdipendenza necessaria” tra i due reati contestati (§ 7.2) In effetti – da un lato – gli artifici e i raggiri non costituiscono l’unica modalità attraverso la quale può ottenersi la percezione di finanziamenti e – dall’altro – la percezione illegittima non necessariamente sfocia nella mancata destinazione alle finalità previste.

Sicché possono immaginarsi tre possibili scenari:

- a) l’ipotesi in cui il privato ottenga lecitamente il finanziamento ma ometta di destinarlo alle finalità pattuite: fattispecie che integra pacificamente solo il reato di malversazione ex art. 316-bis c.p.;
- b) l’ipotesi in cui il privato ottenga il finanziamento illecitamente ma poi destini le somme effettivamente alle finalità pattuite: fattispecie che senza dubbio integra solamente il reato di truffa ex art. 640-bis c.p.;
- c) l’ipotesi – l’unica controversa – in cui il privato ottenga il finanziamento illecitamente e successivamente utilizzi le somme per scopi privati. Quest’ultima ipotesi – corrispondente al caso di specie e considerata dalle stesse Sezioni Unite come la “più frequente” nella prassi – integrerebbe un concorso materiale di reati, anche in ragione del fatto che nessun richiamo testuale all’interno dell’art. 316-bis c.p. consente di limitare l’applicazione della disposizione ai soli contributi acquisiti lecitamente, rimandando la norma genericamente all’acquisizione del finanziamento, nelle sue varie forme: cosicché “l’elemento genetico risulta indifferente al fine della configurazione della fattispecie” (§ 7.3).

7. Molto sinteticamente, poi, la Corte procede a escludere – come già aveva annunciato in premessa – la possibilità di dare rilevanza a criteri diversi da quello di specialità. Non può parlarsi di assorbimento – affermano le Sezioni Unite – poiché “una tale chiave interpretativa trascura l’elemento essenziale dell’istituto del concorso di norme che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, per apprezzare la valutazione implicita di correlazione tra norme ritenuta dal legislatore, non dal loro atteggiarsi concreto” (§ 7.5).

Parimenti viene scartata l’operatività del principio di sussidiarietà, “il cui presupposto dogmatico – la connessione dei fatti secondo l’id quod plerumque accidit – al di là del mancato riconoscimento normativo di tale principio in tema di concorso apparente di norme, risulta concretamente escluso, nel rapporto tra le due norme, dalle ricostruzioni espresse” (§ 7.7). Quanto, infine, alle esigenze di giustizia sostanziale relative alla proporzione tra sanzione e gravità del fatto, la Corte ritiene sufficiente l’applicazione delle regole ordinarie che disciplinano il concorso di reati, e cioè l’eventuale possibilità di dar luogo al regime del cumulo giuridico di cui all’art. 81 c.p. laddove ne ricorrano i presupposti (§ 8).

8. In attesa di ospitare più approfonditi e autorevoli commenti sul punto, si consentano alcune sintetiche riflessioni a caldo. Invero, chi scrive aveva già avuto modo di esprimere la propria opinione al riguardo, in sede di commento della relativa ordinanza di rimessione (cfr. S. Finocchiaro, Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione, in questa Rivista, 5 dicembre 2016). In quell’occasione avevamo cercato di indicare alcuni argomenti a favore di una rivalutazione delle regole che disciplinano il concorso apparente di norme, optando infine per una soluzione della questione in esame che escludesse la configurabilità del concorso tra i reati di truffa e malversazione e considerasse quest’ultimo un postfatto non punibile. Non ci sembra che tali argomenti siano stati confutati dalla sentenza in oggetto la quale, nondimeno, giunge a una conclusione opposta a quella da noi auspicata.

9. Un primo dato da sottolineare è che le motivazioni della pronuncia muovono da un assunto preliminare che appare, a dire il vero, di per sé dirimente nell’itinerario argomentativo delle Sezioni Unite. Tale assunto è che l’unico principio regolatore del concorso apparente di norme è il criterio di specialità, sicché, al di fuori dell’ambito di applicazione dell’art. 15 c.p., solamente le clausole di riserva espresse dal legislatore potrebbero escludere il concorso di reati (ossia previsioni del tipo “se il fatto non è preveduto come più grave reato...” o “qualora il fatto non costituisca più grave reato...”).

Questa essendo la premessa, l'esito della decisione poteva dirsi già scritto. È infatti evidente – e riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite (§ 6) – che il caso in esame esorbita dall'ambito di applicazione del principio di specialità ex art. 15 c.p., destinato com'è ad operare solamente laddove si discuta di un unico fatto. Invece, le condotte qui contestate, come si è visto, sono strutturalmente e cronologicamente autonome: si tratta cioè di due fatti distinti, rispetto ai quali non occorrerebbe neppure domandarsi se si pongano in rapporto genere a specie. Invero, a essere qui in discussione era l'alternativa tra un concorso apparente di norme e un concorso materiale di reati: non già un concorso formale di reati. Per questo motivo, peraltro, anche ogni riferimento agli orientamenti della giurisprudenza italiana ed europea in materia di *ne bis in idem* appare inconferente, poiché riguardante – appunto – un unico e medesimo fatto (*idem factum*). Dunque – una volta rilevato che il criterio di specialità era fuori gioco e che nelle disposizioni non sono previste clausole di riserva espresse – del tutto pregnante si faceva, a nostro parere, l'esigenza di vagliare accuratamente l'applicabilità di criteri differenti per tracciare il confine tra concorso (materiale) di reati e concorso apparente di norme. Un vaglio che però non viene operato dalle Sezioni Unite, nell'implicita convinzione – sembrerebbe – che i propri autorevoli precedenti non necessitino di una rivisitazione critica.

Tali precedenti, è bene rammentarlo, avevano in sostanza fondato la propria posizione sulla considerazione per cui tutti i criteri diversi da quello di specialità sarebbero “tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale” [4].

Siffatto argomento – basato su una pretesa incompatibilità dei criteri di assorbimento, sussidiarietà e consunzione rispetto al canone della legalità penalistica – non è però persuasivo. Un primo motivo è rappresentato dal fatto che, in questo modo, il principio di legalità, anziché porsi quale garanzia per il cittadino, viene invocato in *malam partem*, nel senso di ampliare il numero di reati dei quali si è chiamati a rispondere. Inoltre, non ci pare si possa affermare che tali criteri siano sprovvisti di fondamento normativo, giacché il numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di sussidiarietà espresse è talmente elevato da permettere di rinvenire un vero e proprio ‘criterio di sistema’, peraltro già ipotizzato nella Relazione al Progetto definitivo al codice penale [5] e talora fatto altresì discendere da un raffronto sistematico con norme quali l'art. 84 c.p. e gli artt. 61, 62 e 68 c.p. Infine, da non trascurare, è l'esigenza di rispetto del principio fondamentale di proporzione tra fatto illecito e pena, espressamente riconosciuto dall'art. 49 § 3 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, fatto altresì discendere dall'art. 3 CEDU [6], nonché da ultimo ricondotto dalla Corte costituzionale [7] agli artt. 3 e 27 Cost.

Per tali ragioni, dunque, il ricorso a meccanismi regolatori del rapporto tra norme fondati sui criteri di assorbimento-sussidiarietà non sembra affatto precluso dal principio di legalità in materia penale.

10. Neppure convincente – forse anche in ragione della laconica motivazione spesa al riguardo dalla Corte – ci pare l’affermazione secondo cui il principio di assorbimento sarebbe in radice da escludere in quanto fondato su di una mera valutazione dell’atteggiarsi concreto delle fattispecie, anziché su di una loro comparazione a livello di struttura astratta (§ 7.5). Da un lato, infatti, è innegabile che il criterio di assorbimento[8] non sia basato su di confronto meramente formale-strutturale tra le norme (come avviene invece in caso di specialità, almeno laddove non venga impropriamente inquinato da inconferenti valutazioni relative al bene giuridico), ma su di un raffronto sostanziale-valoriale tra le stesse. Dall’altro lato, però, non ci pare corretto ritenere che tale principio si proponga quale criterio grezzamente equitativo, cui il giudice ricorre in ragione dell’atteggiarsi concreto del caso di specie: esso può (e deve) invece costituire espressione di un criterio di sistema volto a confrontare norme giuridiche, e non già fatti concreti.

Avevamo infatti già provato a indicare il modo in cui ciò potrebbe realizzarsi: facendo cioè ricorso a una valutazione scandita in tre passaggi logico-giuridici, che in questa sede vale la pena rievocare sinteticamente alla luce delle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite.

Anzitutto (i) occorrerebbe individuare la violazione più grave, nello stesso modo in cui si opera in sede di applicazione del cumulo giuridico ex art. 81 c.p.: nell’ipotesi in esame si tratterebbe senz’altro della truffa aggravata ex art. 640-bis c.p.[9].

In secondo luogo (ii), le norme incriminatrici andrebbero messe a raffronto, attraverso gli ordinari strumenti esegetici (di tipo letterale, storico, sistematico, nonché costituzionalmente e convenzionalmente orientato), così da accertare se la violazione più grave tuteli (in via esclusiva o accanto ad altri) beni giuridici omogenei rispetto a quelli tutelati dal reato meno grave. Nel caso di specie, se è vero – come riconoscono le stesse Sezioni Unite (§ 7) – che l’ingiusta attribuzione delle somme al truffatore già di per sé arreca un danno sia al patrimonio pubblico sia all’interesse ad una corretta individuazione dei destinatari dell’erogazione, allora l’ulteriore atto di disposizione su quelle somme per finalità private non può che porsi come un approfondimento della medesima offesa già in precedenza arrecata a quei medesimi beni giuridici. Il fatto stesso che sia proprio quel soggetto, e non chi ne aveva diritto, a disporre ingiustamente delle somme integra di per sé uno scorretto utilizzo di fondi pubblici. Intendiamoci: non è in discussione la maggiore carica offensiva di una truffa di denaro che poi venga intascato dall’agente, rispetto ad un’ipotesi di truffa di denaro che poi venga comunque destinato alle finalità pubbliche previste. Tale maggiore offensività

potrà però benissimo essere considerata in sede di commisurazione della pena in concreto ai sensi dell'art. 133 co. 1 n. 2 c.p. (che fa riferimento alla gravità del danno arrecato), con la possibilità peraltro di dosare la sanzione anche in virtù dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p. (qualora il danno patrimoniale risulti di particolare gravità, magari proprio a causa della distrazione a fini privati del denaro pubblico erogato) o l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. (qualora la corretta destinazione delle somme ai fini pubblici previsti abbia attenuato le conseguenze dannose del reato). Il che pare d'altronde sufficiente a sventare il rischio – paventato dalla Corte in un passaggio della sentenza (§ 8) – che l'Italia si dimostri inadempiente rispetto all'obbligo di matrice eurounitaria di garantire un'effettiva tutela agli interessi dell'Unione, allorché l'erogazione fraudolentemente ottenuta abbia ad oggetto fondi comunitari.

In terzo luogo (iii) occorrerebbe stabilire se il disvalore sanzionato dalla prima norma incriminatrice contenga in sé quello relativo alla seconda fattispecie. Ciò implica, ad esempio, di valutare se il legislatore abbia già tenuto in considerazione anche gli ulteriori ordinari sviluppi della condotta incriminata dal reato più grave; un elemento indicativo potendo trarsi dal quadro sanzionatorio comminato ex lege. In questo senso, risulta rilevante l'eventuale connessione delle fattispecie secondo l'id quod plerumque accidit. Il che non significa, è opportuno sottolinearlo, che il secondo reato debba porsi quale "unico" possibile sviluppo del primo: in questo senso, perciò, non ci sembra dirimente la circostanza, evidenziata dalla Corte, per cui le due fattispecie non si pongono in rapporto di "interdipendenza necessaria" tra loro (§ 7.2). Rilevante, piuttosto, è la constatazione – anch'essa svolta dalle stesse Sezioni Unite (§7.4) – secondo cui l'ipotesi in cui il finanziamento ottenuto fraudolentemente non viene destinato agli scopi pubblici previsti è effettivamente il caso che si verifica più frequentemente (§ 7.4). Ciò peraltro non stupisce, apparendo del tutto normale che l'autore di una truffa sia ab initio animato dall'intenzione di conseguire somme di cui poter godere personalmente, e non già dalla volontà di rispettare il vincolo di destinazione voluto dal soggetto passivo del reato, ossia dall'ente pubblico erogante. Piuttosto, all'eventualità che il truffatore decida di destinare le somme alle finalità prestabilite potrà darsi rilevanza in termini di attenuazione della pena ex art. 62 n. 6 c.p. e 133 co. 1 n. 2 e co. 2 n. 3 c.p.

11. Vale infine la pena di soffermarsi sull'ulteriore argomento speso dalle Sezioni Unite, secondo cui l'art. 316-bis c.p. non conterrebbe alcun richiamo testuale che ne limiti l'applicazione ai soli contributi acquisiti lecitamente (§ 7.2). Al riguardo, avevamo in altra sede osservato come ciò non paia far necessariamente concludere per un'irrelevanza dell'elemento genetico dell'erogazione. Pensiamo all'appropriazione indebita: l'art. 646 c.p. non specifica affatto che presupposto della condotta appropriativa debba essere una genesi lecita della situazione possessoria,

esprimendosi anzi in termini di “possesso a qualsiasi titolo”. Cionondimeno è comune opinione che non ci si possa “appropriare” di beni ottenuti mediante un reato, e che pertanto non sia lecito sanzionare a titolo di appropriazione indebita l’atto di disposizione (ad esempio l’alienazione ad altri o la distruzione) di un bene precedentemente oggetto di furto o truffa, che pure certamente approfondisce l’offesa patrimoniale già arrecata con la prima condotta illecita.

Tale logica – implicita nel tenore letterale della norma – parrebbe similmente operare in relazione alla malversazione ex art. 316-bis c.p., per integrare la quale è ragionevole concludere che l’erogazione non debba essere stata ottenuta in modo penalmente illecito, rappresentando tale approfondimento dell’offesa un postfatto assorbito, sanzionabile a nostro avviso in termini di dosimetria della pena, ma non come ulteriore reato in concorso materiale con il precedente.

[1] Cfr. Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 1998, n. 4663; Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2003, 4313; Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2011, n. 43349; Cass. pen., sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512. In dottrina, ove tale orientamento risulta invece nettamente minoritario, cfr., in particolare, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, II, 2008, XV ed., p. 327 s.

[2] Cfr. Cass. pen., 9 luglio 2004, n. 39644; Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063; Cass. pen., sez. II, 18 settembre 2014, n. 42934. Tale orientamento risulta invece maggioritario in dottrina; sul punto cfr., ad esempio, C. Benussi, *Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1997, p. 1066 s.; M. Gambardella, *Sub art. 316-ter*, in *I delitti contro la personalità dello Stato*, I delitti contro la pubblica amministrazione, Lattanzi G. e Lupo E. (a cura di), in *AA.VV.*, *Codice penale*, Vol. III, Milano, 2005, p. 58; Pagliaro, Parodi Giusino, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, X ed., 2008, p. 121; M. Romano, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, I delitti dei pubblici ufficiali, II ed., Milano, 2006, p. 74; S. Seminara, *Sub art. 316-bis*, in A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, V ed., 2008, p. 762 s.

[3] Cfr. Cass. pen., 9 luglio 2004, n. 39644; Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063; Cass. pen., sez. II, 18 settembre 2014, n. 42934.

[4] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, (in tema di concorso tra le condotte di acquisto o ricezione punite dall’art. 648 c.p. e le successive condotte di immissione in commercio punite dall’art. 171-ter legge 22 aprile 1941, n. 633); cfr., nello stesso senso, Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963, Di Lorenzo (sul concorso tra l’illecito amministrativo di cui all’art. 213 cod. strada e il reato di cui all’art. 334 c.p.).

[5] Cfr. Lav. Prep. Cod. pen. e Cod. proc. pen. 1929, vol. V, pt. II, p. 218. Si veda, in particolare, la ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra il reato di strage ex art. 422 c.p. e incendio ex art. 423 c.p. rispetto ai quali, pur in assenza di qualsiasi clausola di sussidiarietà espressa, si prospetta l'applicazione del solo reato di strage laddove taluno cagioni un incendio al fine di uccidere.

[6] Cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, Vinter c. Regno Unito, § 102. Il principio di proporzionalità è stato inoltre recentemente valorizzato dalla sentenza della Grande Camera A e B. c. Novergia, quale ratio sottostante al divieto di bis in idem di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

[7] Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, Pres. Grossi, Rel. Zanon, in questa Rivista, con nota di F. Viganò, Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, 14 novembre 2016; per un precedente, cfr. anche Corte cost., sent. 22 luglio 1994, n. 341, Pres. Casavola, Rel. Spagnoli.

[8] Utilizziamo qui il concetto di assorbimento in senso volutamente lato, ossia comprensivo anche degli affini concetti – che vengono tra loro distinti dalla dottrina maggioritaria – di consunzione, sussidiarietà e progressione criminosa.

[9] Ciò non ci sembra poter essere revocato in dubbio neppure dall'osservazione, operata dalla Corte in termini di confronto sistematico, secondo cui il reato di cui all'art. 316-ter c.p., omologo a quello di cui all'art. 640-bis c.p., è invece punito più lievemente di quello di cui all'art. 316-bis c.p. e dunque l'eventuale assorbimento di quest'ultimo reato porterebbe ad una contraddizione interna al sistema (§ 7.6).

10 - Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Art. 316-ter.

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri.

(1)

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a euro 25.822. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.

(1) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. l), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

GIURISPRUDENZA

Sez. 2, Sentenza n. 51334 del 23/11/2016 Cc. (dep. 01/12/2016) Rv. 268915 - 01

Presidente: Davigo P. Estensore: Agostinacchio L. Relatore: Agostinacchio L.
Imputato: P.G. in proc. Sechi. P.M. Di Nardo M. (Conf.)

(Rigetta, G.i.p. Trib. Udine, 19/05/2016)

585 PREVIDENZA E ASSISTENZA (ASSICURAZIONI SOCIALI) - 005
CONTRIBUTI

Integra il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato ex art. 316-ter cod. pen., la condotta del datore di lavoro che, esponendo falsamente di aver corrisposto al lavoratore somme a titolo di indennità per malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni, ottenga dall'I.N.P.S. il conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle da lui dovute a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così percependo indebitamente dallo stesso istituto le corrispondenti erogazioni.

Sez. 6 - , Sentenza n. 51962 del 02/10/2018 Ud. (dep. 16/11/2018) Rv. 274510 - 02

Presidente: FIDELBO GIORGIO. Estensore: GIORDANO EMILIA ANNA.
Relatore: GIORDANO EMILIA ANNA. Imputato: MUGGIANU PALMIRA. P.M.
ANIELLO ROBERTO. (Conf.)

Rigetta, CORTE APPELLO CAGLIARI, 05/06/2018

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 051 DELITTI -
DEI PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE

Integrano il reato di indebita percezione di erogazioni a carico di enti pubblici, previsto dall'art. 316-ter cod. pen., la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci e compie attestazioni non veritiere in ordine alle proprie condizioni personali, familiari e patrimoniali, al fine di ottenere un contributo economico erogato da un ente locale per lo svolgimento di attività socialmente utili, rinvenendosi il tratto distintivo rispetto al reato di malversazione a danno dello Stato, previsto dall'art. 316-bis cod. pen., nella mancata violazione di un vincolo di destinazione gravante sulle somme elargite e quello rispetto al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, previsto dall'art. 640-bis cod. pen., nei connotati della condotta,

che, in tal caso, implica l'induzione in errore dell'ente erogatore e la determinazione di un danno per lo stesso.

*Sez. 6, Sentenza n. 21317 del 05/04/2018 Ud. (dep. 14/05/2018) Rv. 272950 - 01
Presidente: Paoloni G. Estensore: Corbo A. Relatore: Corbo A. Imputato: Pani. P.M. Di
Leo G. (Diff.)
(Rigetta, App. Cagliari, 09/05/2017)*

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 051 DELITTI - DEI PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE

Integra il delitto di indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato, ai sensi dell'art. 316-ter cod. pen., l'indebito conseguimento di un voucher da un ente pubblico (nella specie, per la frequentazione di un corso di formazione), atteso che il riferimento normativo alla concessione del beneficio economico, in alternativa alla sua erogazione, include anche la formale attribuzione del diritto alla prestazione pecuniaria.

*Sez. 2, Sentenza n. 57287 del 30/11/2017 Cc. (dep. 22/12/2017) Rv. 272250 - 01
Presidente: Diotallevi G. Estensore: Cianfrocca P. Relatore: Cianfrocca
P. Imputato: Trivellini. P.M. Pratola G. (Conf.)
(Rigetta, Trib. lib. Napoli, 07/07/2017)*

594 REATI CONTRO IL PATRIMONIO - 199 TRUFFA - IN GENERE

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - DELITTI - TRUFFA - IN GENERE
- Truffa a consumazione prolungata - Nozione - Momento consumativo del reato
- Individuazione - Prescrizione.

Si configura truffa c.d. a consumazione prolungata quando la percezione dei singoli emolumenti sia riconducibile ad un originario ed unico comportamento fraudolento con la conseguenza che il momento della consumazione del reato - dal quale far decorrere il termine iniziale di maturazione della prescrizione - è quello in cui cessa la situazione di illegittimità.

*Sez. 2, Sentenza n. 23163 del 12/04/2016 Ud. (dep. 01/06/2016) Rv. 266979 - 01
Presidente: Prestipino A. Estensore: Prestipino A. Relatore: Prestipino
A. Imputato: Oro. P.M. Tocci S. (Diff.)
(Annulla senza rinvio, App. Bari, 16/12/2014)*

606 REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - 051 DELITTI - DEI PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DELITTI - DEI
PUBBLICI UFFICIALI - IN GENERE - **Indebita percezione** di

pubbliche **erogazioni** - Differenza con la truffa aggravata per il conseguimento di **erogazioni** pubbliche - Fattispecie in tema di aiuti comunitari all'agricoltura.

Il reato di **indebita percezione** di pubbliche **erogazioni** si differenzia da quello di truffa aggravata, finalizzata al conseguimento delle **stesse**, per la mancata inclusione, tra gli elementi costitutivi, della induzione in errore dell'ente erogatore, essendo quest'ultimo chiamato solo a prendere atto dell'esistenza dei requisiti autocertificati e non a compiere una autonoma attività di accertamento. (Fattispecie in tema di aiuti comunitari all'agricoltura in cui la Corte ha ritenuto configurabile il reato di truffa e non quello di cui all'art. 316-ter cod. pen., atteso che, ai sensi del regolamento CE 1122/2009, l'accoglimento delle domande non si fondava su semplici dichiarazioni autocertificate ma implicava articolati controlli da parte dell'autorità competente per l'accertamento dell'ammissibilità dei contributi).

Cass. pen. Sez. Unite Sent., 16/12/2010, n. 7537 (rv. 249104)

INDEBITO

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - Delitti - Dei pubblici ufficiali - In genere - Indebita percezione di erogazioni a danno dello stato - Condotte rilevanti - Induzione in errore - Esclusione - Natura assistenziale dell'erogazione - Ammissibilità - Esenzione dal pagamento del ticket sanitario - Rilevanza

Integra il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato la falsa attestazione circa le condizioni reddituali per l'esenzione dal pagamento del ticket per prestazioni sanitarie e ospedaliere che non induca in errore ma determini al provvedimento di esenzione sulla base della corretta rappresentazione dell'esistenza dell'attestazione stessa. (La Corte ha precisato che si ha erogazione, pur in assenza di un'elargizione, quando il richiedente ottiene un vantaggio economico che viene posto a carico della comunità). (Annulla senza rinvio, App. Messina, 19/10/2009)

FONTI

CED Cassazione, 2011

Corriere del Merito, 2011, 5, 517 nota di PICCIALLI

11. Approfondimenti teorici

IL GRANDE ASSENTE NELLA NUOVA “LEGGE SPAZZACORROTTI”: IL MICROSISTEMA DELLE FATTISPECIE DI CORRUZIONE

Sommario 1. Introduzione. — 2. La sospensione della prescrizione. — 3. Le modifiche in materia di punibilità dei delitti contro la pubblica amministrazione commessi

all'estero. — 4. L'ampliamento e l'inasprimento delle pene accessorie. — 4.1. Interdizione dai pubblici uffici e divieto di contrattare con la p.a. — 4.2. Riabilitazione, benefici penitenziari, sospensione condizionale della pena e patteggiamento. — 5. La nuova causa di non punibilità. — 6. Le operazioni di polizia sotto copertura. — 7. Le modifiche in tema di corruzione internazionale, corruzione tra privati, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato e appropriazione indebita. — 8. Il mancato ripensamento del sottosistema della corruzione. — 9. Il paradossale effetto della novella di ratificare l'impianto della l. n. 190 del 2012 in materia di corruzione funzionale e traffico di influenze. — 10. L'inutile (e controproducente) inasprimento delle pene per la corruzione funzionale. — 11. La corruzione sistemica non può essere punita tramite la figura più mite di corruzione. — 12. L'evidente e irrisolto contrasto di giurisprudenza sulla corruzione sistemica. — 13. Concentrare anziché frammentare. Una proposta alternativa a quella della legge spazzacorrotti: costruire un'unica ipotesi di corruzione. — 14. La riformulazione del traffico di influenze illecite. — 14.1. La punizione delle condotte prodromiche alla corruzione funzionale. Il nodo delle intercettazioni. — 14.2. L'inclusione del millantato credito all'interno dell'art. 346-bis c.p. Le vicende intertemporali.

“Non si dà buona pittura se non quando, tagliando parte di un quadro, ciò che resta va ancora bene” (Picasso)

1. Introduzione

La legge approvata dal Parlamento il 18 dicembre 2018 (n. 3 del 2019, in vigore dal 31 gennaio 2019) – denominata legge “spazzacorrotti” dal suo ideatore, Ministro della giustizia on. Bonafede – non solo introduce modifiche in materia di contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione, ma prevede inoltre una parziale riforma dell'istituto della prescrizione; nonché una nuova disciplina nel campo della trasparenza e controllo dei partiti, dei movimenti politici e delle fondazioni politiche (in particolare, delle erogazioni effettuate in loro favore): in tale ambito è prevista una delega al Governo per la redazione di un testo unico compilativo delle norme che disciplinano la materia.

Le considerazioni svolte nel presente contributo saranno circoscritte perlopiù alle misure in tema di lotta alla illegalità nella pubblica amministrazione. Solo qualche accenno alle novità nel campo della prescrizione nel paragrafo che segue (1).

Ora la legge n. 3 del 2019 nasce con l'obiettivo di potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione; aggiungendosi idealmente alle due recenti novelle nello stesso ambito: la legge n. 190 del 2012 e la legge n. 69 del 2015(2).

Non basta però tenere presente questo stretto collegamento con le due più recenti leggi anticorruzione (2012, 2015) per comprendere al meglio la riforma del 2019. Non si deve infatti tralasciare l'influenza che sulla nuova legge ha avuto il celebre Progetto elaborato da parte di un gruppo di magistrati della Procura di Milano e professori di diritto e procedura penale delle Università milanesi nel 1994 (3); ascendente immediatamente percepibile in istituti come la nuova causa di non punibilità o il millantato credito ovvero l'inasprimento sanzionatorio, ma che va ritenuta una influenza fuorviante in assenza della premessa fondamentale di quel progetto di riforma: l'unificazione delle fattispecie in materia di tangenti. Come si è scritto criticamente (e in modo sarcastico): una “persistente emergenza” per lo stato di crisi o inefficienza del settore nonostante le incessanti riforme, che esige così rimedi più consistenti, più penetranti, più severi. «Tanta solerzia e tanta cura non sono evidentemente bastati per estirpare la mala pianta; nuove e più stringenti provvidenze legislative reclama il contrasto di un'epidemia che i farmaci sperimentati non sono riusciti a sconfiggere, nemmeno – pare – ad arginare» (4).

Il Governo ha altresì motivato le innovazioni contenute nella legge anticorruzione del 2019 con l'esigenza di recepire alcune raccomandazioni rivolte al nostro legislatore da organismi internazionali: come l'OCSE tramite l'attività del Working Group on Bribery, e il Consiglio d'Europa per mezzo dell'attività del gruppo di Stati contro la corruzione: il GRECO.

2. La sospensione della prescrizione

L'istituto della prescrizione originariamente non faceva parte del disegno di legge Bonafede. E l'entrata in vigore della riforma in materia di prescrizione è stata fissata al primo gennaio 2020. La novella interviene sugli artt. 158, 159 e 160 del codice penale.

In primo luogo, si sostituisce il primo comma dell'art. 158 c.p., che regola la decorrenza del termine di prescrizione, ripristinando in pratica la disciplina ante legge ex-Cirielli del 2005: per il reato continuato viene individuato così nel giorno di cessazione della continuazione, il termine di decorrenza della prescrizione. Possiamo solo ricordare en passant le polemiche scaturite nel 2005 a seguito di siffatta riforma della prescrizione, da etichettare secondo taluni come legge ad personam. Invero, a seguito della non condivisibile novella del 2005, chi commetteva ad esempio una serie di furti in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, si vedeva “premiato” con la prescrizione per gli episodi più lontani nel tempo nonostante che il reo avesse reiterato le sue attività delittuose (5). Ebbene, tramite la nuova legge si supera la disciplina odierna secondo cui il termine di prescrizione, nel caso di più reati in continuazione fra loro, inizia a decorrere dalla data di consumazione di ciascuno degli illeciti penali; e ogni reato pertanto comincia a prescrivere autonomamente, secondo le regole

comuni. Con la conseguenza che la legge n. 3 del 2019 allunga i termini di prescrizione per il reato continuato.

Oggetto di modificazione è altresì – e soprattutto – la disciplina in tema di sospensione del corso della prescrizione. Il secondo comma dell'art. 159 c.p. è integralmente sostituito, mentre sono abrogati il terzo e quarto comma della medesima disposizione (6). Il nuovo secondo comma dell'art. 159 c.p. stabilisce che il corso della prescrizione rimane sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado (sia di condanna che di assoluzione) o del decreto di condanna sino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o al momento dell'irrevocabilità del decreto di condanna.

Si tratta in realtà di una sospensione “definitiva” del corso della prescrizione (non decorre più), senza che vi sia alcuno spazio perché riprenda il suo corso (come nelle altre ipotesi di sospensione); e inoltre va notato che essa opera senza alcuna differenziazione tra sentenza di condanna o di assoluzione.

Per esigenze di coordinamento con la nuova disciplina della sospensione della prescrizione, la novella abroga il terzo e quarto comma dell'art. 159 c.p., nonché il primo comma dell'art. 160 c.p. che individuava come causa di interruzione del corso della prescrizione la pronuncia della sentenza di condanna o il decreto di condanna.

Come è noto le modifiche apportate dalla nuova legge, in relazione all'istituto della sospensione della prescrizione hanno suscitato vive polemiche. Per esempio, l'Unione delle camere penali italiane insieme a una nutrita rappresentanza dei Professori di diritto e procedura penale hanno inviato un appello al Presidente della Repubblica, in cui si sono fatti presenti i profili di dubbia legittimità costituzionale sottesi alla riforma della disciplina in questione. Chiedendosi che l'intervento normativo in materia di prescrizione sia riconsiderato nel quadro di una più articolata e complessiva riforma del processo penale e del sistema punitivo.

Sappiamo infatti da alcuni studi effettuati dal Ministero della giustizia che la maggiore incidenza delle prescrizioni si verifica annualmente durante la fase delle indagini preliminari, non modificata dalla legge spazzacorrotti: in circa la metà dei procedimenti penali definiti per prescrizione quest'ultima è maturata infatti durante le indagini. A sistema giudiziario invariato, poi, è facile profetizzare che i gradi di giudizio successivi al primo si svolgeranno più lentamente rispetto al passato, essendosi eliminato il fattore di accelerazione dei tempi di definizione dei processi rappresentato dallo “spauracchio” della prescrizione dell'illecito penale (7).

Nel citato “appello” tra l'altro si evidenzia come la prescrizione è un istituto del diritto penale sostanziale, collegato strettamente alla funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.), che sarebbe compromessa se la condanna fosse eseguita a eccessiva distanza dalla commissione del reato. E come tale la prescrizione opera per l'intero

arco temporale che separa la commissione del reato dalla sentenza irrevocabile; e pertanto, la sua soppressione, a partire da tappe intermedie nello svolgimento del processo, appare in contrasto con il menzionato principio costituzionale della funzione rieducativa della pena.

Inoltre, nell'appello al Capo dello Stato si è rilevato che la sospensione sine die dei termini di prescrizione a seguito della pronuncia di primo grado (condanna/assoluzione) entra in rotta di collisione con il principio costituzionale della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.; art. 6, § 2, CEDU), poiché considerare l'imputato – persino se assolto in primo grado – quale “eterno giudicabile”, assoggettato ad una pretesa punitiva priva di termini temporali e sostanzialmente illimitata altro non significa che trattarlo alla stregua di un “presunto colpevole”, così trasformando il principio in dubio pro reo nel principio (illiberale) in dubio pro republica.

Ebbene, non vi è dubbio che la ratio della prescrizione si rinviene secondo la pronuncia costituzionale n. 393 del 2006 nell'interesse generale a non perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno o notevolmente attenuato l'allarme della coscienza comune; ed altresì reso difficile l'acquisizione del materiale probatorio. Senonché, nella giurisprudenza costituzionale più di recente si è colto il fondamento della prescrizione anche nel “diritto all'oblio” dei cittadini quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela (8). Non sembra comunque che possa esserci una giustificazione logica assoluta dell'istituto della prescrizione, come testimonia il fatto che nel nostro sistema penale esistono ipotesi criminose di fatto imprescrittibili (9).

Ora, le modifiche sfavorevoli di disciplina apportate dalla legge spazzacorrotti si applicano unicamente alle condotte poste in essere dopo l'entrata in vigore della nuova normativa.

La fondamentale ordinanza costituzionale n. 24 del 2017 (sul caso Taricco) ha chiarito che la normativa in materia di prescrizione (non solo il termine, ma altresì gli istituti della sospensione e dell'interruzione) ha natura “sostanziale” (e non già processuale) e deve essere ricondotta al principio costituzionale di legalità e alle sue garanzie (art. 25, comma 2, Cost.), inteso quest'ultimo quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale. Cosicché, qualsiasi modifica sfavorevole è coperta dal superiore principio di irretroattività della legge penale sostanziale (10).

3. Le modifiche in materia di punibilità dei delitti contro la pubblica amministrazione commessi all'estero

La nuova legge modifica la disciplina relativa alla perseguibilità dei delitti di concussione/corruzione commessi all'estero, novellando gli artt. 9 e 10 del codice

penale. Le innovazioni hanno l'obiettivo di adeguare la nostra normativa alla raccomandazione IX del GRECO. Quest'ultima raccomandazione è volta ad abolire la condizione che l'azione penale per atti di corruzione commessi all'estero debba essere preceduta da una richiesta del Ministro della giustizia (ovvero dall'istanza o querela della persona offesa).

Nello specifico, all'art. 9 c.p. (delitto comune del cittadino all'estero) è aggiunto un nuovo ultimo comma, con il quale si esclude la necessità della richiesta del Ministro della giustizia ovvero l'istanza o la querela della persona offesa per punire secondo la legge italiana il cittadino presente sul territorio nazionale che abbia commesso all'estero il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione dell'incaricato di un pubblico servizio (art. 320 c.p.; anche come corruttore attivo ex art. 321 c.p.) o di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.). Tali reati, invero, avendo una reclusione inferiore nel minimo a tre anni necessitavano della richiesta del Ministro della giustizia (ovvero l'istanza o la querela della persona offesa). Per tutti gli altri delitti del sottosistema della corruzione/concussione non occorreva invece un intervento di adeguamento dell'art. 9 c.p., giacché si tratta di delitti puniti con una pena non inferiore nel minimo a tre anni: e quindi il cittadino che li commette all'estero è punito secondo la legge italiana se si trova sul territorio nazionale (11). E in particolare il rinvio oggi contenuto nell'ultimo comma dell'art. 9 c.p. all'art. 320 c.p. (la corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), per tali ragioni, deve essere circoscritto alla corruzione funzionale ex art. 318 c.p.

Quanto all'art. 10 c.p., che regola il delitto comune dello straniero all'estero, viene modificato tramite l'aggiunta di un nuovo terzo (e ultimo) comma. La nuova disposizione ha la funzione di rendere non necessaria la richiesta del Ministro della giustizia (ovvero l'istanza o la querela della persona offesa) nei confronti dello straniero, presente sul territorio italiano, che abbia commesso all'estero in danno dello Stato (o di un cittadino) i delitti di concussione (art. 317 c.p.), corruzione funzionale (art. 318 c.p.), corruzione propria (art. 319), 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.) e corruzione internazionale (art. 322-bis c.p.).

4. L'ampliamento e l'inasprimento delle pene accessorie

4.1. Interdizione dai pubblici uffici e divieto di contrattare con la p.a.

Uno degli ambiti più importanti della riforma Bonafede è quello relativo alle pene accessorie nel caso di condanna in materia di reati contro la pubblica amministrazione.

In generale, la novella procede a un ampliamento del campo applicativo e a un inasprimento delle sanzioni accessorie. E come si è scritto icasticamente «l'avvio in

discarica è innanzitutto promosso da un vistoso irrigidimento delle pene accessorie» (12). In primo luogo, è riformulato l'art. 32-quater c.p., implementando il catalogo dei reati alla cui condanna consegue la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ossia di quella misura che importa il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione (salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio).

Secondo la regola generale contenuta nell'art. 32-ter c.p. (non più modificato dalla riforma), la sanzione accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a cinque anni; e comunque la regola residuale (art. 37 c.p.) sulla durata delle sanzioni accessorie temporanee stabilisce che la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, in base al c.d. principio di equivalenza (13). L'estensione temporale della pena accessoria della incapacità di contrattare con la p.a., come vedremo a breve, trova tuttavia la sua peculiare disciplina – in materia di delitti contro la pubblica amministrazione – nel riformato art. 317-bis c.p. Il nuovo catalogo previsto all'art. 32-quater c.p. ricalca grosso modo quello incluso nel novellato art. 317-bis c.p. riguardante le condanne per i delitti contro la pubblica amministrazione cui consegue l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nell'elenco già contenuto all'art. 32-quater c.p. sono aggiunti altresì: il peculato comune (art. 314, comma 1, c.p.; con esclusione quindi del c.d. peculato d'uso di cui al comma 2), la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) (14).

Veniamo ora alla riformulazione dell'art. 317-bis c.p., che rappresenta una delle modifiche “chiave”, misura “bandiera”, della legge c.d. spazzacorrotti (insieme alla prescrizione). Si è parlato sui media di “daspo a vita” per corrotti e corruttori: incapacità perpetua a contrattare con l'amministrazione pubblica in particolare per gli imprenditori, e interdizione a vita a carico degli agenti pubblici.

Ebbene, la nuova legge amplia il novero dei delitti per i quali è prevista, a seguito della condanna, l'interdizione “perpetua” dai pubblici uffici; inoltre – per gli stessi reati – è contemplata l'inedita misura della incapacità “in perpetuo” di contrattare con la pubblica amministrazione (salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio) (15).

L'elenco dei reati di cui all'art. 317-bis c.p., a seguito della modifica apportata dalla l. n. 190 del 2012, faceva riferimento unicamente al peculato (art. 314 c.p.), alla concussione (art. 317 c.p.), alla corruzione propria (art. 319 c.p.) e alla corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.). Il legislatore del 2019 ha integrato il catalogo dei reati contro la p.a. alla cui condanna consegue la pena accessoria (perpetua/temporanea) dell'interdizione dai pubblici uffici nonché quella nuova del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. Sono stati così aggiunti alla

lista: la corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), l'induzione indebita (art. 319-quater c.p.), la corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320 c.p.), l'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), la corruzione internazionale (art. 322-bis c.p.) e il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.).

Il sistema qui congegnato (cfr. anche il paragrafo che segue) deve però essere confrontato con le ampie ricadute che appaiono discendere dal recente intervento della Corte costituzionale in tema di pene accessorie fisse nel delitto di bancarotta. La Corte ha, per un verso, ribadito che è immune da censure di ordine costituzionale la tradizionale impostazione che assegna alle pene accessorie una funzione in parte distinta rispetto a quella detentiva: una prospettiva invero marcatamente orientata alla “prevenzione speciale negativa”, imperniata sull'interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l'occasione di commettere gravi reati. Per altro verso, ha chiarito che risulta essenziale garantire la compatibilità delle pene accessorie di natura interdittiva con il “volto costituzionale della sanzione penale” (16).

E pertanto – ad avviso della Consulta – la durata fissa delle pene accessorie per una determinata figura di reato non appare, in linea di principio, compatibile con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Tale rigidità applicativa genera la concreta possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso (in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.) rispetto alle condotte di reato meno gravi, e sembra comunque distonica rispetto al principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Una durata fissa della pena accessoria risulta incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale, in quanto – precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato – è suscettibile di tradursi nell'inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle condotte di reato caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve (17).

Le pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la p.a. di cui al rimodulato art. 317-bis c.p. hanno tuttavia durata temporanea e non già perpetua, qualora venga inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o ricorra la circostanza attenuante ex art. 323-bis, comma 1, c.p. (fatti di particolare tenuità). Alla condanna qui consegue l'interdizione e il divieto temporanei per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni. Si inasprisce pertanto il regime sanzionatorio rispetto alla previgente versione dell'art. 317-bis c.p., secondo cui se per circostanze attenuanti è inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea: sicché in precedenza operava la regola residuale dell'art. 37 c.p. (durata della pena accessoria eguale a quella della pena principale inflitta).

Una durata temporanea delle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la p.a. ancora più limitata è stabilita allorché si configuri la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis, comma 2, c.p. (collaborazione del condannato). In questa ipotesi, la condanna per i delitti inclusi nell'elenco dell'art. 317-bis c.p. importa le sanzioni accessorie dell'interdizione e del divieto temporanei per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni.

Viene introdotta nel codice di procedura penale una nuova misura interdittiva, che in sostanza anticipa alla fase processuale gli effetti della già esaminata sanzione accessoria del divieto di concludere contratti con la p.a. (la quale consegue di diritto alla condanna). Una applicazione provvisoria a scopo cautelare del divieto in questione.

Il nuovo art. 289-bis c.p.p. prevede il “divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione”: il giudice interdice temporaneamente all'imputato di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Qualora poi si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 287, comma 1, c.p.p.; e quindi anche per reati puniti con reclusione inferiore a tre anni. In tema di responsabilità da reato dell'ente ex d.lg. n. 231 del 2001, è previsto un inasprimento delle sanzioni interdittive applicabili all'ente (art. 9, comma 2, d.lg. cit.), in relazione alla commissione di alcuni reati contro la pubblica amministrazione: della durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette, se il reato è stato commesso da un soggetto in posizione apicale; se, invece, il reato è stato commesso da un soggetto sottoposto, la sanzione interdittiva sarà non inferiore a due anni e non superiore a quattro.

4.2. Riabilitazione, benefici penitenziari, sospensione condizionale della pena e patteggiamento

Si è cercato inoltre di realizzare l'obiettivo dichiarato della nuova legge, di assegnare una maggiore afflittività alle pene accessorie (e non solo nell'ambito dei reati contro la p.a.), attraverso soprattutto la rimodulazione di alcuni istituti con effetti estintivi in maniera unitaria sulle pene principali e su quelle accessorie (ad esempio: riabilitazione, sospensione condizionale, affidamento in prova), scindendo la loro efficacia in modo da non estendere tali effetti alla interdizione dai pubblici uffici e al divieto di contrattare con la p.a. In questa direzione, si è così parzialmente modificato l'istituto della riabilitazione. Secondo la regola generale contenuta all'art. 178 c.p., la riabilitazione estingue le pene accessorie salvo che la legge disponga altrimenti. In deroga, dunque, alla regola generale, la nuova legge aggiunge un ultimo comma all'art. 179 c.p., stabilendo che la riabilitazione concessa sulla scorta della disciplina del medesimo art. 179 c.p. non produce effetti sulle pene accessorie perpetue. E

tuttavia si è previsto che decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta, quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. Regola quest'ultima da mettere in stretta relazione con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e il divieto perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione di cui all'art. 317-bis c.p. Di conseguenza, poi, si è interpolato anche l'art. 683 c.p.p. in tema di procedimento di riabilitazione: assegnando la competenza al tribunale di sorveglianza di dichiarare l'estinzione della pena accessoria nel caso di cui all'art. 179, ult. comma, c.p.

Da notare che viene altresì novellato il comma 12 dell'art. 47 dell'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975) relativo alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, escludendosi che l'esito positivo del periodo di prova estingua pure le pene accessorie perpetue. Queste due ultime novità legislative sembrano introdurre una sorta di “presunzione” legislativa di pericolosità collegata unicamente alla natura del delitto commesso, collidenti con il canone costituzionale della funzione rieducativa della pena e con la necessità che il trattamento punitivo anche in relazione alle pene accessorie sia sempre individualizzato. Si pongono anche in tale ambito seri dubbi della conformità della scelta legislativa rispetto alla più recente giurisprudenza costituzionale che, come detto al § precedente, reputa non in linea con i principi costituzionali una durata fissa delle pene accessorie svincolata dalla concreta valutazione, affidata al giudice, della gravità del fatto e delle personalità del reo (18). La novella modifica altresì l'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975). Per quanto concerne in particolare la fase successiva alla condanna definitiva, sono inseriti alcuni tra i più gravi delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati che precludono l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, a meno di collaborazione con la giustizia (19).

In proposito, può osservarsi quanto segue. Ai condannati, sulla scorta del principio del divieto di regressione trattamentale – connesso alla funzione rieducativa della pena – non può applicarsi la nuova disciplina sfavorevole: il percorso trattamentale non può cioè subire regressioni non ascrivibili alla condotta del condannato. Vi è la necessità di tutelare l'affidamento del condannato in ordine alla sua legittima aspettativa di libertà (20). Bisogna tuttavia chiedersi se non è arrivato il momento di superare il “dogma” della natura processuale delle norme in materia di esecuzione penale (dell'ordinamento penitenziario) regolate sotto il profilo intertemporale dall'ambiguo principio del *tempus regit actum*, per affermare con forza che pure queste norme concernono la pena, il trattamento sanzionatorio, seppure nella sua dimensione dinamica; e dunque sono soggette al principio di irretroattività della legge sfavorevole (e di retroattività della *lex mitior*). Con la conseguente parificazione delle norme penitenziarie a quelle penali sostanziali sul piano delle garanzie contenute negli artt. 2 c.p., 25 Cost. e 7 CEDU. In particolare, il divieto della retroattività sfavorevole

(quale principio costituzionale supremo mai derogabile né bilanciabile: da ultimo cfr. C. cost. n. 223 del 2018) da accordare non solo ai condannati perché riguardante misure trattamentali, ma altresì a tutti i rei che abbiano posto in essere la loro condotta criminosa prima dell'entrata in vigore della normativa "peggiorativa" e non potevano prevederla.

Sempre con l'obiettivo di recuperare effettività alle pene accessorie in relazione alla commissione dei delitti contro la p.a., il legislatore è intervenuto sulla disciplina degli effetti della sospensione condizionale della pena. Attraverso la riformulazione dell'art. 166 c.p. si è introdotta una possibile deroga alla regola generale secondo cui la sospensione condizionale si estende alle pene accessorie, ritornando in pratica alla disciplina ante 1990.

A seguito della modifica del primo comma dell'art. 166 c.p., nel caso di condanna per i delitti di 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, comma 1, c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), corruzione internazionale (art. 322-bis c.p.) e traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), il giudice può disporre che la sospensione non estenda i suoi effetti alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Con la nuova disciplina rientra, dunque, nella discrezionalità del giudice la valutazione circa l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, in presenza del riconoscimento della sospensione condizionale della pena in relazione ad una condanna per un grave delitto rientrante nel sottosistema corruttivo. Si è cercato, pertanto, di eliminare gli automatismi in precedenza previsti al cospetto di una condanna per alcuni dei più gravi reati contro la p.a., scindendo il regime della pena principale da quello della pena accessoria in caso di sospensione condizionale.

Resta, tuttavia, non sciolto dalla novella il nodo della indicazione dei "criteri" cui il giudice dovrà conformare la discrezionalità riconosciutagli dall'art. 166 c.p. nell'applicare le pene accessorie (21). Una ulteriore novità in materia di sospensione condizionale della pena è apportata tramite la modifica del comma quarto dell'art. 165 c.p., riguardante gli obblighi del condannato per accedere alla sospensione in relazione a specifici delitti contro la pubblica amministrazione. La sospensione condizionale della pena è ora subordinata al pagamento da parte del pubblico agente all'amministrazione lesa della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria ai sensi dell'art. 322-quater c.p., ossia della somma equivalente al prezzo o al profitto del reato.

Nella stessa ottica della sospensione condizionale, la novella interviene altresì sulla disciplina dell'applicazione delle pene accessorie in caso di richiesta di patteggiamento. All'art. 444 c.p.p. viene perciò aggiunto il comma 3-bis, secondo cui nei procedimenti per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione (22) la parte, nel formulare richiesta di patteggiamento, può subordinarne l'efficacia (i) all'esenzione delle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la p.a. (art. 317-bis c.p.), (ii) oppure, nella ipotesi che siano applicate tali pene accessorie, all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche alle pene accessorie. Tuttavia, allorché il giudice reputa di applicare le pene accessorie o ritiene che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa, rigetta la richiesta. Si aggiunge inoltre all'art. 445 c.p.p. il nuovo comma 1-ter, che ha la funzione di assegnare alla discrezionalità del giudice penale l'applicazione delle pene accessorie 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 (cfr. nota 21).

Sulla scorta poi della modifica del comma 1 dell'art. 445 c.p.p., a cui si è aggiunto nella parte finale un periodo, viene fatta salva l'applicazione delle pene accessorie ex art. 317-bis c.p. anche in caso di pena concordata fino a due anni di reclusione; in deroga a quanto stabilito dalla regola generale di cui al primo periodo del comma 1. Con il rischio chiaramente di disincentivare l'accesso al patteggiamento e ridurre la portata deflattiva. Ancora sotto il versante processuale si è integrato il testo del comma 1 dell'art. 578-bis c.p.p. (disposizione inserita con la novella sulla riserva di codice, l. n. 21 del 2018) per estendere la competenza del giudice dell'impugnazione, in presenza dell'estinzione del reato per amnistia o prescrizione, anche alla decisione sulla confisca prevista dall'art. 322-ter c.p. In pratica si consente anche per i delitti di corruzione al giudice dell'impugnazione di accertare la responsabilità dell'imputato, nonostante la prescrizione del reato al fine di provvedere comunque alla confisca allargata del denaro o dei beni frutto dell'illecito (23).

5. La nuova causa di non punibilità

Il provvedimento legislativo ha inserito nel codice penale il nuovo art. 323-ter c.p., che contiene – come indicato dalla rubrica della disposizione – una inedita causa di non punibilità per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, imperniata su un comportamento antagonista del reo rispetto all'offesa incriminata (24). Nel dettaglio l'elenco comprende la corruzione funzionale, la corruzione propria, la corruzione in atti giudiziari, la corruzione dell'incaricato di pubblico servizio, l'induzione indebita, la corruzione internazionale (limitatamente ai delitti di corruzione e induzione indebita ivi indicati), la turbata libertà dagli incanti e l'astensione dagli incanti.

Tra i delitti “coperti” dalla causa di non punibilità non è compreso il traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), originariamente presente nell'elenco del disegno di legge. L'esclusione desta perplessità.

Nella Relazione al disegno di legge Bonafede si sottolinea come si è in presenza di una novità di rilievo in linea con la ratio che ha ispirato la legge sul whistleblowing, al fine non solo di una più efficace attività di accertamento e repressione dei fenomeni corruttivi e para-corruttivi (ad esempio, la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), ma altresì per creare le condizioni per una più efficace prevenzione, rappresentando la nuova causa di non punibilità una contropista dissuasiva all'entrare in accordi illeciti. Duplice – secondo la Relazione – è lo scopo perseguito. Sul piano special-preventivo, rompere il muro di omertà rispetto a figure di reato bilaterali o comunque alimentate da vicende collusive; consentire inoltre l'acquisizione di elementi probatori normalmente molto difficili da acquisire al processo, utili per accertare e reprimere tali fatti criminosi. Sul piano general-preventivo, disincentivare le condotte illecite, introducendo un “fattore di insicurezza” con effetti dissuasivi. In pratica, viene introdotta una speciale causa di non punibilità in caso di volontaria, tempestiva e fattiva collaborazione del soggetto agente, sintomatica di un autentico ravvedimento ed efficace al fine di individuare i correi e assicurare la prova del fatto nonché a neutralizzare il profitto illecito. Una forma di premialità avanzata che attinge alla non punibilità del reo, e che si aggiunge alla recente circostanza attenuante a effetto speciale (pena diminuita da un terzo a due terzi) prevista dalla legge n. 69 del 2015 al secondo comma dell'art. 323-bis c.p.; intesa quest'ultima a valorizzare, sul piano della risposta sanzionatoria mitigata, la collaborazione del reo in ambito corruttivo.

Si tratta di una causa sopravvenuta di esclusione della punibilità di natura personale. L'agente ha commesso un fatto antiggiuridico e colpevole (un reato integrato in tutti i suoi elementi costitutivi), ma realizza successivamente una condotta antagonista tale da reintegrare ex post il bene offeso. Avendo carattere personale, trova la sua disciplina nell'art. 119 c.p.: la causa di esenzione dalla punibilità non si estende quindi a eventuali concorrenti nel reato. Elementi costitutivi della fattispecie della causa di non punibilità sono (i) la volontarietà della denuncia del fatto di reato e (ii) il fornire indicazioni utili e concrete finalizzate ad assicurare la prova del delitto e ad individuare gli altri responsabili dello stesso. La causa di non punibilità – ai sensi del primo comma dell'art. 323-ter c.p. – è subordinata a una duplice condizione: (a) il denunciante non deve aver avuto notizia che nei suoi confronti sono state svolte indagini in relazione a fatti criminosi previsti dagli elencati reati contro la p.a.; (b) non devono essere trascorsi quattro mesi dalla commissione del fatto di reato. E dunque si presuppone che il soggetto di autodenunci senza sapere in realtà se il suo nominativo è stato o meno iscritto nel registro degli indagati, e se potrà realmente

beneficiare della causa di non punibilità. Senza tralasciare inoltre il dato che nella concreta vicenda vi potrebbero essere ulteriori reati collegati a quello rientrante della causa di non punibilità, e dunque il denunciante anche per questa evenienza non potrà essere sicuro della sua completa impunità. Il secondo comma dell'art. 323-ter c.p. individua ulteriori, alternativi, presupposti per l'operatività della causa di non punibilità nei confronti del denunciante: la messa a disposizione dell'utilità dallo stesso denunciante percepita; in caso di impossibilità, una somma di denaro equivalente; ovvero, l'indicazione di elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo dell'utilità. E tutto questo deve avvenire entro quattro mesi dalla commissione del fatto costituente reato. Al terzo e ultimo comma dell'art. 323-ter c.p. è prevista la non operatività della causa di esenzione della punibilità, quando la denuncia sia preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato.

Si vogliono evitare possibili strumentalizzazioni a fini illeciti della speciale causa di non punibilità. Per escludere, ad esempio, che quest'ultima possa essere adoperata per provocare impunemente il delitto di corruzione al solo scopo di denunciare un rivale; ovvero per evitare che il privato, contando sulla non punibilità, faccia denunce strumentali e a scopo ritorsivo contro l'agente pubblico in contesti in cui il primo è portatore di un interesse personale e sul quale incide la specifica funzione pubblica del secondo (come in ambito giurisdizionale o nel settore degli appalti pubblici) (25).

Nella porzione finale dell'ultimo comma, si esclude all'interno di tale logica l'applicazione della causa di esclusione della punibilità nei confronti dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni dell'art. 9 l. n. 146 del 2006 (cfr. il § che segue). In dottrina, sul presupposto che qui la non punibilità ha una logica strettamente utilitaristica, si è osservato – in modo sicuramente condivisibile – che in realtà per raggiungere i suoi obiettivi l'esenzione dalla punibilità avrebbe dovuto essere accordata unicamente al privato, così da mettere l'agente pubblico in balia del corruttore che potrà guadagnare l'impunità denunciandolo (26).

6. Le operazioni di polizia sotto copertura

Sotto il profilo delle indagini, prima di esaminare nello specifico la novità più rilevante: ossia l'estensione anche al settore dei delitti contro la pubblica amministrazione della figura dell'agente sotto copertura, si accenna brevemente alla riforma in materia di intercettazioni. Anzitutto, viene novellato il comma 2-bis dell'art. 266 c.p.p., consentendo sempre le intercettazioni mediante l'uso dei captatori informatici (c.d. trojan) su dispositivi portatili nei procedimenti contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore a nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p. Inoltre, si è modificato l'art. 266 c.p.p. al fine di derogare in tale ambito alla regola generale, la quale stabilisce che il decreto motivato

del g.i.p. debba indicare le circostanze di tempo di luogo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Con riferimento poi alle operazioni sotto copertura, il legislatore è invece intervenuto implementando il contenuto dell'art. 9, comma 1, lett. a), della l. 16 marzo 2006, n. 146. Come è noto, la legge di ratifica della Convenzione Onu sul crimine organizzato transnazionale fornisce una disciplina unitaria di questa tecnica di investigazione speciale. Il legislatore infatti aveva ritenuto di accorpate in un'unica disposizione (27) le singole ipotesi di operazioni undercover disseminate in varie leggi speciali, sicché ad oggi l'art. 9 continua ad essere il testo di riferimento di tale peculiare attività investigativa (28).

In particolare, a seguito della riforma del 2019, le operazioni sotto copertura possono essere utilizzate anche per le indagini relative a tutte le norme incriminatrici concernenti il fenomeno della corruzione, inteso in senso ampio: si va dal delitto di concussione (art. 317 c.p.) a quello di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater c.p.), dal delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) al delitto di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.), dalla corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.) al traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) (29). Non solo. Coerentemente, sono state modificate anche le condotte dell'agente sotto copertura che vengono ad essere scriminate, in modo da adattarle alle fattispecie criminose di nuova introduzione (30). In tal senso, infatti, viene ad essere giustificata la condotta di acquistare, ricevere, sostituire o occultare anche "altra utilità"; tali comportamenti, inoltre, sono permessi anche con riferimento al "prezzo" del reato, così come all'"accettazione dell'offerta o alla promessa dello stesso"; infine, il legislatore ha deciso di scriminare gli agenti sotto copertura anche nel caso in cui corrispondano denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettano o diano denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo.

Invariata rimane poi la previsione fondamentale secondo cui sono consentite le attività dell'agente sotto copertura compiute «al solo fine di acquisire elementi di prova» in ordine ai reati analiticamente elencati nella disposizione. Anche rispetto ai reati di nuova introduzione, dunque, le operazioni sotto copertura non possono spingersi ad istigare o promuovere condotte illecite. Viene così confermato quanto risulta ormai pacifico in seno alla giurisprudenza convenzionale e di legittimità: l'agente sotto copertura continua a non potersi tramutare in "agente provocatore" (31).

Come è noto, infatti, mentre la condotta dell'agente provocatore «consiste nell'indurre, ideare ed eseguire uno o più fatti penalmente illeciti che non si sarebbero

verificati senza il suo intervento» (32); l'infiltrato si limita a raccogliere le prove, eventualmente partecipando alle attività delittuose «che l'indagato è già pronto a commettere anche in mancanza dell'intervento degli agenti di polizia, i quali si limitano a disvelare un'intenzione criminale esistente, ma allo stato latente, fornendo al ricorrente l'occasione di concretizzarla» (33).

La bipartizione ha trovato una sua formalizzazione nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale l'attività dell'agente provocatore (e non già dell'infiltrato) viola il principio dell'equo processo di cui all'art. 6, comma 1, Cedu, con la conseguenza che non può essere consentito l'utilizzo del materiale probatorio acquisito per mezzo di una provocazione attuata dall'agente di polizia (34). La Corte di Strasburgo, dunque, è intervenuta muovendosi all'interno del piano processuale e non, quindi, come ci si sarebbe potuti attendere, all'interno di quello sostanziale (35). Tale principio di diritto è stato, poi, recepito anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale ha confermato l'inutilizzabilità della prova acquisita in caso di operazioni sotto copertura consistenti nell'incitamento o nell'induzione alla commissione di un reato da parte del soggetto indagato, posto che all'agente infiltrato non è consentito commettere azioni illecite diverse da quelle dichiarate non punibili e di quelle strettamente e strumentalmente connesse (36). Dal punto di vista della legittimazione, va sottolineato che rimane ferma la possibilità che le attività sotto copertura siano compiute (i) dalla polizia giudiziaria, (ii) da ausiliari, (iii) da persone interposte (ex art. 9, commi 1 e 2, l. n. 146 del 2006). La triplice legittimazione risulta alquanto significativa nel contesto della legge spazzacorrotti: dal punto di vista operativo appare quasi inverosimile che un estraneo possa penetrare all'interno di un così peculiare tessuto criminale, come quello attinente ai reati corruttivi, che vede coinvolti negli accordi illeciti soggetti appartenenti ad ambienti determinati e, soprattutto, conosciuti. Cosicché l'utilizzo (iii) dell'interposto dovrebbe risultare la scelta per lo più elettiva in relazione all'agente sotto copertura nel campo del fenomeno corruttivo.

7. Le modifiche in tema di corruzione internazionale, corruzione tra privati, indebita percezione di erogazioni a danno dello stato e appropriazione indebita

La novella interviene altresì in relazione alle figure di reato della corruzione internazionale (art. 322-bis c.p.), corruzione e istigazione alla corruzione tra privati (artt. 2635 e 2635-bis c.c.), indebita percezioni di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter c.p.) e appropriazione indebita (art. 646 c.p.). Quanto alla corruzione internazionale, le modifiche del testo dell'incriminazione sono motivate, almeno in parte, dalle raccomandazioni del GRECO. Esse evidenziavano la necessità di estendere l'incriminazione anche ai funzionari di altri tribunali internazionali oltre a quello penale, ai funzionari pubblici stranieri, ai membri di assemblee pubbliche

straniere, e ai funzionari di altre organizzazioni internazionali o di assemblee parlamentari internazionali rispetto a quelli menzionati nell'art. 322-bis c.p. Al primo comma dell'art. 322-bis c.p. vengono perciò aggiunte due nuove classi di soggetti attivi, ampliando il campo applicativo della norma incriminatrice. Si prescrive che la disposizione in questione si applica anche:

«5-ter) alle 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;

5-quater) ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e ai giudici e funzionari delle corti internazionali».

In conseguenza dell'implementazione normativa di nuovi possibili autori del delitto, per esigenze di coordinamento, si è integrato altresì il contenuto della “rubrica” dell'art. 322-bis c.p. con tali riferimenti. Viene invece eliminato dal secondo comma, numero 2), dell'art. 322-bis c.p. il requisito del dolo specifico con il suo contenuto, non essendo più necessario adesso che le condotte siano poste in essere al fine di ottenere un vantaggio indebito in operazioni economiche internazionali ovvero allo scopo di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria.

Si deve inoltre precisare, che la modifica dell'art 322-bis c.p. è oggetto di una specifica disposizione di delega al Governo contenuta nel disegno di legge di delegazione europea 2018 ora in esame al senato (art. 3 lett. d AS 944). Segnatamente la delega prevede che, in attuazione della direttiva 17/1371, venga esteso l'ambito applicativo della corruzione internazionale anche ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio di Stati non appartenenti all'Unione europea o di organizzazioni pubbliche internazionali, quando tali fatti siano posti in essere in modo che ledano o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione. Inoltre la stessa prescrive che debbano essere espunte dal comma secondo numero 2) dell'art. 322-bis c.p. le parole «qualora 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». Tale ultima disposizione appare completamente in linea con le modifiche apportate dalla legge anticorruzione del 2019. Si osserva che l'ampliamento dei soggetti attivi del reato produce l'effetto di creare, limitatamente agli stessi, una nuova classe di fattispecie tipica, che sarà applicabile solo alle condotte poste in essere da quei soggetti dopo l'entrata in vigore della legge.

Per quanto attiene all'eliminazione della finalità di indebito vantaggio o del mantenimento di attività economica e finanziaria (il c.d. dolo specifico), essa ha

allargato l'ambito di applicazione dell'art. 322-bis c.p., essendo ora la fattispecie tipica meno connotata.

In ultimo, si segnala l'applicabilità al delitto di cui all'art. 322-bis c.p. della causa di non punibilità, introdotta dall'art. 323-ter c.p., seppure limitatamente ai delitti di corruzione e induzione indebita (cfr. § 5).

Anche le innovazioni che hanno riguardato i delitti di corruzione tra privati (artt. 2635 e 2635-bis c.c.) originano dalle osservazioni del GRECO (secondo Rapporto di conformità sull'Italia, giugno 2018), il quale «si rammarica che l'ammissibilità dell'azione penale sia possibile solamente su querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi»; e ritiene perciò che tale disciplina italiana non sia in linea con la Convenzione penale contro la corruzione del 2000. In particolare tramite la nuova legge del 2019 si prevede – attraverso l'espressa abrogazione del quinto comma dell'art. 2635 c.c. e del terzo comma dell'art. 2635-bis c.c. – la procedibilità d'ufficio per i delitti di corruzione tra privati e istigazione alla corruzione tra privati. Si tratta di modifiche sicuramente da approvare, perché – attraverso l'uso di un modello di lotta alla corruzione di stampo pubblicistico e non più a vocazione patrimonialistica – allineano la corruzione tra privati alle figure di corruzione nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione.

E soprattutto la procedibilità d'ufficio rende finalmente effettiva, nella sua dimensione pratica, tali figure di reato. Nel passato invero la corruzione tra privati è stata di fatto inapplicata nella prassi, in quanto la procedibilità a querela della persona offesa (tranne eccezioni: la distorsione della concorrenza) da individuarsi – spesso con una certa difficoltà nel caso concreto – nella società o negli amministratori impediva l'operatività della incriminazione in questione, per la semplice ragione che non vi è quasi mai interesse da parte della società o degli organi sociali a denunciare reati commessi all'interno dell'ente collettivo stesso (37).

Quanto al delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, si è introdotta, nella parte finale dell'ultimo comma dell'art. 316-ter c.p., una aggravante specifica quando il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri: la pena è della reclusione da uno a quattro anni, anziché da sei mesi a tre anni. Va notato come, sebbene il reato sia “comune” non richiedendosi alcuna qualifica soggettiva in capo al soggetto attivo, nulla esclude che esso possa essere commesso anche da un agente pubblico; sicché l'aggravamento della pena era già in sostanza possibile nell'analoga evenienza di oggi, tramite l'applicazione della circostanza aggravante comune di cui al n. 9 dell'art. 61

c.p., la quale prevede che la pena è aumentata nel caso in cui il reato sia commesso con abuso di poteri, o con violazione dei poteri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico ufficio. Si deve segnalare che la nuova circostanza aggravante è, tuttavia, più ampia rispetto al n. 9 dell'art. 61 c.p. lì dove include anche l'abuso della qualità. Le due circostanze aggravanti non possono tra loro concorrere, assorbendo quella più grave il disvalore della restante ex art. 68 c.p.

Il nuovo comma 1, ultimo periodo, dell'art. 316-ter c.p. sembrerebbe contenere una circostanza ad effetto speciale in considerazione dell'aumento della cornice edittale, segnatamente nella pena minima, superiore ad un terzo. Ciò comporterà, nel caso di concorso di circostanze, l'applicazione in primo luogo della circostanza in esame ai sensi dell'art. 63, comma 3, c.p., e su di essa il giudice dovrà poi procedere agli aumenti o diminuzioni per le circostanze ad effetto comune. La riforma ha dunque inasprito la risposta sanzionatoria nel caso di indebita percezione di erogazioni in danno dello Stato commessa da un agente pubblico con abuso delle funzioni e delle qualità; e per tale ragione, la stessa risulterà applicabile solo alle condotte commesse dopo l'entrata in vigore della nuova previsione normativa. Ma la vera questione in materia di tutela penale delle sovvenzioni pubbliche potrebbe essere un'altra. Nel senso che occorrerà riflettere se per alcune condotte – in precedenza non riconducibili a tale incriminazione, bensì più propriamente al delitto di peculato ex art. 314 c.p. ovvero a quello di truffa aggravata ex art. 640-bis c.p. – non si debba ora reputare più esatta la loro sussunzione all'interno della forma aggravata del delitto di cui all'art. 316-ter c.p.(38). In effetti il legislatore del 2019, con l'aggiunta dell'aggravante specifica all'interno del medesimo enunciato normativo, sembra aver voluto comporre un “tipo” nuovo di incriminazione di stampo pubblicistico, che potrebbe andare a sovrapporsi alla specifica area già presidiata penalmente dal peculato o dalla truffa aggravata (39); verificandosi pertanto quel fenomeno denominabile come “specialità sincronica sopravvenuta favorevole” (disciplinato dall'art. 2, comma 4, c.p.). Esso si determina in pratica col sopraggiungere nel sistema giuridico di una norma incriminatrice speciale in mitius, che si aggiunge alla norma incriminatrice generale (meno favorevole), sottraendogli la disciplina di una tipologia di fatti prima puniti da quest'ultima. La norma generale non è espunta dall'ordinamento e continua a sanzionare la restante classe di fatti non ricadente nella norma speciale favorevole. Se così fosse, per i procedimenti penali in corso in relazione a tali condotte, si porrebbe la questione dell'eventuale riformulazione dell'imputazione non più come peculato o truffa aggravata, bensì quale più mite figura dell'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato aggravata dalla qualifica soggettiva pubblicistica e dall'abuso di poteri/qualità. Una “derubricazione” che avrebbe effetto anche riguardo al più breve termine di prescrizione di cui beneficerebbe anche il condannato in primo o secondo

grado essendo fatti anteriori all'odierna modifica della disciplina della sospensione della prescrizione.

Infine riguardo al delitto di appropriazione indebita, la nuova legge rimodula la cornice edittale inasprendo la risposta sanzionatoria: si passa dall'attuale pena della reclusione fino a tre anni e della multa fino a 1.032 euro alla reclusione da due a cinque anni e della multa da 1.000 a 3.000 euro. Da notare che la variazione sanzionatoria concernente l'appropriazione indebita, originariamente non prevista, è stata introdotta nel corso dell'esame in sede referente. Ma quello che lascia più perplessi, sotto il profilo sistematico e politico criminale, è l'aver previsto qui una pena più grave rispetto al delitto di furto (art. 624 c.p.). S'interviene altresì sull'art. 649-bis c.p. per estendere la procedibilità d'ufficio di alcuni delitti contro il patrimonio, tra i quali è inclusa l'appropriazione indebita. Si aggiungono, a quelle già presenti, due ipotesi di perseguibilità d'ufficio: fatti commessi contro persona incapace per età o per infermità; danno arrecato alla persona offesa di rilevante gravità.

8. Il mancato ripensamento del sottosistema della corruzione

Le considerazioni che seguono nel resto dello scritto sono perlopiù incentrate su due aspetti di diritto penale sostanziale, che dal punto di vista del sottosistema degli illeciti penali di contrasto alla corruzione sono le vere novità contenute nella legge spazzacorrotti:

- (a) l'aumento delle pene principali per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.);
- (b) la riformulazione della figura del traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) e la contestuale abrogazione espressa del delitto di millantato credito (art. 346 c.p.).

Anzitutto, non si può che convenire con l'affermazione – contenuta nella “Presentazione” del disegno di legge del Ministro Bonafede, p. 2 – secondo cui «l'effettività di un'incriminazione dipende non solo dalla formulazione delle fattispecie incriminatrici e dall'entità della pena edittale, ma anche dagli strumenti d'indagine e dai poteri di accertamento che l'ordinamento mette a disposizione degli organi inquirenti e dell'autorità giudiziaria per perseguire efficacemente i reati».

Ebbene, appare sicuramente utile il potenziamento degli strumenti investigativi e di accertamento dei reati (con la previsione delle operazioni sotto copertura e la speciale causa di non punibilità per la collaborazione). Più utile certamente di un ulteriore e generalizzato inasprimento delle pene principali delle cornici edittali. Tanto più che le modifiche apportate con la legge n. 103 del 2017 hanno messo a riparo i procedimenti in materia di reati contro la p.a. da facili prescrizioni. Eppure, non possiamo trascurare il sottosistema delle incriminazioni in materia di corruzione, la

sua razionalità e soprattutto la sua “giustizia”. La legge del 2019 sembra dimenticarsi o comunque disinteressarsi della esigenza primaria nel diritto penale: che si sappia chiaramente, in via preventiva, quale siano le fattispecie penali, i loro elementi costitutivi e la esatta linea di demarcazione tra le stesse fattispecie, per attingere a quella “frammentarietà” indispensabile a garantire la libertà personale del cittadino (40).

Dal microsistema dei reati di corruzione dobbiamo muovere per cercare in tutti i modi di prevenire e reprimere questo grave fenomeno. Non produce effetti significativi mettere mano alle pene accessorie, agli strumenti di indagine, o, tantomeno, fare modifiche mirate alle cornici edittali di specifiche figure criminose nel sistema corruttivo (come nel caso della corruzione funzionale), senza ripensare funditus il sotto-sistema dei reati in materia di corruzione. Si corre un rischio altissimo, non facendo questo ripensamento globale: ratificare, legittimare, cristallizzare, definitivamente l'impianto scaturito dalla legge n. 190 del 2012 nell'ambito delle incriminazioni in materia di corruzione.

Ma si tratta di un sistema quello della legge n. 190 del 2012, che non tiene conto del reale disvalore delle condotte. È profondamente ingiusto a meno che non si lasci mano libera a una parte della giurisprudenza – come sta avvenendo – di adattarlo ai principi costituzionali del nostro ordinamento. Tuttavia più che un adattamento è in corso una riscrittura da parte del “diritto vivente”. Con tutte le preoccupazioni che ciò può destare in una architettura costituzionale fondata sulla soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.). Occorre, a mio avviso, in primo luogo pensare alla corruzione come reato, o meglio ai reati in materia di fenomeno corruttivo, costruendo in proposito un sistema quanto più razionale, efficiente e giusto; e poi alle pene accessorie e agli strumenti investigativi.

9. Il paradossale effetto della novella di ratificare l'impianto della l. n. 190 del 2012 in materia di corruzione funzionale e traffico di influenze Il filo conduttore delle riflessioni svolte nel prosieguo è rappresentato dal fatto che nella legge spazzacorrotti tanto l'inasprimento delle pene per la corruzione funzionale quanto la riformulazione del traffico di influenze illecite sembrano avere il paradossale effetto di ratificare definitivamente l'impianto della legge n. 190 del 2012, piuttosto che discostarsene segnando un punto di svolta nella lotta alla corruzione. Queste due modifiche rappresentano, involontariamente, una legittimazione di quanto prodottosi a seguito della l. n. 190 del 2012; novella quest'ultima che ha in parte mancato il suo obiettivo, sul campo strettamente penale, di costituire un salto di qualità nel contrasto al malaffare e all'illegalità nell'attività della pubblica amministrazione.

Ebbene, nel 2012 la legge n. 190 ha cercato di dare, in particolare, una risposta a due problemi scottanti:

(i) l'emersione di una nuova fenomenologia empirico-criminale a partire da Tangentopoli, ossia la corruzione sistemica (messa al libro paga, asservimento della funzione pubblica agli interessi privati) (41);

(ii) la necessità di distinguere con certezza le condotte di corruzione da quelle di concussione (in cui il privato è vittima e non correo) stante anche la sfuggente figura di matrice giurisprudenziale della “concussione ambientale” (scaturita anch'essa da Tangentopoli), nella quale comunque vi può essere il pagamento di tangenti da parte di un privato imprenditore a un agente pubblico (spesso un politico di rango). Nella concussione ambientale in pratica le “tangenti” vengono pagate con riferimento ad una situazione caratterizzata dall'esistenza di una sorta di convenzione tacitamente riconosciuta da entrambe le parti (ovvero all'interno di una prassi diffusa sul territorio), che il pubblico ufficiale fa valere e che il privato subisce, nel contesto di una “comunicazione” resa più semplice nella sostanza e più sfumata nelle forme per il fatto di richiamarsi a condotte già “codificate” (42).

Le risposte a tali importanti problemi da parte della legge n. 190 del 2012 sono state insoddisfacenti e hanno aggravato i problemi anziché aiutare a risolverli.

Vediamo rapidamente il secondo punto (ii) sull'esatta linea di confine concussione/corruzione; punto non preso in considerazione in nessun modo dalla legge Bonafede, ma che invece dovrebbe avere la massima considerazione in una riforma penale della corruzione. E ciò perché nel 2012 si è cercato di risolvere il problema della differenziazione tra concussione e corruzione con lo sdoppiamento della concussione, da cui si è estrapolata la nuova figura della induzione indebita ex art. 319-quater c.p., in cui è punito anche il privato indotto a pagare.

Sappiamo tuttavia che, necessariamente, per salvare la norma dalla incostituzionalità le Sezioni unite Maldera nel 2013 hanno aggiunto il “requisito implicito” – non presente nel testo dell'art. 319-quater c.p. – dell'indispensabile “tornaconto o vantaggio indebito per il privato”, perché altrimenti la punizione del correo-indotto non sarebbe giustificata sotto il profilo della responsabilità personale ex art. 27, comma 1, Cost.(43). Ormai l'induzione indebita è una vera e propria ipotesi da assegnare alla corruzione in senso stretto: si tratta di un reato a struttura bilaterale nel quale vi è uno scambio di utilità; resta il requisito dell'abuso di qualità/potere, scolorito nelle applicazioni giurisprudenziali, proprio perché da parte delle Sezioni unite Maldera si è postulato il requisito implicito del vantaggio indebito del privato, che appare incompatibile con l'esercizio di un potere pubblico con modalità prevaricatorie. Dunque il problema che occorre risolvere – distinguere le condotte di concussione da quelle di corruzione – si è ingarbugliato ancora di più: il confine è oggi conteso da più figure criminose: corruzione funzionale, corruzione propria, induzione indebita e concussione. Orbene, tralasciando di considerare, in sede di

riforma, anche il rapporto tra concussione/induzione indebita/corruzione (funzionale e propria) si ratifica tacitamente l'impianto scaturito della legge n. 190 del 2012.

10. L'inutile (e controproducente) inasprimento delle pene per la corruzione funzionale

Ma la vera legittimazione all'esistente, a mio avviso assolutamente da evitare, avviene nella legge spazzacorrotti con l'esplicito innalzamento della forbice edittale del delitto di cui all'art. 318 c.p.; cornice oggi compresa tra 1 e 6 anni di reclusione e dalla novella inasprita: da 3 a 8 anni di reclusione (44). Come sappiamo, con la riforma del 2012 si è abbandonato il modello mercantile quale esclusivo modello su cui erano basate le figure di corruzione, in favore del modello clientelare: ad esempio nell'art. 318 c.p. Il modello mercantile è incentrato sull'accordo tra le parti contraenti, una pubblica e l'altra privata, avente ad oggetto la compravendita illecita di un atto amministrativo; e sul quale poggiava tradizionalmente la divaricazione tra corruzione impropria (atto d'ufficio legittimo: art. 318 c.p.) e propria (atto contrario ai doveri d'ufficio: art. 319 c.p.). Si è riformulato nel 2012 il delitto di cui all'art. 318 c.p., sostituito oggi dalla figura della corruzione per l'esercizio della funzione; ipotesi svincolata dal riferimento a uno specifico atto e nella quale sono ormai indistinte le forme antecedente e susseguente (45). Nella descrizione della fattispecie tipica dell'art. 318 c.p. è scomparso il riferimento all'atto di ufficio. Si è rotta la simmetria sulla quale era stato costruito il sistema della corruzione nel codice Rocco: il riferimento binario all'atto di ufficio legittimo nella corruzione impropria (art. 318 c.p.) e illegittimo nella corruzione propria (art. 319 c.p.). Si è ripensato l'assetto dei reati di corruzione, tenendo conto della realtà criminologica emersa negli ultimi anni. La tendenza dei fatti di corruzione a diventare "sistemici". Non solo capaci di diffondersi capillarmente e in modo ampio all'interno dell'azione dei pubblici poteri ("la corruzione regolarizzata e istituzionalizzata"), ma in grado altresì di istituire una relazione stabile nel tempo di interdipendenza d'interesse tra privati e funzionari pubblici (o politici); pure attraverso la creazione di reti di complicità fra corruttori, corrotti ed eventuali terzi intermediari.

La cosiddetta corruzione "sistemica" è, tuttavia, fenomenologia criminosa che prescinde dalla compravendita di un atto dell'ufficio. Le vicende di corruzione sistemica, ad esempio, hanno luogo allorché la tangente sia pagata in relazione all'esercizio della funzione dell'agente pubblico e non per uno specifico atto d'ufficio: si pensi al caso in cui quest'ultimo sia messo a libro paga stabilmente dal privato corruttore.

Cosicché il requisito dell'atto d'ufficio, presente sin dal 2012 nella configurazione delle diverse figure di corruzione contenute nel codice penale, ha reso poco agevole, incerta e controversa in dottrina la perseguibilità penale di tale nuove fenomenologie

criminose. Come si dirà meglio dopo, ciò che lascia subito perplessi è l'aver reputato in sede di riforma nel 2012 la corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) oggettivamente meno grave della corruzione propria (art. 319 c.p.), soltanto perché in quella non si fa riferimento ad un determinato atto illegittimo dell'ufficio quale contenuto del *pactum sceleris*. Come dire che, pure quando l'attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto, essa è sicuramente più grave della condotta dell'agente pubblico che stabilmente sottomette agli interessi del privato la sua attività.

11. La corruzione sistemica non può essere punita tramite la figura più mite di corruzione

Ebbene, prima della riforma del 2012 (l. n. 190) le ipotesi di messa a libro paga, di asservimento della funzione pubblica ad interessi privati, di mancata individuazione dello specifico atto compravenduto, seppur svincolate dal riferimento ad uno specifico atto, venivano ricondotte dalla giurisprudenza di cassazione all'interno dell'ipotesi criminosa di corruzione propria ex art. 319 c.p. Ad avviso del quasi univoco indirizzo giurisprudenziale formatosi ante 2012 non è infatti necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, quando risulti accertato un totale asservimento della funzione agli interessi del privato (46). Insomma per questa giurisprudenza la mancata individuazione in concreto del singolo atto del pubblico ufficiale contrario ai propri doveri d'ufficio non fa venir meno il delitto di cui all'art. 319 c.p., qualora sia appurato che la consegna del denaro al pubblico funzionario sia stata eseguita in ragione delle funzioni esercitate e per retribuirne i favori (47). Subito dopo la riforma del 2012 (e già in fase di sua presentazione) si è asserito che la nuova e più mite figura di corruzione funzionale ex art. 318 c.p., la quale nel suo enunciato normativo non fa più riferimento ad uno specifico atto d'ufficio, deve dare copertura normativa ora alle ipotesi di messa a libro paga dell'agente pubblico e di asservimento della funzione pubblica ad interessi privati; mentre per la configurabilità della più grave figura della corruzione propria (art. 319 c.p.) occorrerà individuare un atto in senso formale quale oggetto dell'accordo corruttivo. Si è anche aggiunto che, in pratica, il legislatore con il nuovo art. 318 c.p. ha voluto effettivamente chiarire che la giurisprudenza formata nel recente passato sul punto è da respingere perché non corretta. Come se si fosse al cospetto di una disposizione di interpretazione autentica in tal senso. È mai possibile, allora, che le condotte di c.d. corruzione sistemica, le quali ruotano intorno alla c.d. messa a disposizione del funzionario ovvero a patti corruttivi nei quali non è individuabile lo specifico atto concreto contrario all'ufficio, prima del 2012 sussunte dalla giurisprudenza nel più grave reato di corruzione, siano adesso punibili mediante la più mite figura della corruzione funzionale (art. 318 c.p.)? (48). Si tratta dei casi, ad esempio, in cui un alto dirigente ministeriale venga stabilmente remunerato in vista di ipotetiche e future agevolazioni in favore del privato corruttore; ovvero del politico-

Presidente di una Regione che riceve di continuo donativi di grande valore: come una casa in regalo (o in comodato gratuito) o il pagamento di vacanze di lusso da una multinazionale; oppure al caso in cui degli agenti della “Guardia di finanza” che, in cambio di denaro, eseguano una verifica fiscale superficiale e affrettata, contravvenendo al dovere di ufficio di accertare, in modo rigoroso ed imparziale, la situazione contabile della società esaminata.

12. L'evidente e irrisolto contrasto di giurisprudenza sulla corruzione sistemica

Una parte consistente della nuova giurisprudenza di legittimità formatasi soprattutto in riferimento al caso “Mose” di Venezia, non presa in considerazione però nella “Presentazione” del disegno di legge da parte dell'on. Bonafede, ha affermato – valorizzando al massimo la “volontà legislativa” – che i fenomeni di corruzione sistemica (messa a libro paga del pubblico funzionario, asservimento della funzione pubblica agli interessi privati, messa a disposizione del proprio ufficio) caratterizzati da un accordo corruttivo che impegna permanentemente l'agente a compiere o ad omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, finora sussunti dalla giurisprudenza nella fattispecie prevista dall'art. 319 c.p., devono a seguito della l. n. 190 del 2012 essere ricondotti alla nuova previsione **dell'art. 318 c.p.**, sempre che i pagamenti non siano ricollegabili all'adozione di uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio (49). Ma l'ingiustizia di questo indirizzo giurisprudenziale, che rispetta certamente la ratio della riforma del 2012, è tuttavia palese. Alcune delle condotte più insidiose e gravi di corruzione vengono trasferite nell'ipotesi più lieve dell'art. 318 c.p. Ecco perché rinveniamo un ulteriore indirizzo nella giurisprudenza di legittimità che, attraverso l'uso dell'argomento dell'interpretazione sistematica, giunge ad una conclusione diametralmente opposta. Smentendo nondimeno il chiaro intento della legge n. 190 del 2012 e superando il dato strettamente letterale.

Secondo questo difforme orientamento giurisprudenziale, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuali ex post, integra tutt'ora il reato di cui all'art. 319 c.p., e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. Invero, offrirebbe il fianco a possibili rilievi in termini di graduazione dell'offensività, di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.), punire in molti casi con una pena assai più mite di quella stabilita nell'art. 319 c.p., un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponga l'intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici (50).

Ad avviso di questo orientamento, diversamente ragionando, la condotta di un pubblico ufficiale che compia per denaro o altra utilità (“venda”) un solo suo atto

contrario all'ufficio (ad esempio rilasci un permesso di accesso in z.t.l. non consentito, ecc.) verrebbe così punita con una cospicua pena ai sensi dell'art. 319 c.p. Laddove un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponga l'intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici e in relazione ad atti contrari alla funzione non predefiniti o non specificamente individuabili ex post (in caso diverso si rifluirebbe, come è ovvio, nella previsione dell'art. 319 c.p.), si vedrebbe oggi irrazionalmente punito con una pena assai più mite, quale quella prevista dal riformato art. 318 c.p. (da uno a sei anni di reclusione). E ciò malgrado appaiano in tutta evidenza indiscutibili la ben maggiore offensività e il più elevato disvalore giuridico e sociale della seconda condotta, integrata appunto dall'asservimento costante e metodico dell'intera funzione del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi privati.

Il contrasto giurisprudenziale non ha, tuttavia, sul piano pratico, generato particolari tensioni; né, al momento, un rinvio alle Sezioni unite penali. E ciò perché l'orientamento ben esemplificato dalla sentenza sul caso Mose, pur prestando ossequio formale al legislatore del 2012, nella sostanza ha lasciato immutate le cose. Invero, se si legge attentamente la motivazione della sentenza sul caso Mose, ci si accorge che la suprema Corte “va a caccia” di un provvedimento illegittimo, trovandolo chiaramente in una vicenda in cui vi sono migliaia di provvedimenti amministrativi (delibere soprattutto, di cui sicuramente una illegittima). Transitando così dalla figura della corruzione per la funzione a quella più grave di corruzione propria (51).

Si vede chiaramente qui come la Magistratura supplisca alla scelta del legislatore del 2012, che sul piano politico-criminale non ha rispettato il disvalore astratto delle condotte; evenienza quest'ultima che non può non precedere la codificazione. Il caso astratto più grave – la stabile messa a libro paga di un soggetto apicale o l'asservimento duraturo – è stato tipizzato all'interno dell'ipotesi di corruzione sanzionata in modo più mite.

13. Concentrare anziché frammentare. Una proposta alternativa a quella della legge spazzacorrotti: costruire un'unica ipotesi di corruzione

In conclusione, bisogna avere la capacità di innovare come la nuova legge Bonafede ha fatto ad esempio con il delitto di “corruzione tra privati” (art. 2635 c.c.). Si è qui inserita giustamente la procedibilità d'ufficio, che rende finalmente effettiva la norma incriminatrice (cfr. retro § 7).

Ebbene, la corruzione sistemica, anche se non si individua lo specifico atto, ha un disvalore immenso; è letale per la crescita economica, incide sul costo delle opere pubbliche e sul morale della gente comune. La corruzione sistemica non deve allora essere ricondotta, in linea astratta, nella figura più lieve di corruzione, come previsto

dalla legge n. 190 del 2012. Né il compito di sovvertire tale esito, nel singolo caso concreto, può essere lasciato al lavoro di supplenza della Magistratura.

Bisogna avere il coraggio di riformulare in modo organico il minisistema della corruzione, senza dimenticare che di esso fa parte oggi anche il delitto di cui all'art. 319-quater c.p. (l'induzione indebita a dare o promettere utilità). E nella riformulazione del sottosistema corruttivo, occorre assegnare alle ipotesi di stabile messa a libro paga e di duraturo asservimento delle funzioni pubbliche agli interessi privati – anche se non si individua uno specifico atto illegittimo compravenduto – il giusto posto come ipotesi di maggior disvalore di corruzione: minando, queste ultime condotte illecite penalmente, le fondamenta dell'etica pubblica (52).

Converrebbe dunque nel prossimo futuro cercare di costruire una ipotesi generale di incriminazione di corruzione, comprensiva delle figure di corruzione per l'esercizio della funzione, per un atto contrario ai doveri d'ufficio e dell'ipotesi di induzione indebita (ormai, come detto, ascrivibile al paradigma della corruzione in senso stretto). E dislocare tutte queste fattispecie in un'unica disposizione (articolo), rubricata come corruzione tout court; andando in senso opposto rispetto all'assetto attuale, reso ancora più caotico dalla frammentazione delle condotte corruttive operata dalla novella del 2012 (53).

Una proposta che, come sappiamo, trova la sua matrice nel “Progetto milanese” del 1994: un'unica macro-figura criminosa nella quale far confluire le diverse tipologie di illecito di natura corruttiva; con una fattispecie talmente ampia da includere tanto il modello mercantile quanto quello clientelare. Nel Progetto del 1994, la concussione veniva dislocata all'interno dell'estorsione quale aggravante ad effetto speciale (54). Si tratta di una semplificazione indispensabile alla prassi e che potrebbe concorrere a garantire al cittadino una maggiore certezza e uguaglianza nell'applicazione giudiziaria del diritto nel campo dei reati contro la pubblica amministrazione.

L'uso del rasoio di Occam, con la creazione di un'unica ipotesi generale di corruzione, permetterebbe oltretutto di evitare profili abolitivi, sempre in agguato in presenza di riformulazioni legislative (cfr., ad es., quanto osservato nell'ultimo paragrafo).

Il diverso disvalore penalistico delle tipologie di fatti, all'interno della medesima disposizione, potrebbe essere designato tramite differenti cornici edittali; con pene talora diversificate per i correi. Una progressione criminosa che dovrebbe muovere dalla meno grave fattispecie di autentica corruzione funzionale, incentrata sulle “vecchie” corruzioni per atto dell'ufficio conforme o legittimo (non illegittimo) e su quelle corruzioni funzionali in cui vi è una mera e circoscritta nel tempo dazione per

una generica ed episodica infedeltà del pubblico agente (che prescinde dal concreto atto contrario dell'ufficio).

Vengono qui prese in considerazione ipotesi più lievi di corruzione che si riferiscono ad atti legittimi dell'agente pubblico (attività conforme dell'ufficio nella forma e nella sostanza), o ad attività dovuta e priva di spazi di discrezionalità ovvero attività insindacabile (come per l'ipotesi recentemente affrontata dalla Corte di cassazione riguardo alla corruzione del Parlamentare ricondotta alla corruzione “impropria” ex art. 318 c.p.(55). Al secondo livello della piramide punitiva, si dovrebbe includere, nell'unico articolo sulla corruzione, le condotte di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio. Infine, quale forma più grave di corruzione, si dovrebbe prevedere la c.d. corruzione sistemica, distinta dalla più lieve corruzione funzionale nella quale, come detto, vi è una mera infedeltà episodica dell'agente pubblico a cui è collegata l'isolata dazione indebita. Le figure di corruzione sistemica da tipizzare dovrebbero essere quelle di stabile e duratura messa a libro paga dell'agente pubblico e di asservimento continuativo della funzione pubblica esercitata dallo stesso agli interessi di privati. Figure criminose quest'ultime che si configurano qui sia quando i pagamenti siano ricollegabili all'adozione di atti contrari ai doveri d'ufficio (illegittimi) sia là dove non si rinvenga uno specifico e concreto atto dell'agente pubblico, nonché ove siano adottati atti che pur formalmente legittimi siano in realtà orientati alla realizzazione di interessi privati (o comunque diversi da quelli istituzionali). Detto in altre parole, la stabile messa a libro paga e l'asservimento per un tempo prolungato possono essere poste in relazione ad atti di ufficio illegittimi, ma possono anche prescindere da singoli atti d'ufficio.

Bisognerebbe prevedere poi l'introduzione di una specifica circostanza attenuante a effetto speciale o modificare l'art. 323-bis c.p. (attenuante per fatti di particolare tenuità), per tener conto ancora con più attenzione dei casi di corruzione c.d. “pulviscolare” (o minori), con un basso disvalore e rendere così la sanzione proporzionata alla condotta criminosa commessa.

14. La riformulazione del traffico di influenze illecite

14.1. La punizione delle condotte prodromiche alla corruzione funzionale. Il nodo delle intercettazioni

L'autentica innovazione sul piano del microsistema delle fattispecie di contrasto alla illegalità nella pubblica amministrazione è quella relativa al delitto (di non lontana coniazione) del traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.).

Il legislatore del 2019 è qui intervenuto “pesantemente”: per un verso, ha espressamente abrogato la disposizione “matrice” dell'art. 346 c.p. (il millantato credito); per altro verso, ha riformulato il delitto di cui all'art. 346-bis c.p. in modo da

ricomprensione la fattispecie formalmente (e sincronicamente) abrogata. Come è noto, tramite il delitto di traffico di influenze illecite il legislatore del 2012 si è proposto di punire non la legittima attività di lobbying, bensì l'attività di faccendieri i quali, avvalendosi di contatti e relazioni, condizionano indebitamente le decisioni dei pubblici poteri (56).

L'incriminazione di traffico di influenze illecite punisce condotte prodromiche al vero e proprio accordo corruttivo tra pubblico agente e privato, anticipando dunque l'intervento della sanzione penale in questo ambito. Questa funzione di chiusura del sottosistema corruttivo è ricavabile altresì dalla clausola di sussidiarietà messa in apertura del testo dell'art. 346-bis c.p., sin dalla sua coniazione nel 2012.

E proprio dalla mancanza, nella clausola iniziale della disposizione, del riferimento esplicito all'art. 318 c.p. – e dal riferimento al necessario compimento di un “atto contrario ai doveri d'ufficio” – si ricavava che l'art. 346-bis c.p. (nella versione del 2012) non poteva essere impiegato per punire pre-accordi volti alla realizzazione della corruzione per l'esercizio della funzione; sicché in questi casi il limite più arretrato della responsabilità penale era costituito dal delitto di istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p. Tale esclusione della corruzione funzionale non trovava giustificazione nel sistema e nelle istanze di politica criminale; e dunque va sicuramente approvata la rimodulazione contenuta nella novella in commento, che include nella clausola iniziale l'art. 318 c.p. (nonché l'art. 322-bis c.p., in tema di corruzione c.d. internazionale) e rende soltanto figura aggravata il riferimento al compimento di un atto illegittimo. Orbene, in base al comma 4 del nuovo art. 346-bis c.p. la pena è aumentata (fino a un terzo) se i fatti sono commessi per remunerare il pubblico agente o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio (57).

Va tuttavia notato come non appare del tutto condivisibile quanto scritto nella Relazione al disegno di legge, secondo cui tale inserimento (della corruzione per l'esercizio della funzione) nella clausola iniziale rende chiaro che, se la mediazione va a buon fine, si realizza un concorso “trilaterale” nel più grave reato di cui all'art. 318 c.p., il quale assorbe tutto il disvalore del fatto ed esclude la punibilità autonoma ai sensi dell'art. 346-bis c.p. In verità, la clausola iniziale segnala una sussidiarietà: è in favore del reo; essa evita cioè un concorso di reati. Si applica così unicamente la corruzione, se si integra prima l'art. 346-bis c.p. e poi l'art. 319 c.p. o l'art. 318 c.p. attraverso una progressione criminosa. Ma è evidente che i delitti di cui agli artt. 318 e 319 c.p. si configurano soltanto se ne ricorrono gli elementi costitutivi, e non già perché si è fatto esplicito riferimento nell'incipit dell'art. 346-bis c.p. all'art. 318 c.p., come invece sembra dire la Relazione al disegno di legge (p. 41).

Purtroppo la riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), da parte della legge Bonafede, è affetta dallo stesso vizio che affligge la modifica del delitto di corruzione funzionale. Non assegnando infatti il giusto disvalore al traffico di influenze illecite, ratifica in pratica l'inadeguata riforma del 2012; consolidandola e sprecando un'occasione preziosa per mettere mano con efficacia ai relativi problemi.

Il recente caso giudiziario (e politico-mediatico) del centro petrolifero in Basilicata “Tempa Rossa” ha fatto comprendere come l'agognata riforma del 2012, che ha finalmente inserito nel sistema penale la figura del traffico di influenze illecite, invece di irrobustire gli strumenti in nostro possesso per reprimere il fenomeno corruttivo li ha – ancora una volta – paradossalmente affievoliti (58). Le vicende legate al traffico di influenze illecite, infatti, come noto, erano state collocate dalla giurisprudenza ante 2012 – con un'interpretazione estensiva, al limite dell'analogia in malam partem, che ricomprendeva anche lo sfruttamento di relazioni esistenti e non solo quelle millantate o esageratamente vantate – nella figura criminosa del millantato credito ex art. 346 c.p.; delitto punito con pene che andavano dalla reclusione da 1 a 5 anni (comma 1) e da 2 a 6 anni (comma 2). Con la possibilità di intercettazioni e custodia cautelare in carcere.

La novella del 2012 ha addirittura attenuato la risposta sanzionatoria. Una risposta che una parte della giurisprudenza aveva cercato di dare – tramite il millantato credito – con un'opera di supplenza giudiziaria, proprio per arginare questo grave fenomeno criminoso, prodromico alla vera e propria corruzione.

La cornice sanzionatoria del traffico di influenze illecite nella versione 2012 consisteva nella reclusione da 1 a 3 anni. Limiti edittali inadeguati e poco ragionevoli per la caratura criminosa dei fatti che sottopone a punizione. Questo assetto sanzionatorio rendeva infatti impossibili le intercettazioni telefoniche e ambientali e la custodia cautelare in carcere, ed è quindi uno strumento spuntato e inutilizzabile per la lotta al malaffare nella pubblica amministrazione (59).

Breve: senza intercettazioni non si vede come si possano fare le indagini in tema di traffico di influenze illecite, vanificando in concreto l'intento apprezzabile del tentativo di un maggior rigore punitivo (seppur insufficiente) che ha ispirato la novella. Ebbene la legge del 2019 perpetua questo abbassamento delle difese rispetto all'uso – seppur discutibile – del delitto di millantato credito (art. 346 c.p.) per reprimere tali fatti criminali.

La pena è inasprita ma lievemente, senza attingere a quella cornice sanzionatoria che permetterebbe le intercettazioni: mezzo qui – come accennato – indispensabile per le

indagini e l'eventuale custodia cautelare in carcere. La reclusione è nella nuova disposizione da 1 anno a 4 anni e 6 mesi.

Un correttivo in tal senso potrebbe essere quello di modificare l'art. 266 c.p.p. nel senso di consentire esplicitamente le intercettazioni per il reato di traffico di influenze illecite anche se la pena è inferiore nel massimo ad anni 5 di reclusione. Tuttavia, questa soluzione non terrebbe conto del disvalore del delitto in parola, limitandosi ad ammettere le intercettazioni per motivi di opportunità. Oltretutto, il limite massimo edittale è inferiore ai 5 anni di reclusione, e ciò consente l'operatività della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.

Aspetto molto positivo della riforma anticorruzione del 2019 è invece quello di aver previsto come contropartita degli accordi illeciti non soltanto la prestazione patrimoniale (denaro o altro vantaggio patrimoniale), ma anche quella “non patrimoniale” con l'inserimento dell'ampia espressione “altra utilità” (commi 2 e 3 dell'art. 346-bis c.p.) (60).

14.2. L'inclusione del millantato credito all'interno dell'art. 346-bis c.p. Le vicende intertemporali

Ma veniamo adesso più da vicino all'importante novità contenuta nella legge spazzacorrotti: l'inclusione della figura del millantato credito all'interno della fattispecie di traffico di influenze illecite (con la contestuale esplicita abrogazione dell'art. 346 c.p.).

Nei lavori preparatori viene motivata tale scelta unificatoria con la necessità di risolvere i problemi interpretativi e di coordinamento che si sono posti nella prassi giudiziaria a causa della difficile coesistenza dei due delitti dopo il 2012.

Nel millantato credito, come noto, il compratore di fumo è una persona ingannata dal millantatore; e dunque non è assolutamente punito, anzi è la vittima (persona offesa) nell'ambito della sistematica del delitto di cui all'art. 346 c.p.

Ma anche nella disposizione come riformulata dalla legge del 2019, nonostante il legislatore impieghi oggi nell'art. 346-bis c.p. l'espressione «vantando relazioni asserite», la situazione in realtà non muta: il soggetto ingannato non può essere trasformato in correo. L'inganno del “cliente” sulla circostanza che il “faccendiere” (il mediatore) non ha alcuna capacità di influire sul pubblico agente giacché con quest'ultimo non ha e non potrà mai avere una “relazione”, appare incompatibile con una sanzionabilità a livello penale (61).

Si punirebbe altrimenti una mera intenzione malvagia del cliente, senza alcun pericolo per il corretto e imparziale funzionamento della p.a., perché è assente qualsivoglia capacità del “mediatore” di porsi in relazione con agenti pubblici nel caso specifico. E

tale punizione violerebbe i principi costituzionali di ragionevolezza, offensività e proporzionalità.

In questa ipotesi, insomma, non tanto il cliente ingannato non è punibile ex art. 346-bis, comma 2, c.p.; piuttosto questa fattispecie concreta non è sussumibile nel delitto di traffico di influenze illecite, bensì in quello di truffa, che – dopo l'abrogazione/riformulazione degli artt. 346 e 346-bis c.p. – si è riespanso così da riabbracciare quelle tipologie di accadimenti che prima erano punite tramite il delitto di millantato credito.

Pertanto, non è assolutamente condivisibile – né d'altronde sembra realmente richiesto a seguito di obblighi assunti dall'Italia sul piano internazionale – quanto scritto nella Presentazione del disegno di legge, secondo cui «l'inganno di una parte a danno dell'altra e il conseguente errore sul buon esito dell'operazione non incidono in alcun modo sulla configurabilità della fattispecie e sulla responsabilità dei soggetti coinvolti» (p. 16). Non è un caso che nella già più volte menzionata Proposta “milanese” del 1994 si inseriva una figura criminosa denominata “vantato credito” (art. 346 c.p.) assai simile al millantato credito/traffico di influenze illecite versione 2019, nella quale era punito, in modo molto severo (reclusione da quattro a dodici anni), unicamente il faccendiere (62).

Senonché, il sintagma «vantando relazioni asserite» può (e soprattutto deve) essere inteso in un altro modo, sganciandolo dalla necessaria presenza di un inganno perpetrato dal mediatore nei confronti del cliente.

Ebbene, devono così essere puniti con il nuovo art. 346-bis c.p. – tramite il frammento di enunciato “vantando relazioni asserite” – quei casi in cui, per un verso, il faccendiere non inganna il cliente; ma, per altro verso, non si è certi che egli possa realmente influire sull'agente pubblico. Il cliente non ignora la capacità solo potenziale del trafficante di porre in essere un legame con il pubblico funzionario, ma ugualmente corrisponde denaro o utilità per l'eventuale mediazione illecita.

Non si sfrutta cioè una relazione esistente, bensì si vanta la possibilità di instituirle; di poter arrivare ad influenzare l'agente pubblico. Una vanteria che però non inganna il cliente sulla circostanza che la relazione non è esistente, bensì solo possibile in un prossimo futuro.

La dazione avviene su tali basi, e dunque qui vi è un concreto pericolo per il buon funzionamento e l'imparzialità dell'azione della p.a., che giustifica la punizione del soggetto che dà il denaro o altra utilità.

Sulla scorta di quanto appena osservato, va infine analizzato l'aspetto intertemporale della riformulazione del traffico di influenze illecite. L'idea espressa nella Relazione al

disegno di legge è quella di procedere all'abrogazione esplicita del delitto di millantato credito (art. 346 c.p.) e alla contestuale riformulazione dell'art. 346-bis c.p., in modo da ricomprendere nella norma incriminatrice ricavabile da quest'ultima disposizione “tutti” i fatti astrattamente puniti dalla disposizione soppressa.

Per la Relazione al disegno di legge ci troveremo di fronte ad un caso che è possibile definire di abrogatio sine abolitione: l'abrogazione del millantato credito non ha determinato alcuna abolizione della rilevanza penale della classe di fatti in esso tipizzati.

Ma è proprio così?

Sembrerebbe invece che – sulla base di quanto prima detto – vi è un prezzo da pagare al fenomeno dell'abolitio criminis; in particolare per quanto concerne una quota delle sentenze definitive di condanna per il delitto di millantato credito. Per le condanne di millantato credito nelle quali la condotta del faccendiere si è esplicata attraverso comportamenti ingannatori o raggiranti nei confronti del cliente, non vi è – a mio parere – alcuna continuità normativa con il novellato art. 346-bis c.p. Come accennato, si tratta di sottofattispecie non comprese nel nuovo traffico di influenze illecite, proprio perché se il soggetto è ingannato od oggetto di una frode non può essere sanzionato penalmente, al più è vittima di una truffa.

Orbene, l'abrogazione/riformulazione del millantato credito/traffico di influenze comporta nel nostro caso una limitata abolitio criminis (per il “passato”) riguardo alle condotte del faccendiere che, in assenza di una effettiva relazione con l'agente, inganna il c.d. compratore di fumo per farsi corrispondere denaro o altra utilità.

Tali condotte non possono essere sussunte nel traffico di influenze così come descritto nella legge n. 3 del 2019, ma potranno trovare rilevanza penale soltanto per il “futuro” attraverso il delitto di truffa.

Non è possibile infatti istituire un rapporto di continuità normativa tra il millantato credito (abrogato) e il reato di truffa (che si riespande), per schivare il fenomeno della parziale abolizione della incriminazione di millantato credito. Si tratta, invece, effettivamente di una parziale abolitio criminis del delitto di millantato credito, cui consegue la revoca, ex art. 673 c.p.p., delle sentenze di condanna definitive pronunciate per i fatti collegati a vicende in cui si rinviene un inganno o una frode a danno del cliente. E questo perché, sulla scorta della giurisprudenza in materia di successione di leggi (63), 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; tra i due reati per la giurisprudenza prevalente è perfino configurabile un concorso formale), va dichiarata da parte del giudice dell'esecuzione l'abolitio criminis e revocata la pronuncia di condanna.

Art. 317. Concussione. (1)

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

(1) Articolo sostituito dall'art. 4, L. 26 aprile 1990, n. 86 e dall'art. 1, comma 75, lett. d), L. 6 novembre 2012, n. 190. Successivamente, il presente articolo è stato così sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. a), L. 27 maggio 2015, n. 69.

Cfr. Cassazione penale, sez. II, sentenza 10 aprile 2018 n° 15792, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 8 ottobre 2007, n. 37077, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 28 febbraio 2008, n. 8907, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 8 maggio 2008, n. 18732, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 2 gennaio 2009, n. 12, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 28 gennaio 2009, n. 3869, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 3 marzo 2009, n. 9528, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 14 aprile 2009, n. 15690, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 19 ottobre 2009, n. 40502 e Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 19 luglio 2010, n. 28110 in Altalex Massimario.

Cassazione penale , sez. VI , 30/05/2018 , n. 39280

Non integra gli estremi del delitto di **concussione** la condotta di chi remunera una persona informata sui fatti per le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, non rivestendo detta persona la qualifica di pubblico ufficiale.

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. VI , 29/05/2018 , n. 37589

Risponde di induzione indebita (nella specie tentata) e non di **concussione**, il pubblico ufficiale che pretenda dal soggetto passivo una somma sottobanco a fronte della minaccia di elevare una contestazione sulla base di una disposizione da ritenersi non più vigente, qualora non sia logicamente implausibile che il medesimo, al momento del fatto, ignorasse l'intervenuto mutamento del quadro normativo.

Fonte:

Ilpenalista.it 2018 (nota di: Salemmè)

Cassazione penale , sez. VI , 30/05/2018 , n. 39280

Non integra gli estremi del delitto di **concussione** la condotta di chi remunera una persona informata sui fatti per le false dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, non rivestendo detta persona la qualifica di pubblico ufficiale.

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

assazione penale , sez. VI , 29/05/2018 , n. 37589

Il delitto di **concussione** è caratterizzato, da un lato, da un abuso costringitivo consistente nella minaccia di cagionare un danno ingiusto alla persona offesa che, senza trarre alcun vantaggio per sé, è posta di fronte all'alternativa di subire il danno o evitarlo, assecondando la pretesa illecita. Tale condotta si differenzia da quella di induzione indebita poiché quest'ultima lascia al suo destinatario effettivi margini di scelta se prestare acquiescenza alla richiesta di una prestazione non dovuta, perseguendo un tornaconto personale, o resistervi.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 3 agosto (nota di: Paolo Grillo)

Cassazione penale, sez. VI, 29/05/2018, n. 37589

Non rientra nella **concussione**, bensì nell'induzione indebita tentata, la richiesta di denaro da parte del funzionario all' esercente del bar per evitare la multa per occupazione di suolo pubblico, se la vittima finge solo di accettare il "ricatto" mentre ha già deciso di sporgere denuncia. Certamente il delitto di **concussione** si consuma con la semplice "promessa" di denaro o altre utilità, ma questa deve essere valida ed effettiva e non "simulata".

Fonte:

Guida al diritto 2018, 37, 27

T.A.R., Latina, sez. I, 22/05/2018, n. 277

Anche il reato di **concussione** tentata, commesso in concorso, è riconducibile alla fattispecie di cui alla lett. d) dell' art. 1, d. lg. 31 dicembre 2012 n. 235 in quanto delitto commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, seppure l'azione non si sia compiuta o l'evento non si sia verificato.

Fonte:

Redazione Giuffrè amm. 2018

Cassazione penale, sez. VI, 27/04/2018, n. 30740

Il reato di **concussione** (articolo 317 del codice penale, come modificato dalla legge 6 novembre 2012 n. 190) è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costringitivo del pubblico agente che si attua mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, di un danno contra ius da cui deriva una grave limitazione della libertà di determinazione del destinatario che, senza alcun vantaggio indebito per sé, viene posto di fronte all'alternativa di subire un danno o di evitarlo con la dazione o la promessa di una utilità indebita e si distingue dal delitto di induzione indebita (articolo 319-quater del codice penale, introdotto dalla citata legge n. 190 del 2012), la cui condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno, pressione morale con più tenue valore condizionante della libertà di autodeterminazione del destinatario il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico.

Fonte:

Guida al diritto 2018, 35-36, 78

Cassazione penale , sez. VI , 04/04/2018 , n. 27981

La distinzione tra il delitto di induzione indebita commesso mediante inganno e quello di truffa va individuata nel fatto che nella prima fattispecie il privato mantiene la piena consapevolezza della non debenza della prestazione data o promessa, accettando la pattuizione illecita per evitare il pregiudizio paventato dal pubblico agente, mentre nel reato di truffa la vittima viene indotta in errore circa la doverosità delle somme o delle utilità oggetto di dazione o promessa.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 19 giugno

13. Approfondimento teorico

Fonte: Cassazione Penale, fasc.12, 1 DICEMBRE 2018, pag. 4438 Autori: Mario Caterini, Sabato Romano

LA “CONCUSSIONE OBBLIGATA”: UN'IPOTESI DI REATO DAVVERO “IMPOSSIBILE” The ‘Forced Extortion’: an ‘Impossible’ Crime

Sommario >1. Il Case Study e le fattispecie incriminatrici di riferimento. — 2. Concussione e legittimità dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale. — 3. Il paradosso: concussione o concorso omissivo nel subappalto abusivo? — 4. Una concussione impossibile: inidoneità dell'azione o inesistenza giuridica dell'oggetto? — 5. Il movente quale utilità della concussione: un'altra aporia invincibile. — 6. L'individuazione del fatto tipico tra discrezionalità giudiziaria ed argini processuali. — 6.1. Rilievi conclusivi: l'esempio del sistema spagnolo.

1. IL CASE STUDY E LE FATTISPECIE INCRIMINATRICI DI RIFERIMENTO

Le riflessioni che seguono prendono l'abbrivio dallo studio di un caso problematico in tema di configurabilità del delitto di concussione a carico del sindaco di un Comune che pretenda e ottenga da una ditta appaltatrice – mediante la minaccia della risoluzione del contratto di appalto – lo ‘scioglimento’ di un contratto di subappalto non autorizzato dall'Ente, che la stessa ditta abbia stipulato con un terzo. Si ipotizzi, inoltre, che il sindaco sia mosso dal fine di compiere una ritorsione personale nei confronti del subappaltatore estromesso. Questo il segmento fattuale in esame, l'«unità minima di osservazione» (2), di una vicenda più articolata, che staglia varie questioni rilevanti in iure, per meglio comprendere le quali occorre puntualizzare la Case History: un sindaco prospetta la risoluzione del contratto di appalto in essere tra il Comune e un'impresa se questa non interrompe il subappalto non autorizzato, all'ipotizzato fine di ‘liberarsi’ del subappaltatore per ragioni personali che esulano dall'abusività del contratto.

Il delitto di concussione, alla fine, nel caso così delineato, si configurerebbe in base al mero atteggiamento interiore del sindaco: non potrebbe, infatti, ipotizzarsi un abuso di qualità o di potere mancando una «obiettiva difformità dell'esercizio della funzione o del servizio dai criteri ad essi propri» (3); né una dazione indebita da parte della ditta nel «contenuto della pretesa» (4), perché conforme a legge. La peculiarità dell'ipotesi è data dalla presenza di un'altra fattispecie criminosa destinata a fare da 'contraltare' al delitto di concussione, ovvero quella del subappalto non autorizzato, disciplinato dall'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, che, com'è noto, rende punibile con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda rapportata al valore del subcontratto, chiunque «avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente». È punito anche il subappaltatore abusivo. Dunque, anche a voler ritenere la richiesta del sindaco soggettivamente rivolta alla realizzazione di scopi personali, certo è che la stessa, dal punto di vista oggettivo, si configura come atto dovuto sul versante amministrativo e addirittura imposto dall'ordinamento, cadendo su un fatto costituente reato che, in quanto tale, va interrotto. Il che fa ben comprendere, come meglio si chiarirà successivamente, che non si verte nell'ipotesi più classica affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, relativa alla sussistenza del delitto di concussione in presenza di un atto lecito e/o strumentalizzato dal pubblico ufficiale, perché il caso pone problemi di natura e spessore diversi e, in particolare: se vi sia un obbligo giuridico del sindaco che gli impone di intervenire, ponendo fine al subappalto abusivo; se il mancato intervento possa dar luogo ad un concorso di tipo omissivo nel reato di subappalto non autorizzato e se, conclusivamente, possa ipotizzarsi il delitto di concussione allorché la minaccia dell'atto lecito effettuata dal pubblico ufficiale per motivi personali dia luogo, dal punto di visto oggettivo, all'impedimento o all'interruzione di un reato durante la fase esecutiva. Seppur nella consapevolezza che il significato e la valenza effettiva di una disposizione è possibile coglierli appieno attraverso l'esame giurisprudenziale, per l'esatto inquadramento normativo occorre innanzitutto fare riferimento, per quel che qui interessa, alle tipologie delittuose coinvolte nella vicenda in esame. Ebbene, da questo punto di vista, viene innanzitutto in rilievo il reato di concussione, considerato da autorevole dottrina il più grave tra quelli contro la pubblica amministrazione (5); poi quello di subappalto abusivo.

Già modificato una prima volta nel 1990 (6), il delitto di concussione deve la sua attuale connotazione codicistica alla Legge di riforma del 6 novembre 2012, n. 190, che, com'è noto, ha 'scorporato' l'induzione, ora punibile ai sensi dell'art. 319-quater c.p. di nuovo conio, che porta con sé l'ulteriore novità della punibilità bilaterale, ovvero dell'estensione della responsabilità penale – sebbene con una sanzione

notevolmente inferiore – anche al soggetto che accetti l'attività induttiva e che perciò dia o prometta denaro o altra utilità (7).

Il subappalto non autorizzato, dal canto suo, è disciplinato in maniera tale da non lasciare spazio interpretativo apprezzabile: è punibile, direttamente, la relativa concessione, anche di fatto, e la punibilità è riferita alla condotta di entrambi i contraenti, donde la classificazione dottrina di “reato-contratto” (8). La ratio della norma viene ravvisata nell'esigenza di evitare l'infiltrazione, nelle commesse pubbliche, di imprese, spesso mafiose, che non hanno i requisiti previsti dalla legge; ed anzi, proprio per scongiurare l'infiltrazione mafiosa, le pubbliche amministrazioni, e quindi anche i Comuni, prima di acconsentire al subappalto, sono obbligate a compiere verifiche preventive. L'art. 21 l. 13 settembre 1982, n. 646, oltre a descrivere la fattispecie di “reato-contratto” del subappalto in mancanza di autorizzazione, aggiunge, infatti, che l'autorizzazione viene rilasciata previo accertamento dell'idoneità tecnica del subappaltatore nonché del possesso dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. Dal che emerge una sorta di diritto di “ingerenza” della pubblica amministrazione anche nell'individuazione del subappaltatore, posto che l'assenso presuppone necessariamente la valutazione delle sue qualità soggettive e dei suoi requisiti tecnici. All'amministrazione viene, in buona sostanza, riconosciuto una sorta di diritto di ‘gradimento tecnico’ che le consente, mancando una previa autorizzazione, di esprimersi anche successivamente all'inizio dell'esecuzione del subappalto, negando il suo ‘benestare’.

Da ciò discende, nel caso in esame, la legittimità della pretesa di risoluzione del subappalto non autorizzato rivolta alla ditta appaltatrice ‘avvertendola’ che, in mancanza, verrebbe risolto il suo contratto di appalto con l'ente. Avvertimento *ictu oculi* legittimo in quanto sempre l'art. 21 l. 13 settembre 1982, n. 646, nel caso di subappalto non autorizzato, attribuisce *expressis verbis* all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto di appalto (9); ciò tanto più se si rifletta sulla circostanza che, per l'ente comunale, si tratta dell'unico rimedio per porre fine al subappalto non autorizzato, mancando la legittimazione ad agire diretta nei confronti del subappaltatore abusivo.

2. CONCUSSIONE E LEGITTIMITÀ DELL'ATTO COMPIUTO DAL PUBBLICO UFFICIALE

Sulla base di tali premesse, occorre, innanzitutto, soffermarsi sulla configurabilità del delitto di concussione nel caso in cui la prospettazione del pubblico ufficiale abbia ad oggetto un atto legittimo. Una parte della dottrina, infatti, ritiene che, sebbene l'atto prospettato dall'agente pubblico al privato sia lecito, la concussione non è di per sé

esclusa quando nella condotta si inserisce l'abuso dato dall'«illiceità della prestazione alla quale si induce o costringe la vittima» (10); altra parte, invece, sostiene che la fattispecie in discorso sia ammissibile «solo laddove il male prospettato al privato sia ingiusto» (11). Esistono diversi argomenti a sostegno di tale ultima tesi. Anzitutto la lettera dell'art. 317 c.p., nella parte in cui fa esplicito riferimento ad un “abuso” della qualità o dei poteri, sicché, qualora si ritenesse sussistente la concussione anche quando è prospettato il normale uso degli stessi, l'elemento dell'abuso – costituente «la qualifica più significativa [...] dell'attività di costrizione o induzione» (12) – sarebbe tacitamente abrogato e sostituito con la formula non scritta “a causa delle funzioni”, venendo così violato il principio di conservazione del dato normativo (13). Nello stesso senso milita altro argomento secondo cui, trattandosi di un elemento oggettivo del reato, «in senso conforme al principio di materialità, l'abuso deve consistere in un (oggettivo) sviamento del potere dall'uso per il quale è stato conferito al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio» (14), poiché, ragionando diversamente, «si trascura l'oggettività della condotta, a tutto favore del momento soggettivo» (15): in definitiva, verrebbe punita la mera intenzione, dando spazio ad un'impostazione soggettivistica. Nel caso di cui si discute, allora, l'ipotizzabilità della concussione diventa problematica, giacché la prestazione alla quale si sarebbe indotta o costretta la vittima non potrebbe definirsi *contra legem*, essendo, invero, illecito l'accordo tra committente e sub-committente. A mancare è l'abuso da parte del p.u. e, se così è, il fatto non può ritenersi tipico. A conclusioni non dissimili può giungersi anche alla luce di un'ulteriore prospettiva giurisprudenziale, secondo cui l'abuso dei poteri da parte del soggetto agente e la conseguente costrizione del soggetto passivo a dare o promettere denaro o altra utilità, prescinderebbero dalla legittimità o meno dell'attività compiuta, atteso che il reato di concussione potrebbe essere realizzato anche attraverso un atto d'ufficio doveroso compiuto in maniera antidoverosa, ovvero quando tale atto sia posto in essere come strumento per conseguire fini illeciti (16).

Ebbene, pur volendo aderire a quest'ultimo orientamento, nel caso in esame il reato di concussione non sarebbe comunque integrato, giacché nel ‘fine causale’ della condotta del sindaco – destinato, com'è ovvio, ad agire, sostanzialmente e processualmente, su di un piano diverso da quello di eventuali motivi personali – di far risolvere il contratto di subappalto non è rintracciabile alcuna illiceità, rinvenibile, invece, nello stesso contratto di subappalto, perché illecito, addirittura penalmente.

L'inconferenza del richiamato orientamento giurisprudenziale rispetto all'ipotesi di studio, emerge, tra l'altro, in maniera evidente dall'esame di alcuni casi oggetto di siffatte pronunce. Un primo è quello del custode giudiziario che, recatosi sul posto ove si trovavano alcuni beni pignorati per procedere al loro asporto, accorda una proroga al debitore, acconsentendo a lasciare i predetti beni presso il domicilio di quest'ultimo, previa corresponsione di un modesto compenso quale contropartita del favore (17):

qui, il pubblico ufficiale prospetta il compimento di un atto legittimo (rimozione dei beni pignorati), dal quale, però, desiste in cambio di un compenso indebito, che diviene, così, un fine illecito.

Un secondo caso è quello di un agente di pubblica sicurezza il quale aveva chiesto una somma di denaro per evitare il respingimento alla frontiera di persone non munite di regolari documenti di ingresso in Italia (18): anche in questo caso, però, il pubblico ufficiale prospetta il compimento di un atto legittimo (respingimento per mancanza di documenti), dal quale desiste in cambio di un compenso indebito. Ulteriore ipotesi è quella del vigile urbano che aveva chiesto una somma di denaro per consentire ad un venditore ambulante privo di licenza di svolgere la sua attività (19): la prospettazione del compimento di un atto legittimo (impedire la prosecuzione dell'attività commerciale priva di licenza), si coniuga, però, anche qui, con la promessa di desistere in cambio di denaro.

Si ha dunque la conferma che il richiamato orientamento giurisprudenziale non si adatta al caso in esame, nel quale al fine – *rectius*, al ritenuto motivo personale – del sindaco, quello di liberarsi del subappaltatore non gradito, corrisponde l'oggettiva illiceità del contratto di subappalto, a meno di non giungere alla conclusione, del tutto contraddittoria e irragionevole, che un soggetto possa perseguire un fine al contempo oggettivamente lecito e illecito.

Può, quindi, affermarsi che, a prescindere dalle ragioni personali, la condotta del sindaco vada ritenuta oggettivamente lecita, dunque tale da non provocare un danno *contra ius* (20), risultando addirittura vincolata (21). Nel Case Study, infatti, il pubblico ufficiale ha prospettato il compimento di un suo atto legittimo (risoluzione del contratto di appalto) per ottenere un altrui atto legittimo e addirittura doveroso (interruzione del reato di subappalto non autorizzato): il che sancisce la differenza con le richiamate ipotesi esemplificative tratte dalla giurisprudenza, ove le finalità degli imputati si presentavano immediatamente illecite perché dirette a ricavare una prestazione economica, oggettivamente apprezzabile e vietata dalla legge.

3. IL PARADOSSO: CONCUSSIONE O CONCORSO OMISSIVO NEL SUBAPPALTO ABUSIVO?

Ciò premesso, a nostro avviso il comportamento del sindaco trova un'ulteriore ragione legittimante – destinata ad avere valenza oggettiva – nell'attuazione di una condotta doverosa ravvisabile direttamente nell'art. 1 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza: «L'autorità di pubblica sicurezza [...] cura l'osservanza delle leggi. [...] L'autorità di pubblica sicurezza è provinciale e locale. [...] Le attribuzioni dell'autorità di pubblica sicurezza sono esercitate [...] dal capo dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo o, in mancanza, dal sindaco». Questo significa che, nei luoghi ove non vi è

l'ufficio di pubblica sicurezza, il sindaco, quale autorità di pubblica sicurezza, ha, tra gli altri, anche il compito di far osservare le leggi e dunque anche di impedire il reato di subappalto abusivo, o di interromperne la consumazione, o ancora di impedire che, una volta consumato, sia portato a conseguenze ulteriori.

Il che, da altro punto di vista, funge solo da aggiunta al più generale obbligo di impedimento dei reati comunque gravante su tutti i pubblici ufficiali, indipendentemente dalla loro funzione di autorità di pubblica sicurezza (22). La responsabilità di questi, infatti, è normalmente affermata, in giurisprudenza, con riferimento alla posizione di pubblici amministratori che non abbiano adottato determinati provvedimenti o condotte, altrimenti idonei ad impedire la commissione o la continuazione di taluni fatti di reato (23). La Corte di cassazione ha infatti ricordato che il pubblico ufficiale deve adoperarsi per impedire la commissione o la continuazione del reato (24). Così come ha distinto l'omessa denuncia di reato di cui all'art. 361 c.p., dal concorso nel reato per non averlo impedito pur avendone l'obbligo, previsto dall'art. 40 cpv. c.p. Nel primo caso, il pubblico ufficiale omette o ritarda di denunciare un reato di cui sia venuto a conoscenza; nel secondo caso invece «egli non omette la semplice notizia, ma omette il doveroso comportamento positivo (impedimento del reato) che poteva materialmente attuare e che invece non ha attuato, concorrendo così al compimento del reato stesso» (25). In merito, poi, al reato di violenza privata, la coazione deve ritenersi giustificata non solo quando ricorra una delle cause di giustificazione previste dagli artt. 51-54 c.p., «ma anche quando la violenza o la minaccia sia adoperata per impedire l'esecuzione o la permanenza di un reato» (26).

Da tutto ciò consegue che, secondo l'unanime giurisprudenza e larga parte della dottrina, l'inadempimento dell'obbligo giuridico di impedire il reato altrui determina la responsabilità penale per concorso nel reato medesimo ex art. 110 c.p., in virtù del disposto dell'art. 40 cpv. c.p.(27). Com'è noto, quest'ultima è una clausola di estensione della punibilità la cui operatività presuppone, innanzitutto, che l'agente sia titolare, ex lege o ex contractu, di una posizione di garanzia che pone a suo carico l'obbligo giuridico di impedire determinati eventi pregiudizievoli e richiede, poi, che la condotta omissiva serbata dall'agente abbia causalmente determinato uno di quegli eventi che era suo dovere evitare (28).

Si tratta, dunque, di un concorso omissivo nel reato commissivo. Al riguardo, in dottrina e giurisprudenza, si è diffusamente affermata l'interpretazione dell'art. 40, comma 2, c.p., secondo cui il concetto di evento da impedire sia comprensivo, in alcuni casi, di ipotesi di reato, così rendendo configurabile un concorso in forma omissiva nel reato commissivo altrui. Nel nostro sistema, allora, l'imputazione di responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato avviene ai sensi del combinato disposto degli

artt. 40 cpv. e 110 c.p.: l'evento da impedire, in tal caso, coincide con il reato posto in essere da un'altra persona. Tale soluzione, pur pacifica in giurisprudenza, ha sollevato, in dottrina, perplessità legate alla considerazione secondo cui il capoverso dall'art. 40 c.p., in relazione alle fattispecie monosoggettive, avrebbe una portata incriminatrice limitata ai reati a forma libera con evento naturalistico (29). Ci si è chiesto, perciò, se il medesimo limite all'ontologica configurabilità dei reati omissivi impropri non dovesse imporsi anche a fronte di un concorso di persone. Pertanto – nel timore che l'ampliamento delle ipotesi di concorso commissivo mediante omissione nel reato commissivo comportasse un'eccessiva estensione dell'area del penalmente rilevante – si è discusso se il titolare di una posizione di garanzia potesse, con la sua condotta omissiva, concorrere soltanto in reati causali puri oppure in qualunque fattispecie di reato, anche di mera condotta o a forma vincolata (30). A tali perplessità si è replicato negando la carenza di un'espressa base normativa, perché è lo stesso codice ad ammettere la responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato, nel momento in cui l'art. 110 c.p. contempla una clausola aperta di estensione della punibilità, capace di innestarsi su qualsiasi norma di parte speciale e idonea ad attribuire rilevanza penale a qualunque condotta che, sebbene atipica rispetto a quella descritta dalla norma incriminatrice, abbia agevolato, sotto il profilo causale, la produzione dell'evento lesivo. In base alla norma sul concorso di persone, dunque, rileva penalmente qualsiasi comportamento dotato di efficacia eziologica – anche meramente agevolativa – rispetto ad una condotta illecita di base. Dunque, non presentando l'art. 110 c.p. – a differenza dell'art. 40 cpv. c.p. – limiti strutturali di applicabilità, non sembrano sussistere ostacoli all'applicazione congiunta di queste due norme anche nei reati di mera condotta o nei reati di evento a forma vincolata, essendo ciò il frutto non dell'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 40, comma 2, ma dell'operare congiunto delle due disposizioni in ragione dell'ampia formulazione dell'art. 110 c.p. Questa è la soluzione a cui perviene la dottrina prevalente e che non trova dissensi in giurisprudenza, evidenziandosi che la fattispecie concorsuale è nuova e autonoma rispetto a quella di parte speciale, alla cui realizzazione concorre ogni contributo, anche atipico, dotato di efficacia causale rispetto alla commissione del reato. Perciò, una fattispecie ulteriore e a forma libera, causalmente orientata rispetto ad un evento rappresentato dalla stessa realizzazione dell'illecito sanzionato da una norma di parte speciale, sulla quale può innestarsi l'art. 40 cpv. nell'ipotesi in cui il contributo concorsuale consista nel mancato impedimento dell'altrui condotta illecita (31).

Esistono pochi dubbi sul dato per cui pure l'inerzia serbata in violazione di un obbligo d'impedimento può agevolare la commissione di un fatto di reato, sempre che il concorrente omissivo sia titolare di una posizione di garanzia rispetto al bene offeso dalla condotta del compartecipe attivo. Sebbene in giurisprudenza non si pongano particolari questioni a proposito dell'individuazione della posizione di garanzia per

omesso impedimento di un reato, il tema ha subito una rivisitazione da parte della dottrina sulla base dal ripensamento, in termini restrittivi, di questa particolare posizione di garanzia, come specie a parte (32). Il principio di auto-responsabilità, secondo tale tesi, impone una restrizione della categoria, alla luce del fatto che, di norma, tale principio risulta derogato solo in presenza di rapporti di gerarchia e soggezione; rapporti in grado di generare un potere/dovere, per un soggetto, di interferire nella condotta (illecita) altrui. Questo connotato peculiare dell'obbligo di impedire l'altrui reato esige che i poteri ad esso correlati siano poteri "giuridici", dovendosi ritenere inadeguata una ricostruzione basata sul controllo meramente "naturalistico" del fatto (33). Altri hanno sostenuto che l'obbligo di impedire reati andrebbe limitato alle sole ipotesi in cui sussista la possibilità di interferire con la condotta altrui, perché solo l'azione impeditiva che cada su tale condotta costituirebbe "l'equivalente tipico", ai sensi dell'art. 40 cpv., della relativa fattispecie di parte speciale (34).

Ma pur volendo seguire queste impostazioni dottrinali più restrittive, nel caso di specie, la conclusione non può mutare. Oltre alla già richiamata eventualità che il sindaco assuma la qualità di autorità di pubblica sicurezza, bisogna ancora sottolineare che il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (35) all'art. 50 ne individua l'ulteriore competenza di organo responsabile dell'amministrazione del Comune che sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici, oltre che all'esecuzione degli atti. Non v'è dubbio, allora, che questi viene posto dalla legge stessa in una posizione di garanzia in relazione ai possibili reati che si possono realizzare quanto alla gestione del Comune e, nel caso in questione, in rapporto ai contratti stipulati dall'Ente ed ai fatti da ciò derivati: il concorso omissivo nel reato commissivo potrà così configurarsi ogniqualvolta vi sia un nesso di causalità, anche in forma meramente agevolativa, tra l'omissione del pubblico ufficiale e l'evento-reato. Va da sé che l'impedimento del reato di un terzo consiste necessariamente in un'attività di contrasto dell'altrui condotta, quindi in una fattiva limitazione dell'altrui libertà di autodeterminazione. Quando si guarda alla concreta funzione dell'obbligo di impedire gli altrui fatti delittuosi, la finalità di garanzia conferisce un diverso contenuto al dovere di opporsi. Qui è la condotta del terzo che emerge in primo piano; è essa l'oggetto primo di un interesse di tutela che l'ordinamento esprime proprio con il conferimento al garante di specifici poteri giuridici di interferenza-impedimento. La posizione di garanzia volta all'impedimento dei reati altrui copre tutte le condotte sulle quali il garante abbia poteri giuridici di interferenza o di impedimento (36). Si profila, a questo punto, un paradosso giuridico: la condotta che nel caso di studio si ipotizza quale concussiva, se non venisse realizzata, esporrebbe il pubblico ufficiale alla punibilità a titolo di concorso nel reato di subappalto non autorizzato, nella forma omissiva-concorsuale: la sua posizione di garante, infatti, rispetto ad un reato in atto,

comunque gli impone di intervenire attraverso l'esercizio dei poteri di interferenza e impedimento collegati proprio alla sua qualità di autorità di pubblica sicurezza o quantomeno di responsabile dell'amministrazione.

4. UNA CONCUSSIONE IMPOSSIBILE: INIDONEITÀ DELL'AZIONE O INESISTENZA GIURIDICA DELL'OGGETTO?

A questo punto bisogna ulteriormente considerare, in omaggio ad una teorica oramai acquisita, sorretta da un'interpretazione costituzionalmente orientata, che il fatto, al di là della formale violazione di un precetto penale, abbisogna, per essere 'tipico', di una concreta aggressione al bene giuridico, vale a dire di una lesione ovvero una messa in pericolo effettiva del bene protetto: si tratta, com'è noto, del principio di offensività, che fungeva già da criterio ispiratore della c.d. concezione realistica del reato (37).

Una volta superata la tradizionale tesi della 'superfluità' della previsione dell'art. 49, comma 2, del codice penale, adombrata da una parte della dottrina (38), è difficile dubitare che dalla norma in argomento possa desumersi un principio non limitato al campo del tentativo, ma estendibile all'intero sistema penale (39), in base al quale non configura un fatto di reato quell'azione incapace di produrre una lesione al bene giuridico perché concretamente inidonea, ovvero perché rivolta verso un oggetto inesistente.

Ebbene, di fronte ad un caso di studio qual è quello innanzi prospettato, rispetto al quale il pubblico ufficiale risponderebbe di concussione per aver agito e di subappalto abusivo per essere rimasto inerte, v'è certamente da chiedersi se, con riferimento all'ipotizzata condotta concussiva, si sia in presenza di un'azione inidonea ad offendere il bene tutelato ovvero se, di più, manchi addirittura l'oggetto giuridico del reato.

A tal ultimo proposito, va immediatamente evidenziato che la richiesta del sindaco di 'risolvere' il contratto di subappalto abusivo, nella prospettiva penalistica, sembra irrilevante perché cade su un contratto integralmente nullo per contrarietà a norma (penale) di ordine pubblico. È nozione comune, infatti, che i contratti nulli sono improduttivi dei loro effetti tipici. La loro inefficacia è una conseguenza legale delle cause di nullità e, come tale, è sottratta al potere di disposizione delle parti, alle quali, d'altronde, non è consentita la convalida. La nullità di un contratto determina il venir meno di tutti gli effetti prodotti, come se lo stesso non fosse mai venuto ad esistenza. Il contratto nullo è geneticamente invalido ed è quindi inefficace fin dal momento in cui è stato concluso (40).

Ed anzi, a proposito del contratto di subappalto, la stessa giurisprudenza ha affermato, senza alcuna sbavatura, che quello di opere pubbliche in assenza di autorizzazione, è in contrasto con norma imperativa che determina la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c.(41). Ciò anche quando vi siano stati dei comportamenti concludenti quali, ad esempio, l'aver dato esecuzione al negozio tenendo conto del subappalto nei relativi pagamenti, in quanto l'autorizzazione, come tipico atto amministrativo, deve essere emessa in forma scritta previa istanza alla p.a. e verifica dei presupposti di legge (42). Appare allora evidente che la configurabilità del reato di concussione, nel caso che ci occupa, incontra l'ulteriore ostacolo dell'impossibilità di un'offesa legata alla pretesa dell'estinzione di un rapporto – il subappalto non autorizzato – già di per sé “sterile” e improduttivo di effetti legalmente tutelabili. Questo perché anche l'«inesistenza giuridica» dell'oggetto materiale rende applicabile lo schema del reato impossibile, con conseguente incapacità, assoluta e originaria, del fatto a produrre l'evento temuto, dannoso o pericoloso, e a ledere l'interesse protetto dalla norma incriminatrice (43).

In dottrina, del resto, la valenza di principio generale dell'art. 49, comma 2, c.p., è stata esplicitamente estesa anche all'inesistenza dell'oggetto, per questo dovendosi intendere quello “giuridico”, ossia il bene tutelato dalla norma incriminatrice. Secondo questa tesi, se l'«evento» indicato nella norma sul reato impossibile è quello in senso giuridico, coerenza vuole che anche l'inesistenza dell'oggetto stia ad indicare quelle particolari situazioni in cui l'offesa è impossibile poiché a mancare è lo stesso bene giuridico che il legislatore vuole tutelare (44). Da questo punto di vista, compie un reato impossibile per inesistenza dell'oggetto giuridico chi falsifica accuratamente un atto pubblico sostanzialmente invalido in ragione di un vizio concernente la sua esistenza come documento capace di produrre effetti giuridici (45). Si tratterebbe, in altre parole, dell'equivalente giuridico di quel che accade allorché a mancare sia l'oggetto materiale: ipotizzare una responsabilità del genere, sarebbe come ammettere che si possa condannare per omicidio chi spara ad un morto, oppure per falso materiale chi manomette una copia fotostatica (46). Ma, ciò a prescindere, a nostro avviso, è anche l'azione in se – qui in esame – che si appalesa inidonea ad offendere l'interesse tutelato dal delitto di concussione, che, com'è noto, un'idea più risalente nel tempo l'ancorava all'osservanza del dovere di probità, fedeltà o correttezza del pubblico ufficiale (47), mentre un'altra, più attenta alla dimensione costituzionale dell'illecito penale, la individua nel regolare funzionamento della pubblica amministrazione, sotto il profilo dei valori del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione italiana (48), non mancando l'ulteriore sottolineatura della sua funzionalità allo sviluppo della persona nel contesto socio-ordinamentale di riferimento (49). Valori sovraordinati compromessi perché la potestà pubblica viene deviata verso il soddisfacimento di interessi privati rispetto alla tutela di quelli della

pubblica amministrazione, la cui imparzialità resta offesa anche dal reato di concussione per una condotta volta ad avvantaggiare indebitamente qualcuno a danno della vittima (50). Qualunque prospettiva si voglia scegliere, l'inidoneità ab origine della condotta del pubblico ufficiale emerge dal fatto che un'azione oggettivamente destinata al ripristino della legalità non potrà mai essere ritenuta in contrasto con il dovere di probità o correttezza del pubblico ufficiale, ovvero con i valori del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione. Sembra questo, all'incontrario, uno di quei casi nei quali la condotta ha prodotto effetti 'difensivi' del bene giuridico, come tali non incriminabili, pena il paradosso di punire fatti non solo inoffensivi, ma addirittura migliorativi, protettivi, in quanto riescono ad avere un effetto vantaggioso per il bene tutelato dalla norma penale (51). Ciò trova conferma in quella giurisprudenza che esclude la sussistenza del reato di concussione qualora la prestazione promessa o effettuata dal soggetto passivo, a seguito di costrizione dell'agente, persegua esclusivamente i "fini istituzionali" dell'amministrazione (52), o rappresenti un'utilità per il raggiungimento degli stessi fini, poiché in tal caso non si determina lesione per il bene giuridico tutelato, ossia il buon andamento della pubblica amministrazione. Sarebbe, invero, paradossale pensare che il regolare funzionamento della pubblica amministrazione possa essere compatibile con la condotta di un pubblico ufficiale che tollera la prosecuzione di una condotta penalmente illecita nell'ambito di un servizio pubblico fornito dalla stessa.

Dunque, una condotta che persegua fini oggettivamente istituzionali – qual è certamente quella indirizzata ad interrompere un'illiceità penale e amministrativa in atto – esclude, per la sua inidoneità, la stessa tipicità del fatto, non potendosi l'agente identificare nell'ente e non potendo questo – dato il rapporto di rappresentanza organica che lo lega al funzionario operante – considerarsi alla stregua di "terzo" destinatario della prestazione promessa o effettuata (53).

5. IL MOVENTE QUALE UTILITÀ DELLA CONCUSSIONE: UN'ALTRA APORIA INVINCIBILE

Da tali constatazioni, assiologicamente fondate, deriva che il "motivo" non può essere equiparato tout court all'utilità che dovrebbe trarre il pubblico ufficiale dal reato di concussione, con la conseguenza che, al cospetto di una condotta oggettivamente doverosa, l'utilità necessaria per la sussistenza della fattispecie di concussione giammai può farsi rientrare in ritenuti moventi ritorsivi dell'agente, destinati a restare ancorati a possibili spiegazioni intime.

Valga la riflessione che, se a fronte di una condotta normativamente imposta fosse possibile ricostruire l'illiceità penale della stessa nella "soddisfazione psicologica" che ne trae l'agente, si dovrebbe arrivare all'irrazionale conclusione, prendendo spunto da un classico esempio kelseniano, di condannare a titolo di omicidio il boia che, obbligato

o legittimato da una norma ad eseguire la pena di morte, nel fare ciò prova soddisfazione o compiacimento in quanto acerrimo nemico del condannato (54). Facendo coincidere il “motivo psicologico” con l'utilità, si dovrebbe ancora arrivare alla paradossale conclusione, in tema di concussione, di condannare un pubblico ufficiale non tanto per aver costretto taluno ad una dazione indebita di denaro così compromettendo il bene del buon andamento della p.a., ma perché, magari, nel fare ciò è stato spinto dal motivo di arrecare un danno economico alla vittima.

Detta utilità, invece, deve essere necessariamente rintracciata nell'oggetto della presunta induzione, nel caso in esame coincidente con la “risoluzione” del contratto di subappalto non autorizzato, che, in quanto tale, non può assumere alcuna rilevanza penale. Diversamente ragionando si farebbe assumere valore incriminate al “motivo” che ha potuto spingere taluno a tenere una condotta, comunque imposta da una norma. Benché in passato, sotto l'influenza del positivismo, si è stemperata la distinzione tra il concetto di fine e quello di motivo (55), questa comunque può essere rintracciata, anche alla luce delle norme codicistiche, nella considerazione che il primo coincide con lo scopo specifico che la fattispecie pone come elemento costitutivo o circostanziale del reato, mentre il motivo esprime la causa psicologica, il movente interiore, il ‘perché’ del reato. Il motivo, dunque, rappresenta le ragioni psicologiche, conscie o inconscie, che hanno spinto a tenere una data condotta, che però restano fuori dal modello normativo, non essendo né elementi del reato, né sue circostanze (56). Dunque, il motivo o movente consiste nello stimolo che induce alla condotta, nella causa psichica dell'azione, nell'impulso, cioè l'istinto o il sentimento che spinge l'uomo (57).

Il motivo, in quanto tale, ha sì rilievo nel sistema penale italiano, ma rispetto ad un fatto di reato già perfetto nella sua consumazione. L'art. 133 c.p., infatti, individua, tra gli indici che il giudice deve considerare nella commisurazione della pena entro l'ambito edittale, anche i motivi a delinquere come parametro della capacità, appunto, a delinquere. Così come, al fine dell'applicazione delle misure di sicurezza, per stabilire la pericolosità sociale l'art. 203 c.p. rinvia all'art. 133, dunque anche ai motivi a delinquere. Per finire, i motivi possono assumere rilievo, sempre sul piano della commisurazione della pena, come circostanze del reato: si pensi ai motivi abietti o futili (art. 61, n. 1, c.p.), ovvero ai motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, n. 1, c.p.). (58). In definitiva, i motivi possono servire, semmai, a colorire o scolorire il disvalore di un fatto di per sé già penalmente rilevante.

E invero, alla luce dei principi costituzionali italiani, se bisogna convenire sul fatto che il motivo più nobile non rende lecito un fatto criminoso, occorre altrettanto ammettere che neanche il motivo più abietto possa rendere penalmente rilevante un

fatto lecito, addirittura doveroso. Ragionando diversamente si scivola verso un diritto penale d'autore nel quale il rimprovero risiede nel modo d'essere (Taterschuld), nella condotta di vita, nel carattere, ove si viene puniti non per 'quello che si fa', ma per 'quello che si è' (59). Un paradigma del tutto incompatibile con i principi costituzionali che, invece, a base della responsabilità penale pretendono un fatto previsto dalla legge e offensivo di un determinato bene giuridico.

Ipotizzare, invece, che l'utilità quale elemento della concussione possa risiedere nel sentimento di ritorsione e nello scopo di rivalsa che ha potuto ispirare il pubblico ufficiale, da un lato rende impalpabile detta supposta utilità, del tutto labile nel suo accertamento; dall'altro confonde un elemento della fattispecie oggettiva della concussione (l'utilità) con un profilo squisitamente intimo. Infatti, la stessa giurisprudenza di legittimità, pur accedendo ad un concetto ampio di utilità da «identificarsi in tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale», riconosce che deve pur sempre essere «oggettivamente apprezzabile» (60). A ragionare diversamente si ricorre ad un escamotage sofisticato volto ad ammantare di una supposta oggettività un possibile motivo della condotta. È un espediente meramente argomentativo per occultare, in assenza di un fatto tipico, una forma moraleggiante di rimprovero. Una sorta di malintesa visione finalistica dell'azione, scarnificata nei tratti oggettivi, assorbita invece da una pura soggettivizzazione dell'illecito penale che agevola strumentalizzazioni autoritarie (61). Il disvalore d'azione, viceversa, non può esaurirsi o essere assorbito in elementi squisitamente soggettivi, ma questi servono per arricchire un già completo Tatbestand oggettivo e offensivo (62).

Argomenti a sostegno di queste conclusioni si possono trarre anche ipotizzando che nel caso di specie il pubblico ufficiale non fosse stato neppure a conoscenza del fatto che l'appaltatore e il subappaltatore stessero realizzando un reato e che tale evenienza sia stata solamente utilizzata come una giustificazione postuma del sindaco. Nell'ordinamento italiano, infatti, a differenza di altri ove prevale una concezione accentuatamente soggettiva del delitto (63), la semplice inclinazione psicologica o il pravo motivo non rilevano finché non si materializzino in un'offesa al bene tutelato. Ne dà conferma l'art. 49, comma 1, c.p. in tema di reato putativo, il quale esclude la punibilità per chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea, di fatto o di diritto, che esso costituisca reato (64); nonché l'art. 59, comma 1 c.p., quando stabilisce che le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti (65). Ciò corrobora, anche a livello normativo, l'idea che il Tatbestand soggettivo non può imporsi e svuotare quello oggettivo, come sembra avvenire se un possibile motivo psicologico venga trasformato surrettiziamente nell'utilità frutto della concussione, che dovrebbe invece essere oggettivamente apprezzabile.

6. L'INDIVIDUAZIONE DEL FATTO TIPICO TRA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA E NECESSARI ARGINI PROCESSUALI

In tema di concussione, così come avviene per altre fattispecie imperniate su elementi normativi o su valutazioni di diritto, la giurisprudenza spesso riesce a fondare la punibilità su argomenti capaci di corroborare le conclusioni cui si intende – o si è già inteso – pervenire, trascurando – ed in certi casi, addirittura tralasciando – di motivare su altri aspetti di diritto pure emersi nel corso del processo e sottoposti all'attenzione di chi deve giudicare. L'interpretazione c.d. creativa passa certamente anche attraverso questo modo giudiziale di procedere che, nel caso di studio esaminato, potrebbe portare ad ammettere la concussione pur avendo il sindaco impedito la perpetuazione del reato di subappalto abusivo, individuando l'utilità di cui all'art. 317 c.p. nel fine ritorsivo soggettivamente perseguito dallo stesso p.u.

La tendenza giurisprudenziale a 'spremere' il massimo della punibilità dalle norme incriminatrici è stata probabilmente agevolata dalla formulazione dell'art. 546 c.p.p. (in vigore, com'è noto, sino al 3 agosto 2017), il quale, elencando i requisiti della sentenza, al punto e) si limitava ad indicare «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie» (66). Non aver processualmente sancito – come invece avvenuto per le prove contrarie – l'onere in capo al giudice di indicare le ragioni per le quali non ritenga plausibile una diversa interpretazione più favorevole delle norme penali, ha consentito alla giurisprudenza di ammettere una motivazione implicita che può prestarsi ad elusioni, in quanto considera tacitamente disattese tutte le ragioni di diritto dedotte dalla difesa per il semplice fatto di essere contrarie e, dunque, discordanti con le valutazioni giuridiche sviluppate dal giudice (67). Perciò, allorché il giudice abbia dato conto quantomeno delle ragioni di diritto che sorreggono il suo convincimento, pur in assenza dell'esplicita confutazione di una deduzione difensiva in iuris, non è invocabile la carenza di motivazione ma, al più, la difesa potrà riproporre la diversa prospettazione giuridica nelle successive fasi di impugnazione (68). Le conseguenze di tanto si riverberano sul versante sostanziale, ove si rifletta sul fatto che il reato è un fatto storico corrispondente ad un tipo legale accertato secondo le regole del giusto processo, che, in tal modo, contribuiscono a determinare quale sia in concreto il fatto tipico (69): ebbene, se l'intreccio con i profili processualistici non è rigidamente ancorato ai principi costituzionali – nel caso di specie l'ampia ammissione giurisprudenziale della motivazione implicita – le garanzie del diritto penale sostanziale rischiano di essere facilmente aggirate.

Il principio in dubio pro reo rappresenta il pendant processuale a completamento delle garanzie sostanziali, che, com'è noto, vieta la punizione se vi sia un ragionevole dubbio sull'esistenza del reato (70). La portata di tale principio garantistico, corollario del favor rei, dovrebbe, allora, essere estesa anche al ragionevole dubbio che potremmo definire interpretativo, poiché i sentimenti, le passioni, le ideologie del giudice, ossia il suo 'arbitrio', potenzialmente non emergono solo nel momento dell'accertamento del fatto, ma anche nelle scelte ermeneutiche (71).

La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, oggi codificata nell'art. 533 c.p.p., se estesa anche ai ragionevoli dubbi interpretativi sulla portata di una norma, escluderebbe l'applicazione della diversa regola di giudizio del 'più probabile che non' – che in quest'ottica potrebbe essere letta nel senso del 'più ragionevole che non' –, che consente al giudice di scegliere, tra più opzioni ermeneutiche, quella ritenuta più 'giusta' o logica, senza però escludere la ragionevolezza di quella più favorevole. Così ragionando, non rileva tanto più se il giudice, pur in tutta coscienza, sia convinto di superare il dubbio interpretativo ritenendo maggiormente convincente l'opzione ermeneutica sfavorevole; conta, invece, che egli riesca a dimostrare l'implausibilità della scelta ermeneutica più favorevole. L'esigenza di un siffatto approdo argomentativo diviene fondante innanzitutto perché, superando l'impostazione tradizionale in tema di motivazione implicita, evita il rischio che si possano svuotare di contenuto effettivo le garanzie sostanziali del diritto penale, attraverso un certo tipo di interpretazione giurisprudenziale, dimentica di un postulato oramai assiologico: la natura dell'arte interpretativa è tale da non consentire un solo risultato plausibile, un solo esito 'giusto', essendo invece sempre possibile addivenire ad alternative ermeneutiche ugualmente legittime e plausibili (72). Il processo dovrebbe, allora, rappresentare, non solo sotto l'angolazione del fatto e della valutazione delle prove, ma anche sotto quella del diritto e dell'interpretazione delle norme, la sede deputata al confronto tra l'accusa, la difesa e lo stesso giudice, al punto da dover imporre anche a quest'ultimo l'indicazione delle ragioni per le quali non ritiene ammissibili opzioni ermeneutiche alternative e più favorevoli. Solo in questa maniera la razionalità dialettica e argomentativa che si dovrebbe realizzare attraverso il metodo del contraddittorio, ancorata com'è ai diversi punti di vista delle parti, può riflettersi effettivamente e completamente nel suo momento ultimo costituito dalla motivazione della sentenza. Consentire al giudice di esporre nella motivazione i propri argomenti senza confutare esplicitamente l'opzione interpretativa favorevole, ricorda molto la ratio inquisitoria. Una tale scelta è improntata ad un'argomentazione meramente teorica, basata sul principio della logica formale di non contraddizione, idoneo a garantire semplicemente la coerenza del discorso. L'argomentazione razionale, alla quale dovrebbe essere improntato anche il libero convincimento del

giudice, ha invece bisogno del confronto tra le opposte ragioni, che non dovrebbe escludere le alternative ermeneutiche favorevoli al reo (73).

6.1. Rilievi conclusivi: l'esempio del sistema spagnolo

Il sistema spagnolo può, al riguardo, fornire interessanti spunti di riflessioni. Sul piano normativo, oltre alla previsione di principio dell'art. 24 Cost., che sancisce il generale obbligo di motivazione delle sentenze, esistono norme del codice di procedura penale che descrivono in maniera più puntuale, rispetto a quelle italiane, i contenuti della motivazione (74). Mentre, sempre su un piano generale, l'art. 248 della Ley orgánica del Poder Judicial (n. 6 del 1° luglio 1985), al comma 3 si limita a rappresentare la necessità che nelle sentenze si esplicitino i «fundamentos de derecho», l'art. 142 della Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto del 14 settembre 1882), specifica che la sentenza deve contenere «los fundamentos doctrinales y legales» della qualificazione dei fatti che si ritengono provati, e ancora più specificamente l'art. 742 aggiunge che «en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio» (75). Tali norme hanno permesso, in Spagna, di elaborare un particolare vizio della motivazione della sentenza, detto d'incongruenza (76). La giurisprudenza costituzionale, in via generale, ha spiegato che questo vizio ricorre quando dalla comparazione tra la motivazione e le istanze delle parti emerge che la sentenza contiene qualcosa in più o in meno o comunque di diverso da quello che era richiesto. L'incongruenza della motivazione è considerata una violazione del principio dell'art. 24 della Costituzione spagnola in quanto infrange il principio di adeguatezza dei pronunciamenti giudiziari rispetto a quello che è stato chiesto al giudice, includendo nelle domande delle difese le ragioni giuridiche delle istanze delle parti. Ciò significa che il giudice è costretto a decidere tutte le questioni controverse che gli vengono sottoposte, sia esplicitamente che implicitamente, dando una risposta nella sentenza che sia adeguata agli argomenti, anche in punto di diritto, utilizzati dalle parti del processo (77). L'incongruenza della motivazione, inoltre, è distinta in una forma interna ed in una esterna. La prima si ha quando si assiste ad una contraddizione logica intrinseca alla sentenza, nel senso che i «fundamentos jurídicos de la sentencia conducen racionalmente a una determinada decisión y el fallo se pronuncia en sentido diferente» (78). Tipologia diversa è quella dell'incongruenza esterna che, a sua volta, può assumere distinte forme: per eccesso o extra petitum, quando il giudice si pronuncia su questioni non poste dalle parti (79); ovvero per omissione, per difetto, de fallo corto ovvero infra petita. Quest'altra forma di incongruenza della motivazione si realizza allorché il giudice presta silenzio sopra questioni fondamentali delle pretese delle parti, causando una lesione dei diritti defensionali, una denegazione di giustizia, in quanto non vengono veramente affrontate e risolte le questioni giuridiche che sono state poste nel processo (80). Anche in Spagna, del resto, la giurisprudenza ammette delle forme nelle quali l'incongruenza della motivazione è solo apparente in quanto

alla omessa pronuncia giudiziale non sempre corrisponde una effettiva lesione dei diritti della difesa. Ciò va stabilito caso per caso valutando se sia stata effettivamente sollevata la questione che si lamenta essere stata elusa; se ciò abbia causato un reale danno ai diritti della difesa e, infine, se il silenzio del giudice non possa essere ragionevolmente interpretato come una tacita delibazione della questione (81). Per il Tribunale costituzionale spagnolo, infatti, non è necessaria una risposta esplicita e dettagliata a tutte le questioni sollevate dalle difese, essendo sufficiente, in ragione delle particolare circostanze del caso, un responso globale o generico (82). D'altronde, l'incongruenza per omissione è ipotizzabile esclusivamente rispetto a questioni giuridiche opportunamente poste, mentre non lo è in riferimento a questioni puramente fattuali in quanto queste si risolvono nel paragrafo della sentenza dedicato agli hechos probando (art. 142, comma 2, Ley de Enjuiciamiento Criminal) (83), posto che in questo si includono i fatti che si ritengono provati e si escludono gli altri (84).

Anche il sistema spagnolo, dunque, ammette una motivazione tacita in diritto, ma solo quando dal contesto della motivazione giuridica della sentenza si deduce chiaramente, sebbene implicitamente, che la questione sia stata affrontata e risolta. Sebbene nel sistema spagnolo non si trovino riscontri della necessità di confutare la plausibilità dell'interpretazione più favorevole prospettata dalla difesa dell'imputato, si può dire, però, che le maglie motivazionali sono probabilmente meno larghe di quelle italiane. Infatti, al fine dell'assolvimento dell'onere motivazionale non sembra sufficiente una semplice discordanza tra le ragioni giuridiche addotte dalla difesa e le valutazioni sviluppate dal giudice, se dall'apparato logico della sentenza non si evinca una inequivocabile confutazione degli argomenti giuridici prospettati dalle parti.

In conclusione può ben dirsi che ammettere la legittimità di una motivazione che disattende tacitamente tutte le ragioni di diritto dedotte dall'imputato, può anche significare, a ben vedere, andare oltre la motivazione implicita per trascendere in una del tutto inconferente o elusiva. Non imporre al giudice di confutare gli argomenti di diritto esposti dalla difesa, infatti, permette forme eclatanti di arbitrio giudiziale per contrastare il quale le garanzie del diritto e del processo penale devono essere ben coordinate, altrimenti non ha senso invocare il principio di legalità e del favor rei se a questi non si saldano idonei strumenti processuali che vincolano il giudice al loro rispetto.

Un modo per arginare la forza preponderante della giurisprudenza, che contribuisce alla più generale crisi della legalità, potrebbe essere quello di implementare un sistema di norme nel quale si espliciti la necessità che il giudice, tra diverse opzioni interpretative ragionevoli, adotti quella più favorevole all'autore del fatto, al contempo imponendo anche l'onere di motivare l'irragionevolezza dell'opzione ermeneutica più favorevole, qualora decida di non adottarla. In questa maniera,

crediamo, sarebbe decisamente più arduo in iure configurare una concussione per aver impedito la perpetuazione del reato di subappalto abusivo.

Art. 317-bis. Pene accessorie.

La condanna per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Nondimeno, se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-bis, primo comma, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni.

Quando ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-bis, secondo comma, la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni.

(1) Articolo aggiunto dall'art. 5, L. 26 aprile 1990, n. 86 e modificato dall'art. 1, comma 75, lett. e), L. 6 novembre 2012, n. 190. Successivamente, il presente articolo è stato così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. m), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Art. 318. Corruzione per l'esercizio della funzione. (1)

Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da tre a otto anni (2).

(1) L'articolo che recitava: "Corruzione per un atto d'ufficio.

Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno." è stato così sostituito dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. n), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Cfr. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 11 novembre 2018 n° 40347, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 18 marzo 2008, n. 12131 in Altalex Massimario.

Giurisprudenza

Cassazione penale , sez. VI , 02/07/2018 , n. 40347

Integra il reato di **corruzione per l'esercizio della funzione**, anche secondo la previgente formulazione dell' art. 318 c.p. , la condotta del parlamentare che accetti la promessa o la dazione di utilità in relazione all'esercizio della sua funzione e, quindi, per il compimento di un atto del proprio ufficio. (In motivazione, la Corte ha precisato che il reato si configura per il mero divieto di ricevere indebite remunerazioni per lo svolgimento del munus publicum che prescinde dal giudizio di conformità o meno ai doveri d'ufficio della condotta posta in essere in adempimento dell'accordo corruttivo).

Fonte:

Cassazione Penale 2019, 1 , 159 (nota di: Rossi)

Cassazione penale , sez. VI , 19/04/2018 , n. 51946

In tema di corruzione, configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio – e non il più lieve reato di **corruzione per l'esercizio della funzione** – lo stabile asservimento del pubblico agente a interessi personali di terzi, che si traduca in atti discrezionali e non rigorosamente predeterminati, finalizzati a privilegiare l'interesse del privato. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la qualificazione ai sensi degli artt. 319 e 321 cod. pen. della condotta dell'amministratore di una società distributrice di prodotti farmaceutici che aveva corrisposto denaro e altre utilità ad alcuni medici affinché consigliassero ai propri pazienti l'utilizzo di un determinato integratore alimentare).

Fonte:

CED Cass. pen. 2019

Cassazione penale , sez. VI , 24/05/2018 , n. 33032

Configura reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (e non la più lieve fattispecie di atti di **corruzione per l'esercizio della funzione**, art. 318 c.p.) lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi (nella specie, l'imputato aveva ricevuto somme di denaro per compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio consistenti nella trattazione agevolata delle pratiche di ricongiungimento familiare di cittadini extracomunitari).

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 18 luglio

Cassazione penale , sez. VI , 14/06/2017 , n. 35940

Si configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e non il più lieve reato di **corruzione per l'esercizio della funzione** di cui all'art. 318 c.p. lo stabile

asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi che si traduca in atti che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'an, nel quando o nel quomodo, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2017, 21 luglio (nota di: Alessandro Ferretti)

Cassazione penale , sez. VI , 17/01/2018 , n. 7903

Configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di **corruzione per l'esercizio della funzione** di cui all'art. 318 c.p. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'an, nel quando o nel quomodo, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali. Inoltre, la nozione di "atto di ufficio" comprende una vasta gamma di comportamenti umani, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale, e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato, rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene ed in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018

Cassazione penale , sez. VI , 06/06/2017 , n. 36769

L'attività svolta dal membro del parlamento è sicuramente sussumibile nell'ambito delle pubbliche funzioni: ciò deve dirsi non solo per l'attività legislativa (espressamente richiamata nell'articolo 357 del Cp), ma anche per tutte le attività tipicamente e storicamente connesse all'attività dei membri del Parlamento (quale, in particolare, l'attività di controllo e di indirizzo politico). Ciò deve dirsi anche per l'attività svolta dal rappresentante italiano nell'assemblea del Consiglio d'Europa, in quanto detto rappresentante, in relazione a quello specifico contesto, svolge anche le funzioni di membro del Parlamento italiano (fattispecie in tema di **corruzione per l'esercizio della funzione**).

Cassazione penale , sez. VI , 20/10/2016 , n. 3606

In tema di corruzione, configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di **corruzione per l'esercizio della funzione** di cui all'art. 318 cod. pen. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'an, nel quando o nel quomodo, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una

logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali.

Fonte:

CED Cass. pen. 2017

[Approfondimento teorico](#)

[Libro dell'anno del Diritto on line Approfondimenti di attualità Enciclopedia giuridica Collana "Diritto e diritti "](#)

[La diversa definizione del fatto nel giudizio di cassazione e il metodo del contraddittorio](#)

[di Valeria Logrillo *](#)

La questione ha origine da un importante asserto giurisprudenziale ove l'imputato accusato e condannato in primo e secondo grado per il reato di corruzione ex art. 319 c.p., adisce la Corte di Cassazione chiedendo di dichiarare l'intervenuta prescrizione dell'illecito corruttivo, ma proprio all'esito di tale giudizio la Corte riqualifica il delitto ex art. 521, comma 1, c.p.p. escludendo, così la decorrenza dei termini per la prescrizione del nuovo reato addebitato, che si prescrive, invece, in un arco di tempo maggiore, giungendo poi al rigetto del ricorso e alla conferma della condanna. A questo punto l'imputato adisce la Corte Europea dei diritti dell'uomo, che in questa fase del procedimento analizza l'intera vicenda giudiziaria italiana al fine di comprendere se siano stati rispettati i parametri di cui all'articolo 6 C.e.d.u., quindi il diritto dell'imputato ad un equo processo, il diritto a essere informato della natura e dei motivi dell'accusa, il diritto a disporre dei tempi e dei mezzi necessari a preparare la propria difesa. A seguito di un'attenta disamina svolta, sia ponendo come riferimento i principi della C.e.d.u., ma avendo riguardo anche al diritto interno, la Corte Europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per violazione dell'articolo 6 C.e.d.u. paragrafi 1 e 3, lettera a e b. e invita alla riapertura o rinnovazione del giudizio viziato, qualora richiesto dall'interessato. In forza di tale pronuncia l'imputato si rivolge alla Corte di Appello, quale giudice dell'esecuzione, con l'obiettivo di fare valere l'iniquità del processo a suo carico. Il giudice adito si limita a dichiarare l'ineseguibilità del giudicato solo con riferimento alla pena di otto mesi di reclusione (stabilita quale aumento per la continuazione con i reati di corruzione) e ordina la trasmissione alla Corte di Cassazione, affinché questa rimedi all'“errore” precedentemente commesso; ritenendo in tal modo di dare parziale attuazione alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'imputato, tuttavia, propone ricorso per Cassazione deducendo che erroneamente la Corte di Appello di Venezia ha ritenuto la condanna nei suoi confronti inesequibile solo con riferimento alla pena di otto mesi di reclusione, in quanto con riferimento a quanto prospettato dalla Corte di Strasburgo l'iniquità avrebbe coinvolto l'intero giudizio, ragione per cui, il ricorrente chiede in via subordinata la “riapertura del procedimento” davanti alla Corte di

Cassazione e la dichiarazione di “estinzione del reato per prescrizione, annullando il capo d’imputazione concernente i reati di corruzione a suo tempo ascritti”.

La Cassazione antepone l’indiscussa importanza e forza vincolante dei dicta derivanti da Strasburgo, riferendosi a più riprese all’art. 117 Cost. così come interpretato alla luce delle sentenze gemelle 348-9\2007, ritenendo tuttavia che per darvi attuazione non sia necessario un nuovo giudizio di merito, ma solo il rispetto della garanzia del contraddittorio anche sulla diversa definizione del fatto che il giudice di legittimità ha operato ex officio. Il Collegio ritiene che lo strumento giuridico idoneo a dare attuazione alla sentenza europea sia il ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di Cassazione previsto dall’articolo 625 bis c.p.p.

Centrale si rileva per la comprensione di tale vicenda un’osservazione dell’art. 521, comma 1, c.p.p., ispirato al principio iura novit curia. La norma, del resto, sta a indicare quel potere del giudice, derivante dall’altro principio di soggezione del giudice solo alla legge, secondo cui il giudice può dare al fatto la qualificazione giuridica che ritiene più corretta e quindi, una qualificazione diversa da quella scelta dal magistrato del pubblico ministero nell’atto di imputazione. Le Sezioni Unite hanno precisato che qualificare in iure il fatto è un potere dovere riservato al giudice, al quale è consentito attribuire un diverso nomen iuris al fatto materiale per cui si procede.

La Corte Europea, con la sentenza Drassich (Causa Drassich c. Italia, Seconda Sezione, sentenza 11 Dicembre 2007, ricorso n.25575\04), ha posto però alcuni limiti al potere del giudice di dare al fatto la qualificazione giuridica considerata più corretta. Il principio, così come enunciato nell’art. 521 c.p.p. si pone in conflitto con l’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, e la Corte non ha mancato di interpretare tale disposizione dimostrando quanto essa sia confliggente con il suddetto articolo. La Corte di Strasburgo ha di fatto stabilito che “essere informato circa la natura e i motivi dell’accusa” ricomprende anche l’essere informato della qualificazione giuridica della stessa, solo così potrebbe dirsi tutelato il diritto dell’imputato a preparare la propria difesa in modo concreto ed effettivo.

Prima però di valutare l’articolo 521 c.p.p. alla luce degli articoli della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dell’interpretazione che la Corte dà di essi, si potrebbe notare, restando nell’ambito del diritto interno, che tale norma si pone in contrasto già con la nostra Carta Costituzionale violando l’art 111 Cost. così come modificato dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, modifica che ha elevato la regola del contraddittorio a rango costituzionale, dotandolo di un ruolo apicale all’interno dei principi che informano il processo penale.

Altro principio cui fare riferimento è quello della correlazione tra accusa contestata e sentenza. Le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. pen., Sez. un., 19 Giugno 1996, Di

Francesco, in Arch. n. proc. pen., 1996, 719) avevano stabilito che la violazione del principio fosse del tutto insussistente quando l'imputato attraverso l'iter del processo, fosse venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'accusa. Ragionando a contrario se ne deduce che si avrà violazione ogni qual volta l'imputato, come avvenuto nel caso di specie, non abbia avuto in concreto possibilità di difendersi.

Quindi prima ancora di riferirsi al diritto europeo, un'analisi attenta dei principi interni già lascia intravedere come tale principio sia ancorato a basi malferme tanto da far pensare a una possibile questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui non impone al giudice alcun dovere di previa comunicazione a favore dell'imputato, né l'assegnazione di un termine per la difesa al fine di intervenire attivamente attraverso l'esercizio del contraddittorio. E' apparso chiaro, sin dall'inizio, come la soluzione al problema de quo non possa prescindere dalla necessaria analisi dei rapporti tra fonti normative interne e fonti normative sovranazionali.

Attraverso le già citate sentenze 348-349 del 2007 la Corte Costituzionale ha avuto modo di affrontare la questione della collocazione e dell'entrata in vigore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento e dell'organo esclusivamente competente per la corretta interpretazione delle norme in esse contenute. Con queste sentenze la Corte costituzionale si è pronunciata per la prima volta sull'attuale disposizione dell'art. 117 Cost. (così sostituito dall'art. 3 L. cost. 18 ottobre 2001 n.3) che richiama gli obblighi internazionali di Stato e regioni. Questa norma rappresenta la chiave di volta di queste sentenze, infatti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto norma pattizia, non rientra nell'ambito di operatività dell'art. 10, comma 1, Cost..

La Corte, di conseguenza, rifiuta la possibilità di un'applicazione diretta delle norme in essa contenute come avviene per quelle di diritto comunitario, negando la possibilità da parte di ogni giudice interno di disapplicare la normativa nazionale contrastante con le disposizioni della Convenzione.

E' stato contestualmente precisato che, qualora dovesse sorgere un contrasto tra normativa interna e Convenzione, i giudici interni, saranno chiamati a ricorrere "all'interpretazione conforme", principio chiaramente enunciato nella cd. "sentenza Pupino" (Corte di giustizia delle Comunità europee, grande sez, 16 Giugno 2005, Pupino M.) ove si legge che "applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa", quindi tra le possibili interpretazioni che il giudice possa operare deve scegliere quella conforme al diritto sovranazionale; tale principio richiamato in queste sentenze ottiene applicazione anche nei confronti della C.e.d.u.;

il giudice interno, infatti, deve tentare di risolvere il contrasto in via interpretativa adottando quella soluzione che dia alla norma interna un significato conforme e orientato ai principi e alla lettera della Convenzione.

Questa soluzione è supportata e rafforzata proprio dalla pronuncia sull'art. 117 Cost. che, dando copertura costituzionale ai trattati, diviene la dimora costituzionale della C.e.d.u.. Coerentemente con queste premesse i giudici costituzionali hanno altresì indicato quale sia il percorso da seguire allorché il giudice interno non riesca a comporre l'antinomia per via interpretativa: si pone una questione di costituzionalità della disciplina interna in raffronto al parametro costituzionale di cui all'articolo 117 Cost., rispetto al quale la C.e.d.u. è norma interposta: l'art. 117 Cost. non avendo contenuto sostanziale autonomo non può da solo fungere da parametro di riferimento per un eventuale giudizio di costituzionalità: sarà la C.e.d.u. in questi casi a integrare il dettato normativo al fine di vagliare la costituzionalità della norma interna oggetto di giudizio. In ogni caso, occorre controllare che la disposizione convenzionale richiamata sia conforme alla costituzione, questo non per sindacare le norme convenzionali ma per rispettare la scelta del legislatore interno secondo cui la C.e.d.u. non ha assunto rango costituzionale, pertanto sarà sempre necessario un rispetto della gerarchia delle fonti e un previo bilanciamento tra obblighi derivanti dalla C.e.d.u. e interessi costituzionalmente tutelati.

Ne discende che un non corretto esercizio del potere da parte del giudice, in particolare quando è posto in essere dal giudice di legittimità, che riqualifica il reato ex art. 521 c.p.p., comma 1, senza garantire le prerogative difensive e i principi regolatori del giusto processo, può condurre, come avvenuto nel caso di specie, a una pronuncia, da parte della Corte di Strasburgo, di iniquità del processo per violazione delle norme contenute nella C.e.d.u..

Quali siano i mezzi più appropriati per il ristoro susseguente a tali violazioni che consenta all'imputato, leso nell'esercizio dei suoi diritti, di essere messo nelle condizioni di esercitarli appieno è un problema di grande portata e che ad oggi non vede nessuna prospettiva di soluzione. Il nostro ordinamento, infatti, non ha predisposto nessuno strumento onnicomprensivo tale da consentire concreti adeguamenti alle statuizioni derivanti dalla Corte di Strasburgo. Questo vuoto normativo ha avuto, e continua ad avere, gravi ripercussioni nel diritto interno, tali per cui, i giudici molto spesso sono costretti nell'attuare i dicta della Corte Europea a forzature interpretative e a ricercare "eccentrica" soluzioni.

Un esempio è fornito dal rimedio scelto dalla Corte di cassazione per dare seguito alla pronuncia derivante dalla causa *Drassich c. Italia* a detta della quale "quando un ricorrente è stato condannato all'esito di procedimento in cui sono state violate disposizioni dell'art. 6 C.e.d.u., in linea di principio il mezzo appropriato di ristoro di

tali violazioni è costituito dallo svolgimento di un nuovo processo o dalla riapertura del processo già svolto, a domanda dell'interessato.”

La Corte di cassazione ha optato, mediante un ragionamento per analogia, per il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto previsto dall'art. 625 bis c.p.p..

Scelta censurabile per più aspetti: in primo luogo perché il ricorso a questo strumento è avvenuto per via analogica, ed essendo questo un vero e proprio mezzo di impugnazione ne consegue che ad esso vadano applicate tutte le regole generali in materia, prima tra tutte il principio di tassatività dal quale viene desunto uno specifico e indefettibile divieto di analogia; in secondo luogo nella fattispecie in esame il legislatore aveva inteso ricomprendere errori propriamente di fatto, non colti dalla Cassazione e non altrimenti rimediabili se non con un intervento da parte della medesima Corte, restando esclusi i casi legati ad un errata interpretazione ed applicazione di norme processuali, come quello deciso con la presente sentenza; inoltre il ragionamento della Corte ha portata riferita e riferibile solo al caso di specie.

La dottrina ha indicato la validità di altri itinerari interpretativi, tra cui, quello che meglio si addice al caso di specie, prevede con apposita disposizione normativa, l'obbligo per il presidente del collegio d'informare anche d'ufficio, l'imputato del diverso nomen iuris sotto il quale potrebbe essere sussunto il fatto descritto nell'imputazione, così facendo non solo sarebbe salvaguardato il diritto di difesa dell'imputato ma anche il metodo del contraddittorio su cui deve fondarsi il processo.

In senso più generale una soluzione frequentemente invocata per poter operare una restitutio in integrum viene di solito indicata in un ampliamento dei casi di revisione. Si tratta però di una prospettiva, che -come di recente non ha mancato di sottolineare la Corte costituzionale implicando scelte che devono essere riservate alla discrezionalità del legislatore- richiede anch'essa uno specifico intervento normativo.

Soffermandoci invece sull'operato della Cassazione, si è ritenuto che questa, prima ancora di provvedere all'adeguamento della sentenza emessa dai giudici di Strasburgo, avrebbe forse potuto scegliere di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, in quanto l'attuazione del principio iura novit curia di cui all'art. 521, comma 1, c.p.p., piattaforma che ha consentito al giudice di legittimità di riqualificare il reato, sembra dover rispettare alcune condizioni per non porsi in contrasto con il diritto dell'imputato a un processo equo secondo quanto stabilito dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La verifica di compatibilità dovrebbe riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione che la Corte europea fa di essa e non la disposizione in se per sé considerata. Secondo l'interpretazione della Corte, il diritto ad essere informato di cui all'art. 6 C.e.d.u. ha ad oggetto non solo la causa dell'accusa ma anche la qualificazione

giuridica che ad essa viene data. Da quanto in precedenza affermato in proposito delle sentenze c.d. “gemelle”, la Corte avrebbe potuto o meglio dovuto sollevare una questione di legittimità costituzionale dell’art. 521 c.p.p. per contrasto con l’art. 117 Cost. che richiama come norma interposta l’art. 6 C.e.d.u. così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Seguendo questo iter si poteva giungere a una tanto auspicata pronuncia sul potere del giudice di riqualificare il fatto oggetto dell’imputazione così come formulata dal magistrato del pubblico ministero, senza ritrovare, nelle applicazioni concrete, violazioni dei diritti dell’imputato e conseguenti soluzioni dubbie, frutto di forzature interpretative.

Nell’ambito di questa analisi (risulta centrale intendere la questione circa la corretta formulazione nell’accusa), è opportuno pertanto specificare come dal differente grado di specificità dell’accusa discenda un esercizio più o meno esauriente del diritto di difesa. Cosa accadrebbe pertanto in un sistema ad accuse alternative? Fino a che punto vige un divieto nel nostro ordinamento a tale proposito? L’accusa è frutto di un procedimento a formazione progressiva che raggiunge tendenzialmente il livello di completamento nell’atto introduttivo del giudizio. Infatti, dalla sommaria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute, si passa alla contestazione del fatto in forma chiara e precisa nell’interrogatorio, per finire con l’obbligo di indicare, nella richiesta o nel decreto che dispone il giudizio, il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l’applicazione di una misura di sicurezza, e i relativi articoli di legge. L’ipotesi storica, ancora a livello di mera *notitia criminis*, quando il magistrato del pubblico ministero inizia le indagini, prende corpo durante il loro svolgimento anche a mezzo delle valutazioni giuridiche, mentre una volta formulata l’accusa, questa diventa oggetto del processo e la successiva attività non è più rivolta alla ricerca dell’elemento di fatto, ma alla verifica della esistenza storica del fatto e della sua rilevanza penale. Sono elementi essenziali dell’accusa quegli elementi la cui mancanza o la cui sostituzione determinerebbero l’impossibilità di stabilire che si tratti di un fatto piuttosto che di un altro. Il codice collega la conseguenza della nullità all’ipotesi in cui manchi l’indicazione di uno dei requisiti dell’accusa (fatto, circostanze, articoli di legge) ovvero essa sia insufficiente; il criterio della sufficienza evoca immediatamente un termine di comparazione rispetto al quale valutarla, questo termine non può essere costituito se non dal diritto di difesa dell’imputato, il quale deve conoscere i tratti essenziali del fatto di reato attribuitogli dal magistrato del pubblico ministero per potersi difendere in modo efficace e completo. Fatte queste premesse (Consiglio superiore della magistratura, *Tratti comuni e differenziali tra corruzione e concussione*, *Il problema della imputazione alternativa*, De Luca) ci si deve chiedere se sia ammissibile il ricorso all’accusa alternativa, intesa non come ipotesi in cui lo stesso fatto sia attribuito alternativamente a due soggetti diversi, ma come caso in cui allo stesso autore siano

attribuiti due fatti costituenti reato, in alternativa tra loro, laddove si prospettino due fatti storici.

Quanto al contraddittorio è senz'altro vero che esso viene leso se l'accusa manifesta un tema storico indeterminato. Per trovare le risposte più adeguate a tali quesiti è opportuno dare uno sguardo alla giurisprudenza. Le decisioni sul tema emesse nell'ultimo ventennio sono utili al fine di verificare cosa è accaduto nell'applicazione concreta e se le statuizioni possono ritenersi compatibili con i principi del nostro ordinamento, primo fra tutti il principio di correlazione tra accusa e sentenza. La Cassazione nella sentenza del 13 Marzo 1981, n. 415 statuisce che è legittima la contestazione dell'accusa in forma alternativa quando essa trovi riscontro nella condotta dell'imputato che sia tale da richiedere un approfondimento dell'attività istruttoria per la definitiva qualificazione dei fatti contestati, comportando un completo esercizio dell'attività difensiva che, in tal modo, non viene limitata da una contestazione riduttiva. Degna di nota è anche una successiva pronuncia sempre della cassazione del 3 Giugno 1998, n. 6520 dove si sottolinea che quando la contestazione dell'accusa in forma alternativa trovi relazione e riferimento nella condotta alternativa dell'imputato che sia tale da esigere un esame più completo della vicenda, essa è sicuramente legittima. Anche con il decreto che dispone il giudizio è consentito formulare contestazioni alternative in presenza di una condotta dell'imputato che sia tale da richiedere un approfondimento dell'attività dibattimentale per la definitiva qualificazione dei fatti contestati; tale metodo risponde a un'esigenza della difesa, atteso che l'incolpato da un lato, è messo in condizioni di conoscere esattamente le linee direttrici sulle quali si svilupperà il dibattimento, e dall'altro non si vede costretto a rispondere della sola ipotesi criminosa più grave, rinviandosi poi all'esito del dibattimento la risoluzione della questione attraverso la successiva riduzione dell'imputazione originaria, secondo quanto previsto dall'art. 521c.p.p..

Un'ulteriore sentenza della sezione I della Cassazione risalente al 25 Giugno 1999, n. 4187 dichiara abnorme il provvedimento del giudice delle indagini preliminari che, a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero contenente un'accusa alternativa, dichiara la nullità della richiesta stessa, a seguito del rifiuto da parte dell'organo inquirente di operare la scelta tra le due imputazioni, dichiarando che la contestazione alternativa è perfettamente legittima e l'ordinamento appresta gli strumenti perché, nel corso del dibattimento, il pubblico ministero possa operare un'opzione definitiva tra più imputazioni (art. 516 e 521 c.p.p.).

Da tutto questo si potrebbe azzardare che, qualora nel "caso Drassich" si fosse prospettata una forma di imputazione alternativa che avesse indicato entrambe le ipotesi di reato prospettate, vale a dire sia il reato di cui all'art. 319 c.p. che la corruzione in atti giudiziari ex art. 319 ter c.p., la difesa avrebbe potuto conoscere le

linee direttrici del dibattimento; consentendo inoltre, un approfondimento dell'attività istruttoria per la definitiva qualificazione dei fatti, che a questo punto non avrebbe risentito dei connotati dell'imprevedibilità e non avrebbe pregiudicato e precluso, in concreto, la possibilità di difesa da parte dell'imputato.

Evitando che la riqualificazione avvenisse ex abrupto, e cioè senza preventivo esercizio del contraddittorio nel giudizio di Cassazione, la vicenda non sarebbe mai giunta al cospetto della Corte di Strasburgo e la giustizia avrebbe seguito il suo corso.

Questa soluzione tuttavia si sarebbe, forse, potuta ritenere conforme al nostro ordinamento, solo fino a prima dell'entrata in vigore della L. Carotti, n.479 del 1999, non potendosi a oggi prescindere dalla modifica introdotta, che ha imposto l'obbligo al magistrato del pubblico ministero intento a redigere la richiesta di rinvio a giudizio, di enunciare in forma chiara e precisa l'imputazione (art. 417, comma 1, lett. bc.p.p. modificato dall'art. 18, comma 1 e 2, l. succitata) impedendo il verificarsi di fenomeni, registrati in precedenza, tesi a eludere l'obbligo di fissare in maniera netta e precisa il contenuto dell'accusa. Questa innovazione che riguarda la necessità di completezza nella descrizione del fatto è certamente più conforme all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e certamente non intende, il legislatore con questa riformulazione lasciare ampi margini in capo al pubblico ministero come quello di formulare un'imputazione alternativa, che sembra porsi in netto contrasto con la modifica apportata all'art. 417, comma 1, c.p.p..

Ciò nonostante, si rinvencono pronunce della cassazione (cass. pen., sez. I, 16 aprile 2007, n. 24753; cass. pen., sez. I, 22 novembre 2007, n. 2112), posteriori all'entrata in vigore della legge Carotti, che perseverano nell'affermare la legittimità della "tecnica" delle "contestazioni alternative".

Originale è da ritenersi l'interpretazione che la corte propina dell'art. 429 c.p.p., comma 1, lett. c), così come modificato dalla legge Carotti, testualmente: "l'ordinamento processuale (...) laddove prevede che il decreto che dispone il giudizio debba contenere in forma chiara e precisa l'enunciazione del fatto, ammette pacificamente la formulazione di contestazioni alternative."

È evidente che si sia in presenza di un'antinomia. Non era forse l'intento del legislatore, con le modifiche operate, evitare il verificarsi di situazioni in cui l'imputato potesse trovarsi a non avere chiarezza e contezza di quanto addebitatogli? E il principio di correlazione tra accusa e sentenza come può in simili situazioni non ritenersi leso? La corte, tuttavia, nella medesima sentenza argomenta sostenendo che la mancanza di correlazione deriverebbe solo da una trasformazione radicale del fatto nei suoi elementi essenziali, sì da pervenire ad un'incertezza dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti di difesa. Richiamando come unico criterio

di verifica l'accertamento delle possibilità difensive di cui si è avvalso l'imputato, ci si avvale di un criterio forse troppo labile e generico, che tende ad allontanarsi fin troppo da un controllo puntuale e scrupoloso, finendo per consentire in qualche modo di aggirare il principio stesso, se si considera che una valutazione di questo tipo ben lungi da definirsi vincolata, apre orizzonti mai univoci, richiamando una simile valutazione numerosi eventi e sfaccettature processuali oggetto dell'attività difensiva.

La prima censura che andrebbe mossa alla cassazione è che appare doveroso sottolineare come la formulazione di contestazioni alternative non dovrebbe mai potersi definire "pacifica", per una pluralità di ragioni. In primis perché una modulazione di questo tipo presuppone un deficit nell'attività del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, nel senso di una carente conoscenza materiale o fattuale dei fatti ascritti all'imputato, carenza che andrebbe colmata nella fase idonea a tali acquisizioni, quindi durante le indagini preliminari e non successivamente durante il dibattimento quando il thema probandum dovrebbe essere già definito, a discapito della sola parte imputata e dell'imprescindibile principio del contraddittorio. Inoltre, l'obbligo di contestazione dell'accusa, come si evince dal dettato costituzionale (art. 24 e 111 Cost.) è necessario ad assicurare all'imputato un corretto e completo esercizio dell'attività difensiva; presupposto fondamentale di un giusto processo è, infatti, la piena e tempestiva conoscenza dell'accusa. La costituzione andrebbe inoltre richiamata, a tal proposito, anche con riguardo all'art. 3., sembra potersi affermare che il principio di uguaglianza è leso se si considerano due soggetti, uno destinatario di un'imputazione specifica e "univoca" e un altro destinatario di un'imputazione alternativa, dovendo il secondo preparare un'attività difensiva sulla scorta di un'accusa che ipotizza una molteplicità di verità processuali in ordine alle quali sarà chiamato a difendersi.

La costituzione, come si è già avuto modo di anticipare, richiama a sua volta gli articoli della C.e.d.u., e l'art. 6 prevede che l'imputato deve essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, la stessa Corte ha interpretato la norma ampliandone il contenuto affermando che debba intendersi in tale dettato anche l'informazione circa la qualificazione giuridica dell'accusa stessa. Anche tale richiamo sembra porsi in conflitto con il dictum della cassazione.

L'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.) non deve interpretarsi in un'autorizzazione per chi se ne avvale di porre in essere un'imputazione alternativa, tutt'altro, implica l'obbligo di esercitarla solo in presenza di tutti quei presupposti che consentono di esercitarla correttamente e conformemente alla legge, e cioè in forma chiara e precisa. Un abuso, nella pratica, di queste formulazioni autorizza un esercizio

“azzardato” dell’azione penale. (Mercone, Ancora ammissibili le contestazioni alternative dopo il giusto processo? Cass. pen., 2000, 7-8, 2077)

Un altro argomento contro l’ammissibilità delle imputazioni alternative (Ceccaroni, La contestazione alternativa tra vecchia giurisprudenza e nuovo codice, riv. it. dir. e proc. pen., 1999, 4, 1453) si ricava dalla disciplina dei riti alternativi: anche in questo caso c’è un discrimine nella scelta di adire riti alternativi tra un soggetto che ha puntuale conoscenza dell’addebito e colui che si trova a rispondere ad un’imputazione formulata tramite contestazioni alternative, solo con una conoscenza tendenzialmente completa dell’imputazione l’imputato è in grado di valutare quali siano le scelte più opportune. A ciò è stato opposto che imputazioni formulate in questo modo siano ancorate al principio della fluidità dell’accusa, che sarebbe coerente con l’assetto del nuovo codice, ma qualora si compia un bilanciamento ponendo da una parte i diritti dell’imputato e dall’altra l’elasticità dell’imputazione, non può negarsi che i primi dovrebbero prevalere in assoluto.

Parte della dottrina (Caianiello, Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo, cass. pen., 1997, 9, 2466) ha definito non accettabili simili soluzioni da parte della giurisprudenza di cassazione, sottolineando che accogliendo soluzioni di questo genere si finirebbe per ammettere che possa esservi una fase (“anche molto lunga”) del processo nella quale l’accusa rimanga impunemente in uno stato di incertezza e fluidità; situazione che appare in netto contrasto con i fondamentali principi cui il “giusto processo” debba ispirarsi. Ebbene, prospettare una simile soluzione del caso Drassich, conseguentemente a quanto affermato, non appare auspicabile; così come c’è da augurarsi siano sempre meno i processi in cui un imputato si debba trovare a rispondere a un’imputazione alternativa, e il magistrato del pubblico ministero, forte delle pronunce giurisprudenziali possa sempre più avvalersene.

* Dott. Cultore della materia Diritto processuale penale Università degli Studi- Bari

16. Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni. (1)

(1) Comma così modificato dall’art. 1, comma 75, lett. g), L. 6 novembre 2012, n. 190 e, successivamente, dall’art. 1, comma 1, lett. f), L. 27 maggio 2015, n. 69.

Cassazione penale , sez. VI , 11/12/2018 , n. 4486

I fenomeni di **corruzione** sistematica conosciuti dall'esperienza giudiziaria come «messa a libro paga del pubblico funzionario» o «asservimento della funzione pubblica agli interessi privati» o messa a disposizione del proprio ufficio», tutti caratterizzati da un accordo corruttivo che impegna permanentemente il pubblico ufficiale a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata - sussunti prima della riforma del 2012 nella fattispecie della **corruzione** propria, per atti **contrario** al proprio ufficio, prevista dall' art. 319 c.p. - devono essere ricondotti previsione di **corruzione** impropria ex art. 318 c.p. , sempre che l'accordo o i pagamenti intervenuti non siano ricollegabili al compimento di uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2019, 30 gennaio (nota di: Carmelo Minnella)

Ilpenalista.it 2019 (nota

Cassazione penale , sez. VI , 02/07/2018 , n. 40347

"Nei confronti del parlamentare non è mai configurabile il reato di **corruzione** propria (per **atto contrario** ai doveri di ufficio), antecedente e/o susseguente, previsto dall' art. 319 c.p. , ostandovi il combinato disposto degli artt. 64, 67 e 68 Costituzione ". "Al **contrario** prosegue la Corte - la configurabilità e la punibilità della condotta di **corruzione** che coinvolga il parlamentare riposa sul divieto di remunerazione del munus publicum, che esprime il valore della correttezza, quale dovere esterno, e che trova riscontro per ogni soggetto investito di pubbliche funzioni anche nel dovere di svolgerle con onore e disciplina, ai sensi dell' art. 54 Cost. ". Così si è espressa la Cassazione che ha respinto il ricorso di Berlusconi nel caso del senatore De Gregorio e della compravendita di voti con la finalità di far cadere il governo Prodi. Per i giudici di legittimità, dunque, il reato va riqualificato in **corruzione** ex articolo 318 del codice penale .

Fonte:

Guida al diritto 2018, 40, 27

Cassazione penale , sez. VI , 17/05/2018 , n. 29400

In materia di **corruzione** in atti giudiziari, quando la minaccia è finalizzata ad ottenere dal soggetto minacciato sia il compimento di un **atto contrario** ai suoi doveri d'ufficio, sia l'accettazione di una utilità o della promessa dell'utilità in funzione dell'adozione di tale **atto**, e, in più, sono ravvisabili nei confronti del soggetto minacciato i presupposti dello stato di necessità, quest'ultimo è sicuramente esente da responsabilità, mentre permane la punibilità dell'autore delle minacce in quanto, pur essendo il delitto ex art. 319 -ter c.p. a concorso necessario, l' art. 54 c.p. prevede espressamente la punibilità del 'minacciante' per il reato commesso dal 'minacciato'.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 28 giugno (nota di: Carmelo Minnella)

Cassazione penale , sez. VI , 05/04/2018 , n. 29267

Configura il reato di **corruzione** per un **attocontrario** ai doveri d'ufficio – e non il più lieve reato di **corruzione** per l'esercizio della funzione, di cui all' art. 318 c.p. – lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali. (In motivazione la Corte ha aggiunto che il comportamento abdicativo del pubblico ufficiale al dovere di una corretta comparazione degli interessi integra di per sé «l'omettere» di cui all' art. 319 c.p. anche nel caso in cui l'esito raggiunto risulti coincidere “ex post” con l'interesse pubblico).

Fonte:

Cassazione Penale 2019, 1, 230

CED Cass. pen. 2018

16. Dir. Pen. e Processo, 2013, 8 - Allegato 1, 15 (commento alla normativa)

Delitti contro la p.a.

I DELITTI DI CONCUSSIONE, CORRUZIONE PER L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE E INDUZIONE INDEBITA

Seminara Sergio

Il lavoro analizza gli elementi costitutivi dei reati previsti dagli artt. 317, 318 e 319-quater, evidenziandone anche le incertezze connesse alla loro reciproca distinzione e confermate dalla recente giurisprudenza.

Sommario: Il delitto di concussione - Il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione - Il delitto di induzione indebita - La distinzione tra gli artt. 317 e 319-quater nell'elaborazione giurisprudenziale

Il delitto di concussione

Gli interessi tutelati

Nello statuto dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione, la concussione è il reato più gravemente sanzionato: lo era già nella versione originaria del codice, che prevedeva la reclusione da quattro a dodici anni e lo è ancor più a seguito della riforma introdotta dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, che prevede la reclusione da sei a dodici anni.

Nel testo del 1930, la fattispecie era formulata con esclusivo riferimento al pubblico ufficiale, sul presupposto che l'incaricato di un pubblico servizio non disponesse di poteri in grado di costringere il privato a dare o promettere l'indebito. La progressiva

espansione dei pubblici servizi aveva però reso insostenibile una così netta differenziazione, sicché la l. 26 aprile 1990, n. 86, aveva esteso la soggettività attiva all'incaricato di un pubblico servizio, contestualmente modificando l'espressione "abuso delle funzioni" in "abuso dei poteri". La l. n. 190 del 2012 ha ritenuto invece di tornare all'antico, espungendo dall'art. 317 la figura dell'incaricato di un pubblico servizio sebbene mantenendo nel testo la dizione "abuso dei poteri". Inoltre, mentre originariamente il delitto di concussione verteva sul fatto del pubblico agente che costringe o induce la vittima alla dazione o promessa indebita, la l. n. 190 del 2012 ha eliminato l'ipotesi dell'induzione, che è passata a caratterizzare il nuovo art. 319-quater c.p.

Queste innovazioni non modificano, ma al contrario accentuano i beni tutelati dalla fattispecie, che - ora come prima - possono individuarsi nel buon andamento e nell'imparzialità della Pubblica amministrazione, proiettati sull'esigenza che la condotta dei funzionari sia indirizzata alla realizzazione degli interessi e delle finalità pubbliche, ispirandosi a principi di correttezza in assenza di vantaggi personali. Allo stesso tempo, come dimostra l'etimo stesso del termine "concussione" - derivante da *concutere*, nel senso di scuotere un albero al fine di farne cadere i frutti -, il delitto trova la sua specifica caratterizzazione nella violenza esercitata sul privato, con abuso della qualità o dei poteri, e nella conseguente lesione della sua libertà di autodeterminazione: anzi può aggiungersi che proprio l'offesa di tale interesse giustifica la severità della pena. Ne deriva che la tutela normativa, apprestata dall'art. 317 c.p., si proietta su beni di natura sia pubblica che privata (1).

I soggetti attivi

Come già osservato, la l. n. 190 del 2012 ha eliminato la previsione dell'incaricato di un pubblico servizio.

Tale scelta suscita forti perplessità, alla luce non solo della persistente validità delle ragioni che determinarono la soluzione contraria adottata con la l. n. 86 del 1990, ma anche perché l'estromissione dell'incaricato di un pubblico servizio ha come effetto che la costrizione da lui realizzata configura il reato di estorsione, punito con una pena potenzialmente più elevata, sia nel minimo che nel massimo (ex artt. 629 e 61 n. 9 c.p.), di quella riservata al pubblico ufficiale (2). La violazione dell'art. 3 Cost. appare dunque innegabile non solo alla luce del raffronto tra le cornici sanzionatorie, considerate in sé e in rapporto ai beni giuridici offesi dalle rispettive condotte, ma anche per la mancata previsione, rispetto all'estorsione dell'incaricato di un pubblico servizio, dell'attenuante prevista dall'art. 323-bis per la concussione del pubblico ufficiale (3).

La condotta: l'abuso della qualità o dei poteri e la costrizione

La condotta consiste nella costrizione e il suo presupposto, e al tempo stesso il suo mezzo di realizzazione, è costituito dall'abuso della qualità o dei poteri. Come è stato ben detto, infatti, "l'abuso e la costrizione del privato sono posti nella norma in rapporto di causa a effetto (dove la necessità dell'accertamento del rapporto causale nel singolo caso) e pertanto sono anche logicamente distinti l'uno dall'altra; inoltre, sono all'evidenza reciprocamente necessari e complementari" (4).

Si ritiene comunemente che la distinzione tra abuso della qualità e dei poteri deve operarsi alla luce della competenza dell'agente, necessaria per l'abuso dei poteri e non anche per l'abuso della qualità (5). Più specificamente, l'abuso dei poteri consiste in un esercizio distorto delle attribuzioni dell'ufficio: a nulla rilevando che si tratti di attività vincolata o discrezionale, viziata in senso assoluto o solo relativo, tale forma di abuso si manifesta come una strumentalizzazione dei poteri finalizzata alla costrizione della vittima e in questo senso si spiega il ricorrente orientamento giurisprudenziale che alla concussione associa il metus publicae potestatis del privato, il quale dà o promette l'indebito in conseguenza della coercizione qualificata di cui è destinatario. Un problema ulteriore - sul quale torneremo in seguito - è se possa configurarsi un abuso di poteri anche quando il pubblico agente strumentalizza un'attività doverosa ottenendo un compenso per l'omissione di essa. L'abuso della qualità ricorre invece in ogni strumentalizzazione della qualifica soggettiva in cui sia implicita la possibilità di un utilizzo dei poteri, così da indurre nel privato la rappresentazione della necessità di assecondare la richiesta del pubblico agente. Ovviamente, è necessaria la verosimiglianza del danno paventato, cioè la sua credibilità (6).

Se la distinzione tra abuso dei poteri e della qualità rinvia a uno sfruttamento della funzione effettivo ovvero solo potenziale, la costrizione rappresenta sempre un dato reale: la condotta deve consistere nella prospettazione univoca di un male, alternativa alla dazione o promessa. Esclusi i casi di coazione assoluta - che configurano diverse fattispecie incriminatrici -, si richiede dunque una coazione relativa: ciò che viene confermato dai concetti di dazione e promessa, i quali suppongono una libertà, per quanto limitata, dell'agente (*tamen coactus, sed voluit*). Conviene insistere sul punto. Lo specifico della concussione è rappresentato dalla costrizione, cioè da una minaccia che, saldandosi all'abuso funzionale, realizza la soccombenza della vittima dinanzi al pubblico potere. Qualora si voglia conferire al delitto un preciso disvalore, occorre dunque escludere dall'art. 317 situazioni di blanda pressione psicologica, non riconducibili alla costrizione; una volta accertata la ricorrenza di quest'ultima, deve però ritenersi che essa si riverbera sulla conseguente dazione o promessa, rendendola indebita. In tale assunto si annidano due differenti problemi.

Il primo è costituito dalla tesi, sostenuta da una parte della dottrina, che esclude la configurabilità dell'art. 317 quando il pubblico ufficiale abusa della qualità o dei poteri costringendo il privato ad adempiere una propria obbligazione (7) : questa soluzione va respinta poiché, escludendo la natura indebita della prestazione, riduce l'abuso funzionale a un'irrilevante modalità della condotta, quando al contrario proprio l'abuso rappresenta l'elemento caratterizzante della fattispecie rispetto a qualsiasi altro reato fondato sulla violenza o minaccia.

Il secondo problema è più delicato. Se la violenza implica l'uso della forza fisica e la minaccia consiste in una pressione psichica, nell'art. 317 - come si è già rilevato - viene tipizzata una costrizione relativa, tale che in capo alla vittima permane una possibilità di scelta tra il male prospettato e la dazione o promessa (8) . Ora, la coazione relativa non rinviene il proprio contenuto sul piano formale: come dimostra l'elaborazione giurisprudenziale del reato di estorsione, la minaccia può essere diretta o indiretta, palese o larvata, reale o figurata, determinata o indeterminata e ammette anche una formulazione in termini di cortesia, quando l'invito alla dazione vale comunque a incutere nella controparte il timore di rischi e pericoli altrimenti inevitabili (9) . Dinanzi a una così ampia definizione, occorre riconoscere che la minaccia in grado di integrare la costrizione si caratterizza in base all'esito psicologico prodotto sulla vittima, che accede alla dazione o promessa al solo scopo di evitare il danno più grave rappresentato in alternativa dal pubblico agente (10) .

La separazione delle condotte di costrizione e induzione, operata dalla l. n. 190 del 2012 , impone dunque una distinzione tra le minacce costringitive e quelle che si limitano a incidere, senza piegarlo, sul processo motivazionale del destinatario. È vero che, nel sistema previgente, la fenomenologia della concussione si manifestava solitamente attraverso allusioni e velati "suggerimenti", connessi a condotte ostruzionistiche e dilatorie, ed è altresì vero che la giurisprudenza, senza darsi cura di distinguere tra costrizione e induzione, ravvisava spesso l'art. 317 anche rispetto al funzionario dell'ufficio delle imposte dirette che prometteva una favorevole conclusione della verifica fiscale in corso al privato, ritenendo che costui soggiace "all'ingiusta pretesa (...) solo per evitare un pregiudizio maggiore" (11) . Nondimeno, anche qualora si volesse perseverare nella collocazione di tali ipotesi di vis grata all'interno dell'art. 317, non può trascurarsi il suo parallelismo con il reato di estorsione, la cui sussistenza richiede "non già l'esercizio di una generica pressione alla persuasione o la formulazione di proposte esose o ingiustificate, ma il ricorso a modalità tali da forzare la controparte a scelte in qualche modo obbligate, facendo sì che non le venga lasciata alcuna ragionevole alternativa tra il soggiacere alle altrui pretese o il subire, altrimenti, un pregiudizio diretto e immediato" (12) .

Breve: l'espunzione delle condotte induttive dal paradigma della concussione e lo spostamento delle condotte costrittive dell'incaricato di un pubblico servizio nell'art. 629 impongono un'accezione restrittiva del concetto di costrizione, peraltro coerente alla pena edittale. Da un siffatto approdo deriva il definitivo abbandono dell'orientamento giurisprudenziale che ravvisava l'art. 317 anche laddove l'abuso del pubblico agente consentiva al privato di evitare il compimento di atti legittimi e doverosi (13); come vedremo più avanti, permangono tuttavia gravi problemi.

L'elemento psicologico e la consumazione

Rinviando alla cospicua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale l'approfondimento delle nozioni di utilità, terzo, dazione e promessa, conviene soffermare l'attenzione sull'elemento psicologico.

Il delitto è punito a titolo di dolo generico: si richiede pertanto che il pubblico ufficiale sia consapevole di porre in essere una costrizione caratterizzata dall'abuso della qualità o dei poteri, finalizzata alla dazione o promessa indebita. L'esigenza di differenziare gli ambiti operativi degli artt. 317, 319 e 319-quater induce a richiedere una piena rappresentazione e volontà della natura coercitiva della condotta, ciò che limita fortemente la rilevanza del dolo eventuale. Il reato si consuma nel momento della dazione o promessa. In base ai principi generali, la dazione successiva alla promessa - che non sia oggetto di una nuova costrizione - non determina uno spostamento del momento consumativo (è noto però il diverso orientamento giurisprudenziale in tema di corruzione, del quale si dirà più avanti). Il tentativo è integrato da atti idonei e univocamente diretti a costringere taluno alla dazione o promessa, sia che l'azione non si compia (ad es., la richiesta concussoria viene intercettata prima che giunga a conoscenza del destinatario ovvero quest'ultimo, lungi dal subire la coazione, immediatamente denuncia il fatto all'autorità giudiziaria), sia che l'evento non si verifichi (ad es., le forze dell'ordine, informate attraverso un'intercettazione telefonica, intervengono impedendo la consegna del denaro da parte della vittima, in assenza di una sua precedente promessa).

Un cenno conclusivo va dedicato alla pena che, fermo restando il limite massimo dei dodici anni di reclusione, registra un innalzamento del limite minimo da quattro a sei anni. La conseguente maggiore difficoltà di concedere il beneficio della sospensione condizionale e di convertire in temporanea l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ex art. 317-bis viene tuttavia ridimensionata attraverso l'elevato numero delle circostanze attenuanti applicabili (artt. 62 nn. 4 e 6, 62-bis e 323-bis) (14), che ovviamente possono aggiungersi alla riduzione ex artt. 442 o 444 c.p.p.

Il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione

La punibilità della corruzione susseguente

Nella sua versione risalente al 1930, l'art. 318 puniva la corruzione impropria antecedente, ulteriormente prevedendo, con una sanzione più mite, la punibilità della corruzione susseguente (non richiamata invece dall'art. 321 nei confronti del privato). Inoltre, il fatto era incentrato sulla ricezione di una dazione o promessa nell'ipotesi antecedente ovvero della sola dazione nell'ipotesi susseguente.

Oggi, in conseguenza della riforma, l'art. 318 tipizza semplicemente la ricezione o la promessa di un'utilità indebita "per l'esercizio" delle funzioni o dei poteri. Il primo problema che si pone all'interprete consiste dunque nello stabilire se la locuzione "per l'esercizio" determini una responsabilità per la corruzione non solo antecedente ma anche susseguente.

La soluzione discende dall'adozione di una chiave esegetica in senso teleologico ovvero causale (15) . La prospettiva teleologica nega infatti alla corruzione susseguente ogni rilevanza penale, legando la dazione o promessa dell'utilità a una condotta futura del soggetto qualificato; al contrario, in una prospettiva causale è indifferente che la dazione o promessa si riferisca a un'attività già svolta o ancora da svolgere.

Dinanzi a questa alternativa, in favore dell'accezione teleologica orienta il rilievo che l'interpretazione causale porterebbe con sé un inasprimento sanzionatorio caratterizzato dall'equiparazione della pena per la corruzione antecedente e susseguente e dalla punibilità del privato anche nelle ipotesi di corruzione susseguente, così disegnando un assetto repressivo la cui esasperazione verrebbe accentuata dalla rilevanza della promessa. A fronte del diffuso orientamento dottrinale che, prima della riforma, auspicava la depenalizzazione della corruzione impropria susseguente già nei confronti del pubblico agente (16) , un siffatto esito appare sorprendente, anche perché neppure imposto dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, che costruiscono il reato di corruzione solo nella forma antecedente.

Nondimeno, suscita perplessità l'idea che un intervento legislativo, volto a rendere maggiormente effettiva la repressione penale del fenomeno corruttivo, porti con sé la depenalizzazione della corruzione susseguente, la cui incriminazione obbedisce soprattutto a logiche di tipo probatorio, a causa della difficoltà di accertare se la prestazione del privato, successiva al compimento dell'atto, sia avvenuta in esecuzione di un precedente accordo.

L'equivocità del testo normativo comunque impone di prendere posizione: a fronte di un orientamento dottrinale già massicciamente schierato in favore della punibilità, a nostro avviso la severità della cornice di pena (il cui limite minimo, per i fatti prima riconducibili alla corruzione impropria susseguente, passerebbe da quindici giorni a

un anno), il riferimento alla promessa oltre che alla dazione e il rischio di attrarre all'interno della norma penale condotte dell'extraneus psicologicamente caratterizzate solo da gratitudine o riconoscenza inducono a ritenere l'estraneità all'art. 318 dell'accettazione di dazioni o promesse riferite ad attività funzionali già espletate, che verrebbe così confinata - ovviamente, solo a carico del pubblico agente - nell'ambito disciplinare (17).

La distinzione tra corruzione propria e corruzione per l'esercizio della funzione

L'ampia formulazione dell'art. 318, proiettata su un esercizio della funzione non altrimenti specificato rispetto all'oggetto, rende la norma potenzialmente applicabile a qualsiasi fatto di corruzione, propria e impropria; onde la previsione dell'art. 319, incentrata su uno specifico atto contrario ai doveri di ufficio, assume la natura di norma speciale. Il mantenimento dell'autonoma previsione della corruzione propria - in luogo di un'indistinta fattispecie destinata a comprendere ogni ipotesi corruttiva - va condiviso, poiché mantiene ferma la maggiore gravità della retribuzione di atti contrari ai doveri di ufficio: è vero che la distanza tra corruzione propria e impropria tende a svanire rispetto agli atti discrezionali, ma una corretta tecnica legislativa pretende che si evitino assimilazioni concettuali destinate a produrre confusione sul piano dei (dis)valori (18). Il problema consiste però nel verificare quale sia ora la linea di confine fra le due tipologie di corruzione.

Anteriormente alla riforma, una consolidata giurisprudenza affermava che, "ai fini della prova del delitto di corruzione propria, l'individuazione dell'attività amministrativa oggetto dell'accordo corruttivo può ben limitarsi al genere di atti da compiere, sicché tale elemento oggettivo deve ritenersi integrato allorché la condotta presa in considerazione dall'illecito rapporto tra privato e pubblico ufficiale sia individuabile anche genericamente, in ragione della competenza o della concreta sfera di intervento di quest'ultimo, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli, non preventivamente fissati o programmati, ma pur sempre appartenenti al genus previsto" (19). Talvolta la Suprema Corte si era però spinta fino a ravvisare il delitto di cui all'art. 319 in presenza di "un generalizzato favoritismo del pubblico ufficiale nei confronti del privato, in attuazione di un accordo pressoché generalizzato a elargire favori per utilità frutto di sottintese promesse, indifferentemente se già determinate ex ante o determinabili ex post. E allora non può che ribadirsi che, ai fini della configurazione del reato di corruzione e in particolare di quella prevista dall'art. 319 c.p., non è necessario che l'accordo sia strumentale a uno specifico atto individuato ab origine, mentre è sufficiente un collegamento di tale accordo anche con un genus di atti individuabili o addirittura l'asservimento - più o meno sistematico - della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore; situazione che si realizza nel caso in cui il privato promette o consegna al soggetto

pubblico, che accetta, denaro o altra utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori" (20). Al fine di verificare la perdurante fondatezza degli orientamenti riportati, occorre procedere con cautela. Qualora la dazione o promessa di utilità avvenga in relazione ad atti contrari ai doveri di ufficio, determinati solo nel genus al momento dell'accordo, tale generica individuazione non può escludere la configurabilità dell'art. 319 c.p. : se l'oggetto dell'illecito sinallagma, nella rappresentazione di entrambe le parti, consiste nella violazione dei doveri dell'ufficio esercitato dall'intraneus, la cui concretizzazione è rimessa al successivo svolgimento della procedura e agli ostacoli che dovessero eventualmente presentarsi, si configura una corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio. Non si trascuri, sotto questo profilo, che l'essenza del delitto in esame risiede nell'accordo: una volta che si accerti la sua proiezione su violazioni degli obblighi di ufficio, sufficientemente determinate seppure destinate a precisarsi alla luce delle successive occorrenze, il reato si è perfezionato e risulta pertanto indifferente che il programma concordato possa subire variazioni o specificazioni.

Una soluzione diversa va invece adottata per le condotte di asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato, la cui dazione o promessa genericamente mira, senza ulteriori specificazioni, a futuri favori. Qui è da escludere la configurabilità dell'art. 319 per l'assenza di un accordo avente ad oggetto la compravendita di uno o più atti dell'ufficio, venendo piuttosto in rilievo la disponibilità dell'intraneus a operare in favore dell'extraneus: ciò che appunto integra l'art. 318.

La l. n. 190 del 2012 ha dunque il merito di avere posto fine a una prassi giurisprudenziale comprensibile sul piano politico-criminale, ma priva di fondamento sul terreno della legalità. Per quanto possa apparire singolare che, in una riforma avente ad oggetto "la prevenzione e la repressione della corruzione", il risultato consista in un alleggerimento del trattamento sanzionatorio dei casi di asservimento (la cui sanzione scende dalla reclusione da due a cinque anni, stabilita dal previgente art. 319, alla reclusione da uno a cinque anni, prevista dall'art. 318 c.p.), deve in ogni caso registrarsi il ritorno a un'interpretazione dell'art. 319 vincolata alla centralità dell'atto di ufficio, il cui limite estremo dell'individuabilità non è più suscettibile di superamento (21).

La corruzione per l'esercizio della funzione

L'ambito operativo dell'art. 318 comprende dunque, oltre la corruzione impropria rientrante nella norma previgente, anche la corruzione c.d. per asservimento, concernente i casi - emersi da più e meno recenti inchieste giudiziarie - di iscrizione di soggetti pubblici "a libro paga" da parte di privati e, più in generale, ogni fatto caratterizzato dalla dazione o promessa per l'esercizio delle funzioni o dei poteri.

Premesso che il riferimento alternativo alle funzioni e ai poteri vale a conferire rilievo sia all'esercizio delle attribuzioni proprie del pubblico agente che allo svolgimento di attività comunque riconducibili all'ufficio o al servizio, l'accostamento della corruzione impropria, di quella per asservimento e di ogni altra dazione o promessa di utilità "per" l'esercizio della funzione induce perplessità sotto due diversi profili.

Anzitutto, esso equipara realtà criminologicamente assai lontane (22), con il rischio di oscurare il fondamento culturale di un precetto destinato a oscillare tra la corruzione impropria, rivelatrice della venalità del pubblico agente, e l'asservimento nel quale si esprime la più intensa violazione del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica amministrazione. Fra questi due estremi, tra loro così distanti, si pongono tutte le dazioni o promesse espressamente o implicitamente riferite a un futuro esercizio della funzione. Una volta venuto meno l'atto di ufficio come termine di comparazione per stabilire l'adeguatezza della dazione o della promessa (23), inoltre, il giudizio sull'idoneità della condotta non può che fondarsi su parametri assai generici, orientati sulla causalità psicologica (24).

Il secondo motivo di perplessità è costituito dal rilievo che la corruzione "per l'esercizio della funzione" è caratterizzata dalla sua tendenza finalistica verso un esercizio delle funzioni o dei poteri, normativamente assunto come termine di riferimento della dazione o promessa. Sul piano processuale, la formulazione dell'art. 318 comporta dunque un modesto alleggerimento probatorio per l'accusa: è vero che non appare più necessario dimostrare il legame tra il compenso e uno specifico atto di ufficio, ma rimane ferma l'esigenza di provare la proiezione dell'utilità su una futura attività funzionale. In altre parole, la c.d. concezione mercantilistica della corruzione viene solo attenuata, essendo comunque mantenuto il riferimento a una prestazione del privato e a una controprestazione del pubblico agente.

Ci si potrebbe chiedere, invero, se in presenza di cospicui donativi, non altrimenti giustificabili se non in relazione a un esercizio delle funzioni o dei poteri, sia configurabile il reato di cui all'art. 318. Il quesito - che purtroppo non è frutto della fantasia, ove si pensi ai recenti scandali concernenti rilevanti quantità di denaro e altri vari sontuosi regali corrisposti a soggetti operanti ai livelli più elevati della politica - ha risposta negativa poiché, qualora si accertasse che i donativi sono destinati a compensare attività di "protezione" o di "prevenzione e risoluzione di inconvenienti" (25), da svolgersi presso uffici o ministeri diversi da quello di pertinenza del beneficiario della dazione, deve escludersi la loro riferibilità all'esercizio delle funzioni o dei poteri. Come ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, infatti, "il delitto di corruzione, rientrando nella categoria dei reati propri funzionali, richiede che l'atto o il comportamento oggetto del mercimonio rientri nella competenza o nella sfera

d'influenza dell'ufficio al quale appartiene l'ipotetico soggetto corrotto, nel senso che occorre che sia espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione esercitata dal medesimo, requisito non ravvisabile nell'intervento del pubblico ufficiale che non implichi l'esercizio di poteri istituzionali propri del suo ufficio e non sia in qualche maniera a questi ricollegabile, ma sia diretto ad incidere nella sfera di attribuzione di un pubblico ufficiale terzo, rispetto al quale il soggetto agente è assolutamente carente di potere funzionale" (26).

In sostanza, l'espressione "esercizio delle funzioni o dei poteri" non può essere disancorata dalla sua proiezione verso un atto di ufficio. Anche accedendo alla soluzione giurisprudenziale più ampia, che nella nozione di atto di ufficio comprende "una vasta gamma di condotte umane (effettivamente o potenzialmente) collegate all'incarico del pubblico ufficiale: il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una "condotta" meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato", restano estranei all'esercizio delle funzioni o dei poteri "gli atti posti in essere solo "in occasione dell'ufficio", cioè le attività che non sono riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale, ma vengono svolte a margine o collateralmente o in concomitanza con le attività di ufficio" (27). Come si vede, la corruzione per l'esercizio della funzione va nettamente differenziata da una fattispecie volta a sanzionare l'indebita accettazione di utilità da parte di persone investite di un pubblico ufficio o servizio.

La corruzione per l'esercizio della funzione e l'indebita accettazione di utilità

Siamo dunque pervenuti alla conclusione che l'art. 318 postula pur sempre un legame finalistico fra la dazione o promessa e un successivo esercizio delle funzioni o dei poteri, che ovviamente deve riflettersi nel dolo di entrambi i soggetti, così da escludere rilevanza penale alle utilità corrisposte come atti di ossequio o mera captatio benevolentiae. È peraltro da escludere che il legislatore non fosse consapevole di tali implicazioni, poiché l'art. 1, comma 44, l. n. 190 del 2012 dava mandato al Governo di definire un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nel quale fosse previsto "per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia" (28). Come si vede, se prima della riforma il confine tra illecito penale e disciplinare era segnato dalla presenza o dall'assenza di un accordo avente ad oggetto il compimento di un atto di ufficio, ora esso passa lungo il crinale psicologico rappresentato dalla valenza attribuita dalle parti alla dazione o promessa.

Certo può apparire singolare che proprio l'Italia, ove la piaga della corruzione ha raggiunto livelli di estrema gravità e diffusione, non si sia dotata di una fattispecie

volta alla repressione delle indebite dazioni - accettazioni di utilità, sul modello di altri codici penali stranieri (29).

Come è noto, una parte della nostra dottrina si è pronunciata criticamente su una siffatta incriminazione, a causa della sua carenza di offensività (30). Nondimeno, seppure su tale valutazione si possa in linea generale convenire, è da chiedersi se donativi di rilevante importo, corrisposti a pubblici agenti, non rechino in sé un pericolo per il buon andamento e per l'imparzialità della Pubblica amministrazione che, anche ammettendone l'irrilevanza penale alla luce del principio di sussidiarietà e dell'esigenza di materialità dei fatti punibili, potrebbe comunque giustificare la previsione di un illecito amministrativo accompagnato da sanzioni interdittive.

Al contrario, appaiono quasi risibili, nella loro uguaglianza di trattamento, norme disciplinari che impongono di non accettare regali al più alto dirigente come al più umile degli incaricati di un pubblico servizio.

L'elemento psicologico e la consumazione

Il reato è doloso. È quindi necessario che il pubblico agente si rappresenti di accettare la dazione o promessa di un'utilità indebita, corrispostagli dal privato per l'esercizio della sua funzione o dei suoi poteri; rispetto al privato, si richiede la sua consapevolezza di dare o promettere l'indebito al medesimo scopo.

Un orientamento decisamente prevalente in giurisprudenza e in dottrina ritiene che il legislatore - tipizzando negli artt. 318 ss. la corruzione del pubblico agente come il fatto di accettare la promessa o dazione dell'utilità, estendendo con l'art. 321 le pene sancite dalle precedenti disposizioni a colui il quale dà o promette l'utilità e regolando infine, nell'art. 322, il tentativo di corruzione (unilaterale) del privato e del pubblico agente - abbia proceduto a una costruzione bilaterale del reato, la cui sussistenza viene così legata alla convergenza di una dazione o promessa e di una loro accettazione (31). Ciò significa che il tentativo del reato di corruzione richiede che le parti del rapporto avviino una seria trattativa mirata alla corresponsione dell'utilità, poi fallita o arenatasi per qualsiasi ragione, mentre l'iniziativa unilaterale (offerta da parte dell'extraneus, sollecitazione da parte dell'intraneus), di per sé non punibile in base alla combinazione degli artt. 56 e 318 ss. c.p., trova espresso riconoscimento nell'art. 322 (32).

Deve però aggiungersi che questa bilateralità del reato di corruzione si arresta alla dimensione naturalistica del fatto, non precludendo la possibilità che, in dipendenza dell'atteggiamento psicologico delle parti del rapporto, in relazione a una medesima vicenda sia configurata ad es. una concussione per il pubblico agente e una corruzione per il privato. Così, qualora il pubblico agente riceva la dazione, erroneamente ritenendo che gli sia dovuta o che spetti alla Pubblica amministrazione, il dolo è

escluso nei suoi soli confronti e il privato risponde ex art. 322 c.p. ; se invece il privato effettua la dazione nel convincimento che essa sia dovuta alla Pubblica amministrazione, mentre il pubblico agente l'accetta come corrispettivo dell'esercizio della sua funzione o dei suoi poteri, il reato è escluso rispetto al privato, mentre il pubblico agente risponde ex art. 318.

Il momento consumativo va individuato nel momento in cui la dazione è ricevuta o la promessa è accettata dal pubblico agente: così dispone chiaramente la lettera della legge. È noto, tuttavia, che la difficoltà di perseguire il fenomeno criminoso in esame ha indotto la giurisprudenza a ravvisare nelle fattispecie in esame uno schema principale e uno sussidiario: nel primo il momento consumativo coincide con la ricezione dell'utilità da parte del funzionario, nel secondo con l'accettazione della promessa, qualora essa non sia mantenuta. Da tale impostazione deriva che, nel caso di promessa seguita dalla corresponsione dell'utilità, si realizza una progressione nel reato che ne determina uno spostamento del momento consumativo, fino a farlo coincidere, in caso di pagamento frazionato nel tempo, con l'ultimo versamento (33).

Una siffatta interpretazione potrebbe forse trovare fondamento all'interno della distinzione tra perfezione e consumazione del reato, che non ha però avuto fortuna in giurisprudenza e in dottrina. Né, sul piano concettuale, appare convincente la costruzione di una progressione criminosa, poiché la dazione di un'utilità precedentemente promessa non è in grado di segnare nessun approfondimento dell'offesa, essendo questa incentrata sull'accordo delle parti.

Occorre dunque ribadire che i reati di corruzione si consumano con l'accettazione, da parte del pubblico agente, dell'offerta o promessa del privato. Le comprensibili tendenze della giurisprudenza verso uno slittamento della decorrenza dei termini prescrittivi avrebbero dovuto trovare legittimazione attraverso una norma simile all'art. 644-ter (ad es., "La prescrizione dei reati di corruzione decorre dal giorno della promessa, se non adempiuta, ovvero dell'ultima dazione di denaro o altra utilità") (34) : sotto questo profilo, la l. n. 190 del 2012 rappresenta un'occasione perduta.

Il delitto di induzione indebita

Premessa

Anteriormente alla l. n. 190 del 2012 regnava una situazione di profonda incertezza rispetto ai rapporti tra concussione e corruzione propria, che si sarebbe verosimilmente mantenuta ancora per lungo tempo - in coerenza con la situazione di stallo della riforma del nostro codice penale - se, negli anni più recenti, non fossero intervenute pressioni internazionali.

L'avvio era stato dato dal Working Group on Bribery istituito presso l'OCSE, il cui rapporto sull'Italia adottato il 16 dicembre 2011, ribadendo i rilievi già avanzati quattro anni prima, invitava l'Italia - così si legge nelle Raccomandazioni finali - a "modificare senza indugio la sua legislazione, escludendo la configurabilità della concussione come possibile esimente (35) per la corruzione internazionale".

Analogamente si esprimeva il Group of States against Corruption (GRECO) nel suo rapporto di valutazione sull'Italia adottato a Strasburgo il 23 marzo 2012, osservando nel punto 108 che l'art. 317 "potrebbe portare a risultati irragionevoli, in quanto colui che offre la tangente ha il diritto insindacabile di essere esentato dalla sanzione. Il potenziale rischio di uso improprio del reato di concussione come meccanismo di difesa da parte di privati cittadini che commettono la corruzione nell'ambito delle transazioni commerciali internazionali è stato ripetutamente evidenziato come fonte di preoccupazione da parte del gruppo di lavoro dell'OCSE" (36).

La preoccupazione degli osservatori stranieri rinveniva il proprio fondamento nel fatto che, mentre negli altri ordinamenti giuridici il confine corre tra condotte costrittive e corruzione, la confluenza nel previgente art. 317 di costrizione e induzione consentiva ai giudici di ravvisare una concussione anche quando altrove sarebbe stata configurata una corruzione: con la conseguenza finale di sottrarre il privato alla responsabilità penale per l'art. 319, così escludendo anche la responsabilità della persona giuridica nel cui interesse avesse agito. Questo è dunque il problema cui il nostro legislatore ha dovuto porre rimedio e questa è la prospettiva nella quale è necessario verificare gli esiti della riforma.

Un punto è comunque certo: delimitata la fattispecie di concussione alla sola ipotesi costrittiva, gli osservatori stranieri possono oggi constatare come l'"induzione indebita a dare o promettere utilità" preveda la punibilità, sebbene attenuata in confronto al pubblico agente, anche del privato, mentre l'art. 25, comma 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in relazione alla responsabilità delle persone giuridiche registra l'inserimento, tra i reati presupposto, dell'art. 319-quater.

La condotta

L'art. 319-quater, in confronto all'art. 317, presenta come elementi originali la clausola di sussidiarietà apposta in apertura e l'estensione della soggettività attiva all'incaricato di un pubblico servizio; per il resto, le due fattispecie appaiono sovrapponibili, con l'unica differenza rappresentata dalla descrizione della condotta in termini di induzione ovvero di costrizione.

Nel previgente art. 317 costrizione e induzione costituivano tipologie complementari: per l'orientamento che le riconduceva entrambe al *metus publicae potestatis*, l'induzione era ritenuta una modalità attenuata di costrizione, in grado di

comprendere le sottili minacce, le velate allusioni o le condotte di tipo omissivo od ostruzionistico, in assenza di specifiche iniziative del pubblico agente qualificabili in termini costrittivi (37).

Il problema dell'induzione emerge ora che essa, separata dalla costrizione, è stata portata all'interno di una nuova fattispecie che neppure ripete più, nella rubrica, il termine "concussione": ciò significa che, sganciato dall'art. 317 c.p., il fatto induttivo - sebbene costruito sull'abuso della qualità o dei poteri - ha perduto ogni collegamento con la "vera" concussione, al punto che l'estraneo non è più vittima ma, al contrario, concorrente nel reato. Questa soluzione dunque avvicina l'art. 319-quater ai reati di corruzione, mentre la sua formulazione, pedissequamente modellata sul paradigma dell'art. 317, sembra ricondurlo alla matrice della concussione.

A ben vedere, tuttavia, se il delitto di concussione verte su una coercizione realizzata attraverso l'abuso, rispetto alla quale è indifferente l'atto o fatto minacciato in alternativa, l'"induzione indebita" non può prescindere da una proiezione verso una successiva attività funzionale: il pubblico agente che, facendo leva sulla propria qualità, induce il titolare del bar a non richiedere il prezzo della consumazione, non si rende certamente responsabile del reato ex art. 319-quater e la tesi contraria, pensando alla conseguente punibilità del privato, sarebbe assurda prima ancora che irrazionale.

In confronto agli artt. 317 e 318-321, dotati di una tipizzazione chiara e "autosufficiente", l'art. 319-quater si fonda dunque su un finalismo inespresso: l'"induzione indebita" si lega alla rappresentazione di un atto di ufficio, costituente il termine di riferimento - ovvero la causale - della dazione o promessa. La norma non specifica però se tale atto debba essere conforme o contrario ai doveri di ufficio, giusto o ingiusto: lo sforzo di rinvenire uno spazio operativo per la fattispecie si scontra dunque con la sua sostanziale indeterminatezza.

Concentrando l'attenzione sul concetto di induzione, esso esprime l'idea della pressione su un terzo affinché tenga un determinato comportamento. In chiave critica potrebbe subito rilevarsi l'assenza di significative differenze tra la condotta di chi induce e la condotta di chi sollecita (art. 322, commi 3 e 4): l'obiezione che solo la prima è caratterizzata da un abuso della qualità o dei poteri appare infatti agevolmente superabile ove si consideri che "il fatto stesso di "sollecitare" (e quindi: brigare, insistere, persuadere) una retribuzione non dovuta, è di per sé manifestamente contrario ai doveri di status" (38).

Proviamo comunque ad andare avanti, ammettendo che l'induzione consiste in una pressione che può svolgersi in qualsiasi forma diversa dalla costrizione e si risolve nella prospettazione dell'opportunità o convenienza della dazione o promessa,

accompagnata dalla percezione, nel privato, del proprio stato di inferiorità rispetto al pubblico agente.

Nella prospettiva appena delineata, è evidente che l'art. 319-quater si configura anche quando la dazione o promessa non risulti preceduta da un esplicito invito del pubblico agente, la cui induzione si sia manifestata attraverso inerzia, ritardo o addirittura una scrupolosa osservanza delle norme regolamentari in contrasto con la prassi dell'ufficio. In forma attiva od omissiva, un'induzione mediante abuso della qualità o dei poteri è però necessaria: l'iniziativa dell'extraneus, in assenza di qualsiasi condotta ascrivibile al pubblico agente e qualificabile alla stregua del paradigma normativo, integra il reato di corruzione.

La sfumata consistenza dell'induzione si ripercuote sull'avverbio "indebitamente". Infelicitamente riportato anche nella rubrica normativa come attributo dell'induzione, allo scopo di rimarcare la sua contrarietà alle norme che disciplinano l'ufficio o il servizio, il concetto di indebito, riferito alla dazione o promessa, assume infatti nell'art. 319-quater un significato diverso che nell'art. 317: se in questo esso mira a evidenziare il legame causale tra la costrizione e la dazione o promessa, che per tale via si caratterizza come indebita indipendentemente dal fatto che fosse dovuta ad altro titolo, il medesimo effetto non può ascriversi, a causa del suo più tenue contenuto, alla condotta di induzione. D'altra parte, risultando inverosimile che il privato possa essere punito per avere onorato un proprio debito nei confronti del pubblico agente, appare ragionevole che l'avverbio in questione sia inteso nell'art. 319-quater come se dicesse 'non dovuto a qualsiasi titolo'. Il dolo, sul versante del pubblico agente, consiste nella volontà di indurre il privato alla dazione o promessa, accompagnata dalla rappresentazione dell'abuso della qualità o dei poteri e della natura indebita dell'utilità; sebbene il relativo accertamento evochi il rischio di esasperazioni psicologiche che dovrebbero restare estranee al diritto penale, si deve aggiungere che la volontà dell'altrui induzione si specifica nella coscienza di non attingere né il limite superiore della costrizione né quello inferiore della libera pattuizione caratterizzante la corruzione.

Sul versante del privato, il dolo consiste nella volontà di corrispondere un'indebita dazione o promessa a seguito dell'altrui condotta induttiva. Se nettamente diversa può considerarsi la situazione psicologica di chi cede all'altrui violenza o minaccia, assai labili sono i confini con l'atteggiamento di chi persegue il proprio vantaggio attraverso un libero accordo con il pubblico agente.

La struttura del reato

I reati di concussione e corruzione si presentano l'uno come (normativamente) monosoggettivo e l'altro come bilaterale. Si eviti però di cadere in vuote ontologie: se

il reato di concussione viene configurato in forma monosoggettiva per l'ovvia ragione che la condotta è costruita sul fatto del pubblico ufficiale e la punibilità è riservata a lui esclusivamente, i reati di corruzione presentano - come già osservato - una struttura bilaterale a causa della necessaria convergenza delle volontà delle parti del rapporto.

Ora, rispetto all'art. 319-quater può certo sostenersi la sua somiglianza strutturale agli artt. 318 ss. c.p., ove pure viene tipizzata la condotta del pubblico agente e la punibilità risulta poi estesa "a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità" (art. 321). Tuttavia, a differenza dei reati di corruzione - la cui bilateralità costituisce il riflesso della specularità di condotte descritte come "riceve", "accetta", "dà" o "promette" -, il delitto in esame verte su un fatto di induzione esclusivamente riferibile al pubblico agente, mentre il comma 2 si limita a sancire la punibilità di chi abbia dato o promesso l'utilità. Se già questo rilievo appare decisivo per escludere la natura bilaterale del reato, si consideri ulteriormente che, mentre i reati di corruzione consistono in un accordo avente ad oggetto la remunerazione di un atto dell'ufficio o di un esercizio della funzione, ove l'accordo tra i soggetti attivi esprime un identico disvalore che si riflette in un'equiparazione della pena, nell'art. 319-quater le condotte dell'intraneo e dell'estraneo non procedono da una medesima base di partenza e hanno un esito assai diverso in termini sanzionatori, a sua volta rivelatore di un differente disvalore di condotta (39).

La soluzione appena raggiunta trova conferma nell'ipotesi del tentativo, che si struttura diversamente rispetto al pubblico agente e al privato: per il primo, esso si lega al compimento di atti di abuso idonei e diretti in modo non equivoco a indurre taluno a dare o promettere indebitamente l'utilità, mentre per il secondo è necessario che gli atti diretti univocamente a dare o promettere siano stati preceduti dall'altrui induzione. Emerge così come la condotta induttiva rappresenti, sul versante del pubblico agente, l'essenza del fatto in cui consiste il reato, necessaria anche per la forma tentata; sul versante del privato, essa costituisce invece il presupposto della dazione o promessa, la cui assenza esclude la configurabilità dell'art. 319-quater e integra l'art. 322, comma 1 o 2, c.p.

Alla luce delle considerazioni che precedono va dunque affermata una piena continuità strutturale tra il previgente art. 317 e l'art. 319-quater (40).

Il reato si consuma, a carico di entrambi i soggetti, nel momento in cui viene effettuata la dazione o la promessa.

La clausola di sussidiarietà apposta in esordio del comma 1 esclude la configurabilità dell'art. 319-quater quando il medesimo fatto costituisce un più grave reato. A fronte

dell'inesistenza di ulteriori incriminazioni fondate sull'induzione a dare o promettere utilità, tale clausola mira superflualmente a ribadire, per i casi di costrizione, la prevalenza dell'art. 317 per il pubblico ufficiale e dell'art. 629 per l'incaricato di un pubblico servizio.

La distinzione tra concussione e induzione indebita

Se, fino a ieri, la presenza nell'art. 317 delle condotte costrittive e induttive consentiva una loro comune interpretazione come fattori condizionanti la libera formazione della volontà del privato, oggi la loro separazione impone di attribuire al concetto di induzione un nuovo significato, in grado di caratterizzarlo rispetto sia alla concussione che alla corruzione.

Nel sistema previgente l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei reati di concussione e corruzione propria era approdata a uno stato di profonda incertezza, che aveva reso altamente discrezionale il giudizio sulla ricorrenza dell'una o dell'altra fattispecie incriminatrice. Non appare necessario ricordare che tale esito era stato favorito dalla tendenza a rivestire il privato, a seconda del suo comportamento processuale, con i panni della vittima di concussione o dell'imputato di corruzione (41) : proprio questa mutevolezza di ruoli, gravida di conseguenze sul piano della responsabilità delle persone fisiche e giuridiche, è il dato che più aveva colpito gli osservatori stranieri, che insistentemente richiedevano al legislatore italiano un deciso mutamento di rotta.

Al fine di stabilire lungo quali itinerari concettuali possa ora avviarsi la distinzione tra concussione e induzione indebita, una prima ipotesi ricostruttiva verte sulla differente intensità tra costrizione e induzione, entrambe poste come coazioni psichiche di tipo relativo. Questa distinzione - dalla quale comunque derivano rilevanti difficoltà rispetto ai reati di corruzione, nel senso che una tenue pressione psicologica può allo stesso modo intendersi come avvio delle trattative con il privato - si fonda sulle modalità e sull'esito psicologico della condotta in capo al suo destinatario, la cui dazione o promessa costituisce il frutto di una coercizione rappresentata dalla prospettazione di un danno più grave ovvero di una pressione formulata in termini di suggestioni, allettamenti o blandizie (42).

Occorre tuttavia riconoscere che il criterio della "quantità" della pressione psichica riesce assai disagiata, a causa sia della varietà delle forme che può assumere l'intimidazione, sia della difficoltà di accertamento del suo effetto. Le perplessità sono poi destinate ad accrescersi ove si consideri che la cornice di pena attenuata per il privato, nell'art. 319-quater, si giustifica solo in quanto egli sia stato destinatario di una pressione psichica che abbia effettivamente inciso sulla sua libertà di

autodeterminazione, ponendolo in una situazione di minorata difesa rispetto all'abuso del pubblico agente.

Ben scarso aiuto può venire però da un'indagine sulla consistenza dell'abuso della qualità o dei poteri. È vero che tale abuso dovrebbe rivelare un diverso contenuto a seconda che lo si riferisca al solo pubblico ufficiale o anche all'incaricato di un pubblico servizio, ma in ogni caso appare impervia un'interpretazione dell'art. 319-quater incentrata su un abuso che è meno della concussione e si mantiene estraneo alla corruzione. Le perplessità sono accresciute dalla notazione che finora la giurisprudenza ha elaborato una nozione di abuso caratterizzata sul piano psicologico del soggetto attivo: l'abuso dei poteri designa condotte rientranti nella competenza tipica dell'agente ma finalizzate a uno scopo diverso da quello per cui i poteri sono stati conferiti, mentre l'abuso della qualità designa una strumentalizzazione della posizione di preminenza del pubblico agente sul privato (43), non consente gradazioni di tipo quantitativo, capaci di operare sulla tipicità oggettiva dei reati in esame.

Si affaccia così l'esigenza di un ulteriore criterio distintivo, non alternativo a quello dell'intensità della coazione psichica, consistente nel legare l'ambito operativo degli artt. 317 e 319-quater alla causale della dazione o promessa da parte del privato. A questo proposito si è già osservato che l'induzione può assumere un senso solo attraverso la sua proiezione su un atto di ufficio favorevole o sull'omissione di un atto sfavorevole al privato, poiché la sua dannosità determinerebbe l'insorgenza di una costrizione. Nella concussione domina dunque l'idea del male ingiustamente prospettato attraverso la violenza o minaccia dal pubblico agente, mentre nell'induzione prevale l'idea del vantaggio, che a sua volta giustifica la punibilità del privato (44).

La problematicità di questa soluzione non dipende dall'elaborazione giurisprudenziale maturata sul previgente art. 317, che si era spinta fino a ravvisare la concussione pure quando la vittima "versi in una situazione illecita e possa trarre un qualche vantaggio economico dall'accettazione della pretesa del pubblico ufficiale" (45). Anche ammettendo che, in conseguenza della riforma, tale consolidato orientamento possa essere d'un colpo spazzato via, restano infatti zone d'ombra nelle quali il pendolo tra concussione e induzione indebita continuerà ad oscillare in tutta la sua ambiguità: non è solo il caso degli atti discrezionali - rispetto ai quali spesso non è possibile stabilire ex ante la doverosità dell'esito della decisione, così da qualificarli giusti o ingiusti, conformi o contrari ai doveri dell'ufficio -, ma sono anche le situazioni in cui l'atteggiamento del pubblico agente trova un'apparente giustificazione nella scrupolosa osservanza delle norme che regolano l'ufficio o il servizio e il privato invece vanta o ritenga di vantare un diritto all'esecuzione dell'atto e, più in generale, tutte le

ipotesi in cui la rappresentazione del danno convive con quella del vantaggio, sì da non potersi dire quale di esse abbia effettivamente ispirato la dazione o promessa. Qualora dovesse ritenersi che l'art. 319-quater sia destinato a comprendere le induzioni riferite ad atti discrezionali vantaggiosi per il privato o accompagnate dalla prospettazione alternativa tra un vantaggio indebito e un male ingiusto o da maliziose intimidazioni proiettate sull'adozione di un atto ingiusto ma dannoso (46) , si imporrebbe comunque la conclusione che i casi più ricorrenti di concussione, grazie alla riforma, godono di un cospicuo alleggerimento sanzionatorio, esteso fino all'inapplicabilità delle pene accessorie ex art. 317-bis. Sul piano politico-criminale, si tratterebbe di una scelta assai singolare.

Breve: ora come prima, la configurabilità della concussione appare certa solo dinanzi alla minaccia di un atto contrario ai doveri di ufficio e dannoso per il privato. Fuori da tale ipotesi - che, nella fenomenologia concussoria, è certo la meno frequente -, alla precedente alternativa tra concussione e corruzione si è aggiunto l'art. 319-quater, così rendendo ancora più inestricabile il preesistente groviglio normativo.

La distinzione tra induzione indebita e corruzione

Si è appena osservato che l'induzione si differenzia dalla concussione sul piano dell'intensità della pressione psichica e della causale della dazione o promessa da parte del privato.

La fisionomia dell'art. 319-quater non può però ricavarsi esclusivamente dal suo confronto con l'art. 317, dovendo essere calibrata anche sui reati di corruzione. Anzi, sotto questo profilo, la collocazione topografica dell'art. 319-quater, subito dopo i reati di corruzione e non dopo quello di concussione, denota una prossimità ai primi che trova conferma nelle cornici di pena edittale: l'art. 319-quater prevede, rispetto al pubblico agente, una pena (da tre a otto anni di reclusione) assai più mite di quella stabilita per la concussione (da sei a dodici anni), coincidente nel massimo con la pena (da quattro a otto anni) minacciata dall'art. 319 e addirittura inferiore nel minimo; mentre, in rapporto al privato, sancisce una pena (fino a tre anni di reclusione) meno severa della corruzione tipizzata dall'art. 318 (da uno a cinque anni).

Proprio considerando la penalità del privato nel reato di induzione indebita si è osservato che l'art. 319-quater configura una "autentica "corruzione mitigata dalla induzione"" (47) . Una siffatta definizione può considerarsi corretta: a condizione però che sia chiara la riconducibilità all'art. 319-quater anche delle ipotesi in cui l'utilità sia corrisposta per il compimento di un atto conforme all'esercizio della funzione, risultando inammissibile, in presenza di un'induzione mediante abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico agente, che il privato sia chiamato a rispondere con la più grave sanzione prevista dall'art. 318 (48) . Tale conclusione - sia detto per inciso

- implica ovviamente la possibilità che l'art. 319-quater sia impiegato come alternativa premiale, in caso di collaborazione processuale, alla pena sancita dall'art. 319. Una volta ritenuto che il reato di induzione indebita è in grado di coprire atti sia conformi che contrari ai doveri di ufficio, la sua distanza dai reati di corruzione andrebbe misurata esclusivamente alla stregua dell'abuso della qualità o dei poteri, cioè - come prima si è osservato - sulla base della pressione psichica esercitata dal pubblico agente sul privato. È inutile sottolineare ancora una volta la vaghezza dei contenuti di tale pressione, la difficoltà del relativo accertamento e la sua prossimità alla sollecitazione integrante l'art. 322 c.p. : all'interprete non resta che prendere atto della perdurante vigenza del criterio, consolidato soprattutto nella giurisprudenza ai fini della distinzione tra concussione e corruzione, fondato sulla ricostruzione dell'atteggiamento psicologico delle parti del rapporto. L'ingresso sulla scena dell'art. 319-quater offre dunque al giudice una soluzione sanzionatoria che si aggiunge alla tradizionale alternativa tra concussione e corruzione (49) .

Né un valido aiuto può venire da una ricostruzione del dolo. Rispetto al pubblico agente, se la linea di separazione tra gli artt. 317 e 319-quater è segnata dall'incerta differenziazione fra una strumentalizzazione della qualità o dei poteri finalizzata a piegare la volontà del privato ovvero a indurlo all'indebita dazione o promessa, il discrimine tra gli artt. 319-quater e 318 ss., data l'impossibilità di distinguere oggettivamente un fatto di induzione e uno di sollecitazione (art. 322, comma 3), si lega alla volontà di abusare della qualità o dei poteri.

Rispetto al privato, appare decisivo il timore di un danno ingiusto prospettato dal funzionario, evitabile solo attraverso la dazione o promessa (art. 317 c.p.) ovvero la libertà di quest'ultima, a sua volta in grado di integrare l'art. 319-quater o gli artt. 318 ss. a seconda che la volontà sia stata forzata dall'abuso del pubblico agente o invece sia stata spontanea. Considerando la labilità della linea di confine tra questi atteggiamenti psicologici e l'ulteriore possibilità che essi si intreccino a una valutazione errata sulla natura costrittiva, induttiva o "sollecitatoria" della condotta del pubblico agente (50) , insorge la sensazione che all'arbitrio del giudice sia offerta una griglia di soluzioni, suscettibili di moltiplicarsi ove si ammetta la possibilità di ravvisare in capo a ciascun soggetto un reato diverso da quello contestato all'altro.

Per certo, al paradigma dell'art. 319-quater dovrebbero restare estranee le situazioni finora qualificate come concussione ambientale, in cui il privato prende l'iniziativa della dazione o promessa, in assenza di qualsiasi induzione da parte del pubblico agente, a causa della sua condizione di debolezza o fragilità derivante dalla consapevolezza - come affermava il Progetto Pagliaro - "di non poter altrimenti contare su di un trattamento imparziale" (51) . Ci si può chiedere tuttavia se, in siffatti casi, i giudici coglieranno egualmente un'induzione implicita tale da configurare l'art.

319-quater o invece ravviseranno una corruzione o, rifiutandosi di infliggere al privato una pena per un fatto del quale è al contempo la vittima, si orienteranno nel senso della concussione per costrizione (52).

Come si vede, se fino a ieri la distinzione tra concussione e corruzione era operata attraverso vaghi criteri, oggi la distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione è in grado di ispirarsi a parametri ancora più confusi.

La distinzione tra gli artt. 317 e 319-quater nell'elaborazione giurisprudenziale

La difficoltà di trovare uno spazio operativo autonomo per l'art. 319-quater, che cioè non vada a sovrapporsi ai delitti di concussione e di corruzione, è evidenziata dalla constatazione che i giudici della VI Sezione della Corte di Cassazione hanno in pochi mesi già elaborato tre diversi orientamenti interpretativi: per una riforma che avrebbe dovuto proporsi il superamento delle preesistenti incertezze, davvero un bel risultato (53).

Conviene subito osservare che tale esito dipende non da un eccesso di zelo nomofilattico ma dall'insuperabile indeterminatezza dell'art. 319-quater, in grado di conferire alla norma contenuti nettamente diversi a seconda del peso attribuito, in sede ermeneutica, alla sua ratio, all'abuso della qualità o dei poteri e, infine, alla tipologia del danno o del vantaggio rappresentato al privato o da lui perseguito.

Il primo indirizzo è stato tracciato dalla sentenza Roscia (54), che si diparte dalla natura residuale del concetto di induzione rispetto a quello di costrizione ("nella dicotomia costringe - induce di cui agli artt. 317 e 319-quater, l'induzione, per la atipicità della relativa condotta, è il fenomeno residuale perché comprende tutto quello che si realizza senza la costrizione") per rilevare che, consistendo la minaccia nella prospettazione di un danno ingiusto, l'induzione non può che rinviare alla prospettazione di "una qualsiasi conseguenza dannosa che non sia contraria alla legge". Da notare che la sentenza nega la possibilità di intendere l'induzione come una forma più blanda della costrizione, osservando che "una gerarchia tra le minacce, al di là del loro valore legale di minaccia come annuncio di danno iniuria datum, (...) sarebbe di per sé lesiva del principio di legalità, conferendo all'interprete un implicito potere paranormativo diretto a tipizzare un precetto indeterminato": onde nella nozione di costrizione rientra anche la minaccia implicita e indiretta, purché avente ad oggetto un danno ingiusto.

Alla luce di tale impostazione, dunque, la differenza tra gli artt. 317 e 319-quater andrebbe determinata esclusivamente alla luce del tipo di danno prospettato dal pubblico agente, risultando invece irrilevanti le modalità della sua condotta: "Nella

prima ipotesi v'è costrizione della vittima perché si è impiegata una minaccia. Nella seconda ipotesi non può parlarsi di minaccia perché il danno non sarebbe iniuria datum e perciò la costrizione è mancata" (55). Anche trascurando che questa dilatazione della concussione, fino a comprendere la più blanda pressione psicologica purché proiettata su un danno ingiusto, segna un distacco dal paradigma dell'estorsione (nel quale sono però confluite le condotte coercitive dell'incaricato di un pubblico servizio!), deve in ogni caso sottolinearsi come essa neghi ogni valenza all'abuso della qualità o dei poteri, con uno slittamento semantico della nozione di induzione verso il reato di corruzione, parimenti caratterizzato dall'accordo tra le parti; donde una profonda incertezza anche sulla continuità normativa tra l'art. 319-quater e il previgente art. 317.

Se si volesse indagare sul reale motivo ispiratore dell'interpretazione in esame, la risposta va rinvenuta nelle ultime righe della sentenza, ove si osserva che la ricostruzione operata "corrisponde anche ad un razionale assetto dei valori in gioco che non può essere trascurato. Sotto l'aspetto assiologico è comprensibile perché chi prospetti un male ingiusto è punibile più gravemente di chi prospetti un danno che derivi dalla legge. E ancora e soprattutto si veste di ragionevolezza prevedere in quest'ultimo caso la punizione di chi aderisce alla legge per un suo tornaconto. Viceversa, punire chi si sia piegato alla minaccia, ancorché essa si sia presentata in forma blanda, significa richiedere al soggetto virtù civiche ispirate a concezioni di Stato etico proprie di ordinamenti che si volgono verso concezioni antisolidaristiche e illiberali".

Il secondo orientamento, maggiormente attento ai profili della successione di leggi nel tempo, capovolge i termini della ricostruzione: "in mancanza di una espressa previsione che possa attribuire un diverso significato a costrizione e induzione, l'interprete non è abilitato ad attribuire una definizione diversa a esse", trovandosi al contrario vincolato a porre l'abuso della qualità o dei poteri come "causa efficiente" della costrizione o induzione. In conformità all'elaborazione giurisprudenziale intervenuta sul previgente art. 317, si ritiene così che "l'unica differenza" rinvenibile tra costrizione e induzione "è nel mezzo usato per la realizzazione dell'evento", nell'un caso consistente nella minaccia e nell'altro nelle "forme più varie di attività persuasiva e di suggestione tacita e di atti ingannevoli" (56).

L'idea di una mera trasmigrazione della concussione induttiva all'interno dell'art. 319-quater è certo la più tranquillante rispetto all'art. 2 e, alla luce dell'esperienza giurisprudenziale già intervenuta sul delitto di concussione, anche la più agevole sul piano operativo. Inoltre, il duplice rilievo che "la induzione indebita non ha subito alcuna modifica di tipo strutturale" e che "la punizione del soggetto indotto non incide

sulla struttura del reato" appare formalmente corretto e altamente rispettoso del ruolo del giudice nei confronti del legislatore. Nondimeno, anche ammettendo la persistente autonomia del reato di corruzione - il quale "richiede una parità tra due soggetti e una volontà comune orientata al do ut des" -, la configurabilità dell'art. 319-quater legata a meno intense forme di pressione psichica del pubblico agente, indipendentemente dalla tipologia del danno prospettato, implica per il pubblico agente una pena eguale a quella dell'art. 319 nel massimo ma più mite nel minimo, mentre la punibilità del privato resta inalterata sia che abbia voluto evitare un danno ingiusto, sia che abbia inteso perseguire un ingiusto vantaggio (57) .

Dinanzi a questi esiti, suscita ulteriori e forti perplessità la considerazione che la convergenza delle volontà, tipica dell'induzione, "giustifica e razionalizza la punizione di chi "dà o promette", il quale - indipendentemente dall'utilità o meno della sua condotta, non prevista quale elemento costitutivo del precetto - viola il "dovere di non collaborazione" che il legislatore ha individuato come ratio dell'incriminazione diretta a impedire che, nel caso di una pressione "più debole", il soggetto, pur consapevole di star subendo e di dare o promettere il non dovuto, "collabori" a far conseguire l'indebito all'agente pubblico". Per quanto sia ovvio che le pronunce della Suprema Corte finora intervenute non esplichino effetti nei confronti dei privati alla luce dello jus superveniens, in ogni caso viene da chiedersi su quale base fondare la meritevolezza di pena di colui che abbia ceduto dinanzi alla prospettazione di un male ingiusto da parte del pubblico agente: il c.d. dovere di non collaborazione, spinto fino a questi limiti estremi, più che concezioni etiche e illiberali evoca visioni impregnate di toni utopistici ma soprattutto ipocriti (58) .

Appare comunque assai significativo che in una successiva pronuncia - avente ad oggetto un'induzione nei confronti di un privato in stato di soggezione e difficoltà dinanzi al pubblico agente, la cui richiesta di denaro allo scopo di modificare l'importo delle somme dovute per il consumo idrico era stata accolta ma subito seguita dalla denuncia alla polizia, intervenuta immediatamente dopo la dazione al pubblico agente - la sussistenza di un'induzione consumata venga associata a una disquisizione sul ruolo della riserva mentale del privato come causa non solo di attenuazione ma anche di esclusione della responsabilità, addirittura ipotizzandosi l'operatività della desistenza, pur a fronte di un reato consumato, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che ammette lo spostamento della consumazione nel passaggio dalla promessa alla dazione (59) . Il disagio conseguente all'interpretazione fondata esclusivamente sulla natura costrittiva o induttiva della condotta, indipendentemente dal contenuto del danno prospettato al privato, orienta dunque verso soluzioni creative che, nella loro pretesa adesione alla volontà del legislatore, finiscono con lo stravolgere il senso di altri istituti, come la desistenza, ovvero con il supporre

l'esistenza di disposizioni mai introdotte nel sistema (tale sarebbe la causa di non punibilità per colui che denuncia la corruzione o l'induzione indebita).

In conclusione. Delle due interpretazioni ora passate in rassegna, la prima assume la punibilità del privato nell'art. 319-quater come spartiacque tra costrizione e induzione, sospingendo nella prima ogni minaccia di un danno ingiusto e legando la seconda alla prospettazione di attività doverose; la distinzione tra costrizione e induzione solo alla luce del loro termine finalistico nega però ogni valenza all'abuso dei poteri e della qualità, con il risultato non solo di impoverire contenutisticamente le rispettive formule normative, ma anche di smarrire un valido criterio selettivo rispetto alla corruzione propria. La seconda interpretazione, invece, si diparte da un'accezione di induzione come pressione psicologica più blanda rispetto alla costrizione, escludendo rilevanza al contenuto del pregiudizio alternativamente prospettato al privato e così rendendo quest'ultimo punibile anche quando la dazione o promessa miri a evitare un danno ingiusto.

A fronte del contrasto ora riferito, era agevole pronosticare un terzo orientamento intermedio, tale da conciliare, ai fini della configurabilità dell'art. 319-quater, la duplice (alternativa) esigenza di un effettivo abuso e della prospettazione al privato di un danno ingiusto. È questo appunto il contenuto della sentenza Melfi (60), la quale anzitutto ha cura di affermare la continuità dell'art. 319-quater rispetto al previgente art. 317 attraverso la piena ricezione dell'elaborazione intervenuta su quest'ultimo: alla luce delle caratteristiche della condotta ma anche del suo effetto, la costrizione viene ravvisata nella pretesa dotata di "maggiore carica intimidatoria, in quanto espressa in forma ovvero in maniera tale da non lasciare alcun significativo margine di scelta al destinatario", mentre l'induzione è riferita alla pretesa che "si concretizza nell'impiego di forme di suggestione o di persuasione, ovvero di più blanda pressione morale, sì da lasciare al destinatario una maggiore libertà di autodeterminazione, un più ampio margine di scelta in ordine alla possibilità di non accedere alla richiesta del pubblico funzionario".

Questa distinzione tra costrizione e induzione risulta però arricchita da un "indice integrativo" costituito dalla punibilità del privato nell'art. 319-quater, che lo rende "non più vittima ma coautore del reato"; donde l'esigenza di attribuire rilievo al "tipo di vantaggio che il destinatario di quella pretesa indebita consegue per effetto della dazione o della promessa di denaro o di altra utilità". In altre parole, il privato "non è vittima ma compartecipe laddove abbia conservato un significativo margine di autodeterminazione o perché la pretesa gli è stata rivolta in forma più blanda o in maniera solo suggestiva, ovvero perché egli è stato "allettato" a soddisfare quella

pretesa dalla possibilità di conseguire un indebito beneficio, il cui perseguimento finisce per diventare la ragione principale della sua decisione".

A fronte dei contrasti interpretativi ora riferiti, si comprende che la VI Sezione della Cassazione abbia ravvisato l'opportunità di rimettere il problema alle Sezioni Unite (61). Pur non volendo anticipare i possibili contenuti della decisione, attesa per il prossimo ottobre, appare comunque difficile che essa possa discostarsi dai criteri della minore intensità dell'induzione rispetto alla costrizione e della natura del vantaggio conseguente alla dazione o promessa. Se così avverrà, potremo constatare il ritorno al corredo di ambiguità e incertezze che aveva caratterizzato il previgente sistema: escluse le situazioni in cui oggetto della minaccia sia un atto contrario ai doveri di ufficio e pregiudizievole per il privato, i concetti di intimidazione, persuasione, suggestione ecc., insieme alla difficoltà di stabilire la giustizia o ingiustizia dell'atto ovvero la prevalenza, nella rappresentazione soggettiva, della prospettiva del danno o di quella del vantaggio, faranno sì che la configurabilità degli artt. 317, 319 o 319-*quater* continuerà a essere affidata alla discrezionalità giudiziale.

(1) Nello stesso senso M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 96 s.

(2) La dottrina si è unanimemente pronunciata in modo critico: tra gli altri G. Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in www.penale.contemporaneo.it, 8; E. Dolcini-F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, *ibid.*, 16; G. Fiandaca-E. Musco, *La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione (Addenda a Diritto penale, pt. sp., I)*, 2013, 11; F. Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in www.penalecontemporaneo.it, 5; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 134; P. Pisa, *Una nuova stagione di "miniriforme"*, in questa *Rivista*, 2012, 1422; S. Seminara, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, 388 s. Nello stesso senso si è espresso l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nel documento "Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"", redatto da G. Andreazza e L. Pistorelli (rel. n. III/11/2012 del 15 novembre 2012), § 2.3.2; v. anche Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, che nell'estromissione dell'incaricato di un pubblico servizio dall'art. 317 ravvisa una scelta "foriera di probabili incertezze applicative". Contra P.

Severino, La nuova Legge anticorruzione, in questa Rivista, 2013, 9, la quale osserva che "si è in presenza di una circostanza aggravante comune soggetta al giudizio di bilanciamento e i cui effetti dunque potranno essere neutralizzati dal riconoscimento ad esempio delle circostanze attenuanti generiche laddove nella concussione per costrizione il più severo trattamento sanzionatorio è assicurato dalla cornice edittale astratta contemplata dall'art. 317 c.p."

(3) Cfr. sotto questo profilo Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in Cass. pen., 2012, 2384, con nota di S. Seminara, che ha dichiarato l'art. 630 costituzionalmente illegittimo, per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena, laddove non prevede per i casi di particolare tenuità la diminuzione della pena consentita invece dall'art. 311 per il sequestro di persona a scopo terroristico ed eversivo di cui all'art. 289-bis.

(4) M. Romano, op. cit., 99. In riferimento alle osservazioni che seguono v. anche S. Seminara, I delitti, cit., 389 ss.

(5) Per tutte, Cass., Sez. VI, 9 luglio 2010, Pentimalli, in Riv. pen., 2012, 110: "la nozione di abuso dei "poteri" è riferita all'ipotesi in cui la condotta rientra nella competenza tipica dell'agente, quale manifestazione delle sue potestà funzionali per uno scopo diverso da quello per il quale sia stato investito delle medesime, mentre quella di abuso della "qualità" postula una condotta che, indipendentemente dalle competenze proprie del soggetto attivo, si manifesti quale strumentalizzazione della posizione di preminenza dallo stesso ricoperta nei confronti del privato".

(6) Tra gli altri A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, Principi di diritto penale, pt. sp., Milano, 200810, I, 143 s. e 150. V. anche S. Vinciguerra, I delitti contro la pubblica amministrazione, Padova, 2008, 55, il quale si spinge però troppo oltre, riferendo il requisito della competenza alla Pubblica amministrazione in generale e ravvisando un abuso della qualità quando l'agente "strumentalizza la sua qualità soggettiva, magari speculando sulla personalità e sul livello intellettuale della persona offesa per avvalorare o rendere credibile una sua specifica competenza che in realtà non esiste. Per esempio, abusa della qualità il sindaco che promette ad un commerciante del Comune, suo avversario politico, di fargli avere noie dall'Agenzia statale delle entrate".

(7) Tra gli altri A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, op. cit., 163; G. Fornasari, Concussione, in A. Bondi-A. di Martino-G. Fornasari, Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 20082, 183; contra, G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, pt. sp., Bologna, 20125, I, 216 s.; M. Romano, op. cit., 111 s.

(8) Per tutti, A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, op. cit., 146 s.

- (9) Da ult. Cass., Sez. V, 6 ottobre 2010, Citro, in Riv. pen., 2011, 787; Id., Sez. II, 20 maggio 2010, P.m. in proc. Pistolesi, ibid., 569.
- (10) Per tutti M. Romano, op. cit., 105: "è il sopruso presente nella condotta, nell'atteggiamento o contegno del pubblico ufficiale (...), con il relativo contenuto intimidatorio idoneo a premere sulla volontà del privato, a costituire il principale connotato della concussione".
- (11) Tra le altre, Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, Di Stasi, in Riv. pen., 2011, 1204.
- (12) Così, da ult., Cass., Sez. II, 7 ottobre 2010, P.m. in proc. Cito, in Riv. pen., 2012, 111.
- (13) Per la critica di questo orientamento giurisprudenziale, per tutti, G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, cit., 210 e 214.
- (14) Sull'ammissibilità di un concorso tra gli artt. 62 n. 4, 62-bis e 323-bis c.p. , per tutti, M. Romano, op. cit., 330; contra S. Vinciguerra, op. cit., 446.
- (15) Per questa alternativa V. Mongillo, op. cit., 166, il quale riferisce alla pagina precedente che il Governo, dopo avere presentato una proposta nella quale la dazione o promessa era posta "in relazione" all'esercizio delle funzioni o dei poteri, aveva poi modificato il testo nella sua attuale formulazione, espressamente optando per una costruzione della fattispecie "sulla base di un nesso teleologico anziché funzionale".
- (16) Tra gli altri, G. Balbi, I delitti di corruzione, Napoli, 2003, 257 ss.; R. Rampioni, Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Milano, 1984, 313; per ulteriori indicazioni, S. Seminara, Art. 318, in Commentario breve al codice penale, a cura di A. Crespi-G. Forti-G. Zuccalà, Padova, 20085, 777. In favore della punibilità anche del "corruttore susseguente" si esprimeva invece S. Vinciguerra, op. cit., 220 nota 76.
- (17) Nello stesso senso sembra esprimersi V. Mongillo, op. cit., 166 s. In favore della punibilità invece F. Cingari, La corruzione per l'esercizio della funzione, in La legge anticorruzione, cit., 413; G. Fiandaca-E. Musco, La recente riforma, cit., 19; T. Padovani, Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione, in Arch. pen., 2012, 784 e 786; M. Romano, op. cit., 191 s.; V. Valentini, Dentro lo scrigno del legislatore penale, in www.penalecontemporaneo.it, 17 s.; nello stesso senso è il già citato parere "Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"", § 2.2.1. nonché, in riferimento ad analoghe proposte elaborate nel corso dei lavori preparatori della l. n. 190 del 2012 o formulate de jure condendo, rispettivamente E. Dolcini-F.

Viganò, op. cit., 5 e A. Spena, Il "turpe mercato", Milano, 2003, 586 s. V. anche F. Cingari, Repressione e prevenzione della corruzione pubblica, Torino, 2012, 162 s.

(18) Per tutti, conf. M. Pelissero, Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale, in questa Rivista, 2008, 279. Nella prassi giudiziaria relativa agli anni 1982-2002, il 93% delle condanne per corruzione propria ha avuto ad oggetto pene detentive inferiori a due anni, mentre per la corruzione impropria solo lo 0,6% delle condanne ha superato i due anni di reclusione: cfr. P. Davigo-G. Mannozi, La corruzione in Italia, Roma-Bari, 2007, 232 ss., i quali a p. 297 deducono da tale "generalizzata tendenza a non differenziare la risposta sanzionatoria" l'insussistenza di diversità "ontologiche" tra corruzione propria e impropria.

(19) Da ult., Cass., Sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30058. In linea generale, anche la dottrina ha finora ritenuto sufficiente, per la configurabilità della corruzione propria, l'individuabilità dell'atto: per tutti, V. Manes, L'atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 924 ss.; A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, op. cit., 205 s.; M. Pelissero, La nozione di atto d'ufficio nei delitti di corruzione tra prassi e teoria, in questa Rivista, 2000, 1012; A. Spena, op. cit., 255 s.

(20) Da ult., Cass., Sez. fer., 25 agosto 2009, n. 34834; conf. Id., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, secondo cui l'asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore "si concretizza quando il privato promette o consegna al soggetto pubblico, che accetta, denaro o altra utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori e non può sottacersi che tale modalità corruttiva è certamente la più allarmante e la più subdola, perché determina un permanente condizionamento dell'attività istituzionale del pubblico ufficiale (...); anche nella ipotesi considerata, invero, il requisito della individuazione è certamente integrato dal comportamento-tipo (asservimento della funzione) che costituisce la controprestazione promessa all'erogatore di denaro e che può articolarsi anche in plurimi interventi, non specificamente previsti o programmati, ma agevolmente prevedibili". Talvolta la S.C. ha però affermato che, "nell'ipotesi in cui risulti provata la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale, è necessario dimostrare che il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio è stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione" (Cass., Sez. VI, 7 novembre 2011, in Cass. pen., 2012, 3767; Id., Sez. VI, 25 marzo 2010, Bruno, in Riv. pen., 2011, 566). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, concernenti anche l'orientamento citato nella nota che precede, C. Benussi, in Codice penale commentato, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano, 2011, II, 3025 s.; S. Seminara, Art. 318, cit., 774.

(21) Conf. F. Cingari, *La corruzione*, cit., 410; M. Romano, op. cit., 189; il citato parere dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, § 2.2.1., osserva che "la riconfigurazione esplicita della sola corruzione impropria come mercimonio della funzione o del potere potrebbe ritenersi "nascondere" una sorta di interpretazione autentica implicita dell'art. 319 c.p. divergente dai menzionati orientamenti assunti dalla giurisprudenza di legittimità".

(22) V. infatti F. Palazzo, op. cit., 3, il quale esprime riserve in merito alla "omologazione del disvalore della corruzione per asservimento, che potrebbe essere avvertita come particolarmente spregevole, a quello - indubbiamente meno grave - della corruzione per atto conforme ai doveri di ufficio" (conf. Id., Conclusioni. Per una disciplina 'integrata' ed efficace contro la corruzione, in *Corruzione pubblica*, a cura di F. Palazzo, Firenze, 2011, 99); nello stesso senso G. Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 5; G. Fiandaca-E. Musco, *La recente riforma*, cit., 18 s.; V. Mongillo, op. cit., 163; M. Romano, op. cit., 188. Analogamente si erano già espressi, in una prospettiva de jure condendo, G. Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 888 e 898 s.; G. Forti, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, ivi, 1996, 495 s. In favore di una penalizzazione limitata alle "compravendite di funzioni o qualità abituali, continuative, durature e realizzate in vista di uno scopo criminoso sufficientemente determinato" F. Cingari, *Repressione*, cit., 163 s. e già prima A. Spena, op. cit., 588 ss.

(23) Da ult. Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2012, Stabile, in *Riv. pen.*, 2012, 396, che in relazione all'art. 322 afferma l'esigenza di correlare la potenzialità corruttiva dell'offerta "alla controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del soggetto pubblico nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui si colloca il fatto".

(24) Sul punto E. Dolcini-F. Viganò, op. cit., 7, osservano che "eventuali rischi di overcriminalization - in rapporto, magari, ai munuscula evocati dalla tradizione manualistica - potranno essere neutralizzati tramite i nuovi strumenti processuali attualmente all'esame delle Camere, in primis tramite il proscioglimento per irrilevanza del fatto".

(25) A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012, 33.

(26) Cass., Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38762, che così conclude: "La raccomandazione, in sostanza, è condotta che esula dalla nozione di atto d'ufficio; trattasi di condotta commessa in occasione dell'ufficio e non concreta, pertanto, l'uso dei poteri funzionali connessi alla qualifica soggettiva dell'agente". Analogamente Id., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435: "L'atto d'ufficio, inteso non in senso strettamente formale ma anche come comportamento materiale, per essere qualificato tale, a prescindere dalla sua

contrarietà o conformità ai doveri, deve essere esplicitazione dei poteri-doveri inerenti alla funzione concretamente esercitata e presuppone - per così dire - la necessità di una congruità tra esso, in quanto oggetto dell'accordo illecito, e la posizione istituzionale del soggetto pubblico contraente. (...) Deve, invece, escludersi il reato di corruzione passiva nel caso in cui il pubblico ufficiale prometta e ponga eventualmente in essere il suo intervento prezzolato, avvalendosi della sua qualità, dell'autorevolezza e del prestigio che gli derivano dalla carriera ricoperta, senza che detto intervento comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o sia in qualche maniera a questi collegabile".

(27) Per entrambi i passi riportati Cass., Sez. VI, 26 settembre 2006, n. 38698 . Sul tema F. Cingari, *La corruzione*, cit., 411 s.

(28) L'art. 4 del nuovo Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, emanato con d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 , così dispone: "(Regali, compensi e altre utilità) 1. Il dipendente non chiede, né sollecita, per sé o per altri, regali o altre utilità. 2. Il dipendente non accetta, per sé o per altri, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore effettuati occasionalmente nell'ambito delle normali relazioni di cortesia e nell'ambito delle consuetudini internazionali. In ogni caso, indipendentemente dalla circostanza che il fatto costituisca reato, il dipendente non chiede, per sé o per altri, regali o altre utilità, neanche di modico valore a titolo di corrispettivo per compiere o per aver compiuto un atto del proprio ufficio da soggetti che possano trarre benefici da decisioni o attività inerenti all'ufficio, né da soggetti nei cui confronti è o sta per essere chiamato a svolgere o a esercitare attività o potestà proprie dell'ufficio ricoperto. (...) 5. Ai fini del presente articolo, 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. I codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni possono prevedere limiti inferiori, anche fino all'esclusione della possibilità di riceverli, in relazione alle caratteristiche dell'ente e alla tipologia delle mansioni".

(29) Indagini comparatistiche sono in F. Cingari, *Repressione*, cit., 55 ss.; V. Mongillo, op. cit., 168 ss.; A. Spina, op. cit., 58 ss.

(30) Tra gli altri, V. Mongillo, op. cit., 154; A. Spina, op. cit., 580 ss.

(31) In taluni codici penali stranieri, nonché negli atti comunitari e internazionali in tema di corruzione, la corruzione attiva e passiva sono tipizzate come autonome incriminazioni: la condotta dell'extraneus è descritta come il fatto di promettere, offrire o procurare un'utilità al pubblico agente per il compimento o l'omissione di un atto di ufficio, mentre la condotta dell'intraneus è caratterizzata come il fatto di sollecitare o ricevere l'offerta o la promessa di un'utilità finalizzata al medesimo scopo.

In questa costruzione, dunque, già l'offerta dell'utilità, ovvero la sollecitazione della promessa o della dazione, integrano il reato consumato di corruzione rispettivamente attiva e passiva (v. gli artt. 2 e 3 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata con l. 28 giugno 2012, n. 110, sostanzialmente ripresi dalla Convenzione delle Nazioni Unite adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata con l. 3 agosto 2009, n. 116; analogamente si esprime l'art. 2 della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato). Sul tema A. di Martino, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 355 ss.

(32) Pur nella diversità delle premesse e degli esiti, l'autonomia dei reati ex artt. 318 ss. è accentuata da A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, op. cit., 187 ss.; A. Spina, op. cit., 204 ss.; Id., *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ss.

(33) Per tutte, Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435; da ult., Id., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, in *Riv. pen.*, 2011, 336, che ha ravvisato il momento consumativo non nel versamento del denaro in un conto non intestato all'imputato, bensì nella successiva utilizzazione di esso. In dottrina, nel senso che la dazione successiva alla promessa segna un approfondimento dell'offesa tipica che sposta la consumazione, A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, op. cit., 258; contra, per tutti, M. Amisano, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 113 ss.; R. Rampioni, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008, 81 ss.

(34) Negli stessi termini M. Romano, op. cit., 148. Sul punto v. anche P. Davigo-G. Mannozi, op. cit., 150.

(35) Così Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy - December 2011. Si è tradotto come "esimente" il termine defence, che però comprende le cause di giustificazione come pure le scusanti e le cause di non punibilità: per tutti, G. Fletcher, *Grammatica del diritto penale* (trad. it. a cura di M. Papa), Bologna, 2004, 149 ss.

(36) Così il Rapporto GRECO di valutazione sull'Italia - Tema I Incriminazioni - Terzo ciclo di valutazione (GRECO Eval III Rep 2011 7E) (traduzione non ufficiale), n. 108.

(37) Sul punto, con particolare efficacia, T. Padovani, *Il confine conteso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1307 ss.; per la nozione di induzione Cass., Sez. VI, 1° ottobre 2003, n. 49538, P.g. in proc. Bertolotti. Da notare come, per A. Pagliaro-M. Parodi Giusino, op. cit., 150, "al di fuori della costrizione psichica relativa, non vi è altro mezzo, se non l'inganno, per piegare l'altrui volere a una condotta, che altrimenti non si sarebbe

avuta": evidentemente non è questo il concetto di induzione accolto nell'art. 319-
quater. In riferimento alle osservazioni che seguono v. anche S. Seminara, *I delitti*,
cit., 393 ss.

(38) T. Padovani, *Il confine conteso*, cit., 1312. Con sconforto deve aggiungersi che il
tentativo di induzione indebita del pubblico agente è punito meno severamente
dell'istigazione alla corruzione propria ex art. 322, comma 4, c.p.

(39) Nel senso di definire l'induzione indebita come reato a concorso necessario, che
"si avvicina (...) alle corruzioni (tra le quali infatti è stata collocata) quale reato-
accordo a struttura bilaterale", M. Romano, op. cit., 234; analogamente R. Garofoli,
Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successori, in
www.penalecontemporaneo.it, 8. In giurisprudenza, la natura bilaterale del reato in
esame è affermata da Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11792, Castelluzzo; contra
Id., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 17285, Vaccaro, secondo cui l'art. 319-
quater "non integra un reato bilaterale, in quanto le due condotte del soggetto pubblico che induce
e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi, almeno idealmente,
diversi".

(40) Sul punto la giurisprudenza è pacifica: per tutte, Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013,
n. 11794, Melfi; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 16154, Pierri.

(41) Per tutti, M. Pelissero, *Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della
corruzione*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro e C.
Piemontese, Torino, 2004, 159 ss. nonché, ivi, D. Micheletti, 182 ss.

(42) In questa prospettiva D. Pulitanò, *La novella in tema di corruzione*, in Cass. pen.,
2012, suppl. n. 11, 12; M. Romano, op. cit., 235 s.; conf. il citato documento dell'Ufficio
del Massimario della Corte di Cassazione, § 2.3.1., secondo cui "la induzione parrebbe
situarsi a mezza strada tra coercizione assoluta da un lato, tipicamente caratterizzante
la concussione, e pienamente libera volontà dall'altra, tipicamente caratterizzante la
pari partecipazione all'accordo illecito proprio della corruzione". Diff. G. Balbi, *Alcune
osservazioni*, cit., 9, secondo cui "l'induzione di cui al nuovo art. 319-
quater non potrà
che essere intesa in termini di coazione psicologica relativa, etiam coactus tamen
voluit, e proprio su quel voluit andranno ricostruiti gli estremi di disvalore del fatto
dell'extraneus. A cascata, questo dovrà ricondurci a ricostruire la condotta costrittiva
di cui all'art. 317 in termini di coazione psichica assoluta". Sull'accertamento della
causalità psichica in tema di concussione, con l'accoglimento di un modello
generalizzante basato su massime di esperienza, F. Cingari, *Repressione*, cit., 128 ss.

(43) Da ult. Cass., Sez. VI, 9 luglio 2010, Pentimalli, in *Riv. pen.*, 2012, 110.

(44) Per la tesi che distingueva tra concussione e corruzione alla luce della natura dannosa o favorevole dell'atto di ufficio in confronto all'atto conforme ai doveri di ufficio che si sarebbe dovuto adottare A. Pagliaro, Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1995, 58 s.; rispetto a tale criterio, con diversità di accenti, G. Fiandaca, Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 892 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, cit., 214 s.; G. Forte, La mercificazione della funzione pubblica al bivio fra corruzione e concussione, in Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, a cura di A. Manna, Padova, 2007, 275 ss.; G. Forti, L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione - concussione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 487 ss.; T. Padovani, Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità, ibid., 454 ss.; Id., Il confine conteso, cit., 1304 ss. Il criterio legato all'ingiustizia del male minacciato, ovvero alla doverosità dell'atto del quale si prospetta l'omissione, come caratteristica rispettivamente degli artt. 317 e 319-quater, è ora accolto da R. Garofoli, op. cit., 8; T. Padovani, Metamorfosi, cit., 789 s.; A. Spena, Per una critica, cit., 19; V. Valentini, op. cit., 27 s.

(45) Così, per tutte, Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2010, Bragaglia, in Cass. pen., 2011, 4347.

(46) Così, al termine di una pregevole analisi, V. Mongillo, op. cit., 149 s., che riferisce all'art. 317 la minaccia di un danno ingiusto e agli artt. 318 ss. gli accordi su un piano di assoluta parità tra le parti. Cfr. M. Romano, op. cit., 240 s.

(47) Espressamente R. Garofoli, op. cit., 9, che si riferisce esclusivamente alla corruzione propria, osservando a p. 8 che, "nella "indebita induzione", il privato, pure esposto ad una forma di pressione psicologica, persegue un vantaggio ingiusto che vale a compensare la pressione subita, oltre che a spiegare la sua punibilità".

(48) Conf. D. Pulitanò, La novella, cit., 11. Anche il citato documento dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, § 2.3.1., non manifesta dubbi nell'affermare che "la formulazione onnicomprensiva della nuova norma (...) consente di farvi rientrare comportamenti ricollegabili a condotte del pubblico ufficiale sia conformi che contrarie ai compiti e alle funzioni dell'ufficio". È da notare pure come il distacco dell'art. 319-quater dall'art. 319 trovi conferma nel novellato art. 317-bis, che menziona gli artt. 319 e 319-ter ma non l'art. 319-quater.

(49) Per tutte, Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, Di Stasi, in Riv. pen., 2011, 1204, che nella corruzione ravvisa un "rapporto paritario" delle volontà e "la libera convergenza delle medesime verso la realizzazione di un comune obiettivo illecito", mentre nella concussione coglie una volontà del pubblico ufficiale "condizionante la libera

formazione di quella del privato". Nello stesso si è ora pronunciata Id., Sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, cit. Criticamente v. anche G. Forti, Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria, in www.penalecontemporaneo.it, 6 s.; M. Romano, op. cit., 237 s.

(50) Si pensi al caso del primario di ente ospedaliero che, prospettando al paziente la possibilità che l'intervento chirurgico sia praticato da altro medico, ottiene la consegna di denaro in cambio dell'impegno a procedere egli stesso all'operazione (da ult., nel senso di configurare l'art. 317 c.p., Cass., Sez. VI, 22 aprile 2010, Abbate, in Riv. pen., 2011, 444; Id., Sez. VI, 21 ottobre 2009, Ascani, ibid., 80). Nel documento più volte citato, l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, § 2.3.1., osserva che "il crinale che divide le tre diverse figure di reato (dalla più lieve alla più grave: corruzione - induzione indebita - concussione) appare di non immediata individuazione".

(51) Il Progetto Pagliaro definiva la concussione ambientale nell'art. 138 n. 5, riferendola al "fatto del pubblico agente che riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità patrimoniale, sfruttando l'altrui convinzione, determinata da situazioni ambientali, reali o supposte, di non poter altrimenti contare su di un trattamento imparziale" (sul punto A. Pagliaro, Per una modifica, cit., 65 s.). Cfr. Cass., Sez. VI, 18 dicembre 1998, Salvi, in Cass. pen., 2000, 587; Id., Sez. VI, 13 luglio 1998, in Foro it., 1999, II, c. 645 ss., con nota di V. Manes, La "concussione ambientale" da fenomenologia a fattispecie "extra legem". Da ult., nel senso di escludere l'art. 317 in assenza di specifici atti costrittivi o induttivi del pubblico ufficiale, Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, Camiolo; Id., Sez. VI, 25 gennaio 2011, Lozupone; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2011, De Laura, tutte in Cass. pen., 2012, 1379.

(52) Sul punto P. Pisa, op. cit., 1422, ritiene che "non è difficile pronosticare forzature per arrivare ad applicare comunque la classica concussione mediante costrizione (il paradigma della "minaccia larvata" è già diffuso in materia di estorsione)". Ma v. anche F. Palazzo, Concussione, cit., 5, il quale coglie nella riforma una contraddizione "tra il meritorio intento di "dare un segnale" forte in questo momento di inquietante "antipolitica" e il risultato di coinvolgere, corresponsabilizzare il privato scaricando alla fine su di lui - nella sua diversificata umanità - il compito di opporsi all'opera "induttrice" del funzionario pubblico".

(53) Un'accurata e completa analisi del materiale giurisprudenziale sull'art. 319-
quater è stata curata dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nel documento Rel. n. 19/2013 del 3 maggio 2013, redatto da R. Cantone; v. anche A. Cisterna, Corruzione: per una trama normativa sfilacciata la nuova concussione finisce alle sezioni Unite, in Guida dir., 2013, n. 22, 16 ss. (nonché ivi, 28 ss.); R. Garofoli, op.

cit., 5 ss. Un'attenta rassegna degli orientamenti giurisprudenziali è anche in Cass., Sez. VI, 9 maggio 2013 (ord.), n. 20430, Cifarelli, in Guida dir., 2013, n. 24, 65 ss.

(54) Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 3251, Roscia.

(55) Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, cit. Analogamente si esprime Id., Sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 7495, Gori: "non essendo consentito all'interprete operare una "gerarchia tra le minacce", integra costrizione ai sensi dell'attuale art. 317 c.p. qualunque violenza morale attuata con abuso di qualità o di poteri che si risolva nella prospettazione, esplicita o implicita, di un male ingiusto recante danno patrimoniale o non patrimoniale, costituito da danno emergente o da lucro cessante", laddove nell'induzione si ha pur sempre la "prospettazione di un male ma, nella specie, questo non è ingiusto ed anzi il soggetto che lo dovrebbe legittimamente subire mira ad evitarlo, consentendo l'indebita richiesta. Ne risulta che la distinzione tra le ipotesi di cui all'art. 317 c.p. , e quelle di cui all'art. 319-quater c.p. , non attiene all'intensità psicologica della pressione esercitata, sibbene alla qualità di tale pressione". V. anche Id., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 13047, Piccino; Id., Sez. VI, 15 febbraio 2013, n. 17943, Sammatrice; Id., Sez. VI, 14 gennaio 2013, n. 17593, Marino.

(56) Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 8695, Nardi. Analogamente si esprimono Id., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 16154, Pierri, ove le considerazioni già riferite nel testo vengono sviluppate e approfondite in riferimento all'abuso "quale causa efficiente dell'induzione al pagamento" e all'induzione intesa come condotta e non già come risultato; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 17285, Vaccaro; Id., Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 3093, Aurati.

(57) In particolare, nel caso Nardi il responsabile di un'agenzia di assicurazioni era stato indotto dal comandante di una stazione di carabinieri a versargli una somma di denaro, ulteriore a quella già liquidatagli, allo scopo di evitare pregiudizi patrimoniali per prospettati interventi in danno dei clienti dell'agenzia.

(58) Ovviamente è da respingere qualsiasi parallelismo con la configurabilità del favoreggiamento nei confronti della vittima di estorsione, la quale risponde non per avere corrisposto la tangente ma per il silenzio serbato dinanzi all'Autorità giudiziaria o inquirente.

(59) Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 16154, Pierri.

(60) Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11794, Melfi, annotata da M. Scoletta, Ancora sui criteri distintivi tra concussione e induzione indebita: una soluzione sincretistica della Cassazione, in www.penalecontemporaneo.it.

(61) Cass., Sez. VI, 9 maggio 2013 (ord.), n. 20430, Cifarelli, in Guida dir., 2013, n. 24, 65 ss., con nota di A. Cisterna, Con lo spacchettamento dell'originario delitto generati tre orientamenti da riportare a unità.

19 . Art. 319-bis. Circostanze aggravanti.

La pena è aumentata se il fatto di cui all'art. 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene nonché il pagamento o il rimborso di tributi (1).

(1) Articolo così modificato dal comma 7 dell'art. 29, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122.

Art. 319-ter.

Corruzione in atti giudiziari.

Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni. (1)

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni. (2)

(1) Comma così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. h), n. 1), L. 6 novembre 2012, n. 190 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. g), n. 1, L. 27 maggio 2015, n. 69.

(2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. h), n. 2), L. 6 novembre 2012, n. 190 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. g), n. 2, L. 27 maggio 2015, n. 69.

Cassazione civile , sez. III , 20/12/2018 , n. 32929

Non sussiste violazione del principio del "ne bis in idem", stante la diversità di oggetto e di funzione, tra il giudizio civile introdotto dalla P.A. mediante l'esercizio dell'azione civile in sede penale e quello promosso dal procuratore contabile innanzi alla Corte dei conti per danno erariale, poiché, il primo ha ad oggetto l'accertamento del danno derivante dal reato (nella specie, di **corruzione in atti giudiziari**), con funzione essenzialmente riparatoria e integralmente compensativa finalizzata al conseguimento del pieno ristoro a protezione dell'interesse particolare facente capo alle amministrazioni costitutesi parte civile, mentre il secondo ha ad oggetto l'accertamento dell'inosservanza dei doveri inerenti al rapporto di servizio, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria volta a tutelare l'interesse

generale al buon andamento della P.A. ed al corretto impiego delle risorse pubbliche.

Fonte:

Giustizia Civile Massimario 2019

Cassazione penale , sez. VI , 08/06/2018 , n. 41576

Nel procedimento penale aperto a carico di un magistrato

per **corruzione** in **atti giudiziari**, il Ministero della giustizia può legittimamente costituirsi parte civile in ragione del costo dei mezzi necessari al conseguimento del risarcimento della lesione alla funzione giurisdizionale e, laddove a venire in valutazione sia l'attività del magistrato di coordinamento e riparto degli affari all'interno dell'ufficio, per il danno risentito alla funzionalità dell'ufficio giudiziario.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 26 settembre

cassazione penale , sez. VI , 17/05/2018 , n. 29400

In materia di **corruzione** in **atti giudiziari**, quando la minaccia è finalizzata ad ottenere dal soggetto minacciato sia il compimento di un atto contrario ai suoi doveri d'ufficio, sia l'accettazione di una utilità o della promessa dell'utilità in funzione dell'adozione di tale atto, e, in più, sono ravvisabili nei confronti del soggetto minacciato i presupposti dello stato di necessità, quest'ultimo è sicuramente esente da responsabilità, mentre permane la punibilità dell'autore delle minacce in quanto, pur essendo il delitto ex art. 319 -ter c.p. a concorso necessario, l'art. 54 c.p. prevede espressamente la punibilità del 'minacciante' per il reato commesso dal 'minacciato'.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 28 giugno (nota di: Carmelo Minnella)

Cassazione penale , sez. VI , 28/03/2018 , n. 34549

In tema di **corruzione** in **atti giudiziari**, la qualità di "parte" del processo civile, rilevante ai sensi dell' art.319-ter cod.pen. , non va limitata alle sole parti processuali, dovendo ricomprendere tutti i soggetti nei cui confronti gli **atti** procedurali sono destinati a produrre effetti. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il reato di **corruzione** in **attigiudiziari** posto in essere dal direttore di un istituto di vendite giudiziarie che prometteva la dazione di un'autovettura al giudice dell'esecuzione, a titolo di "ringraziamento" per il compenso maturato per l'IVG a seguito del conferimento dell'incarico di procedere alla vendita e custodia di un'imbarcazione).

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Corte europea diritti dell'uomo , sez. I , 22/02/2018 , n. 65173

Cassazione penale , sez. VI , 13/02/2018 , n. 17523

L'accordo intervenuto tra consulente tecnico d'ufficio e avvocato di controparte al fine della nomina di un consulente tecnico di parte predeterminato, allo scopo ultimo

di far coincidere le due relazioni, non configura il reato di **corruzione** in **atti giudiziari** laddove difetti l'elemento della dazione o promessa di denaro o altra utilità.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 19 aprile

20. I CONFINI APPLICATIVI DELLA CORRUZIONE IN ATTI GIUDIZIARI

Magnini Valentina

Cass. pen. Sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 24349

Sommario: **Considerazioni introduttive - I soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari: la estensione giurisprudenziale della categoria dei "pubblici ufficiali" - La nozione di "atti giudiziari" - La soluzione adottata dalla sentenza in esame: considerazioni critiche**

Considerazioni introduttive

La questione della corretta delimitazione dell'ambito applicativo del delitto di corruzione in atti giudiziari si è posta, negli ultimi anni, alla frequente attenzione della giurisprudenza, la quale, sotto la spinta di esigenze di tutela sostanziale, ha spesso impiegato il paradigma dell'art. 319-ter per la repressione di tutta una serie di ipotesi corruttive, anche molto divergenti tra loro e, come sottolineato dalla recente dottrina ⁽¹⁾, non sempre compatibili con il "tipo criminoso" descritto dalla fattispecie in esame. In altri termini, si assiste ad una tendenza a dilatare i confini di tale ipotesi delittuosa sotto la spinta, da un lato, della crescente diffusione del fenomeno corruttivo, rispetto al quale sorge la necessità di apprestare adeguate risposte repressive, dall'altro dell'assenza di una fattispecie punitiva volta a reprimere anche le corruzioni private, idonee però ad incidere sull'esercizio dei pubblici poteri.

Ebbene, il reato di corruzione in atti giudiziari consiste nella realizzazione dei fatti di cui agli artt. 318 (corruzione impropria) e 319 (corruzione propria) c.p. "per favorire o danneggiare una parte di un procedimento civile o penale o amministrativo".

I problemi che si pongono in merito a tale fattispecie e come conseguenza dell'impiego della tecnica di tipizzazione del rinvio, sono essenzialmente tre, ossia:

- 1) l'individuazione dei soggetti attivi e la questione che, come meglio vedremo, a questa è strettamente collegata, della individuazione degli atti oggetto del *pactum sceleris*, che la rubrica dell'art. 319-ter qualifica come "atti giudiziari";
- 2) la configurabilità, accanto alla corruzione in atti giudiziari "propria", dove il patto corruttivo abbia ad oggetto un atto contrario ai doveri di ufficio, della corruzione in atti giudiziari "impropria", dove oggetto del patto corruttivo sia un atto conforme ai doveri di ufficio. Configurabilità che pare ipotizzabile stante il richiamo, da parte dell'art. 319-ter, anche *all'art. 318 c.p.*, ma che crea tutta una serie di perplessità e dubbi di legittimità costituzionale, con riferimento ai principi di uguaglianza e ragionevolezza. Segnatamente, è stato sottolineato come la norma

punirebbe la corruzione in atti giudiziari "propria" non solo con la medesima sanzione prevista per la corruzione in atti giudiziari "impropria", ma anche con una sanzione superiore rispetto a quella prevista per la corruzione "comune" impropria ⁽²⁾; 3) infine, la configurabilità, con riferimento al rapporto cronologico tra atto e patto, della corruzione in atti giudiziari "sussequente", che si realizzerebbe quando il compenso venga dato o promesso al pubblico ufficiale per remunerare un atto d'ufficio già compiuto. In questa sede, pare opportuno accennare come, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, confermato da una recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione, sia configurabile la corruzione in atti giudiziari anche nella forma "sussequente". E ciò sulla base della interpretazione letterale della fattispecie, costruita attraverso l'indiscriminato richiamo, da parte dell'art. 319-ter, ai fatti previsti dagli *artt. 318 e 319 c.p.* ⁽³⁾. In particolare, secondo questa impostazione, mentre nella corruzione in atti giudiziari "antecedente" il fine di danneggiare o favorire una parte anima il *pactum sceleris*, in quella sussequente tale fine caratterizzerebbe il compimento dell'atto di ufficio, al quale poi segue la remunerazione. La dottrina maggioritaria e parte della giurisprudenza propendono invece per la opposta soluzione, sottolineando come, nel delitto in esame, il *pactum sceleris* si caratterizzi per essere diretto ad un risultato, consistente nel "favorire e danneggiare una parte", da conseguire attraverso l'atto di ufficio, il quale, pertanto, al momento della remunerazione (o della promessa), è ancora da compiere. In questa prospettiva, per affermare la rilevanza di una corruzione in atti giudiziari sussequente, occorrerebbe effettuare una vera e propria "torsione" della norma incriminatrice, introducendo nel suo contesto, accanto al "fine di danneggiare o favorire una parte", anche il fatto di "aver favorito o danneggiato una parte" ⁽⁴⁾.

I soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari: la estensione giurisprudenziale della categoria dei "pubblici ufficiali"

Ciò premesso, in merito al primo problema sopra formulato, cioè a quello dei "soggetti attivi" della corruzione in atti giudiziari, occorre anzitutto considerare come, secondo l'opinione del tutto prevalente, tale delitto possa essere realizzato solo dal "pubblico ufficiale" e non dall'incaricato di pubblico servizio. Infatti, *l'art. 320 c.p.*, che estende all'incaricato di pubblico servizio le pene previste per i delitti di corruzione comune (propria e impropria), non richiama anche il delitto di cui all'art. 319-ter c.p. ⁽⁵⁾ Non manca tuttavia chi ritiene che, viceversa, il soggetto attivo della corruzione in atti giudiziari possa essere anche l'incaricato di pubblico servizio, in quanto l'art. 319-ter, richiamando gli *artt. 318 e 319 c.p.*, richiamerebbe indirettamente anche *l'art. 320 c.p.* ⁽⁶⁾. Ma questa impostazione non sembra conciliarsi con il divieto di analogia in *malam partem*, vigente nel diritto penale.

Detto questo, secondo l'orientamento prevalente, il pubblico ufficiale, definito *dall'art. 357 c.p.*, è colui che, a prescindere da un rapporto di dipendenza con lo Stato o altro ente pubblico (concezione c.d. "oggettiva"), può o deve, nell'ambito di una potestà

regolata da norme di diritto pubblico, formare o manifestare la volontà della pubblica amministrazione, oppure esercitare, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi e certificativi, disgiuntamente e non cumulativamente considerati ⁽⁷⁾.

Muovendo da tale premessa, la nozione di pubblico ufficiale dovrebbe distinguersi nettamente da quella di incaricato di pubblico servizio (che, come abbiamo appena detto, non rientra tra i soggetti attivi del reato in esame) e tale distinzione si fonda sul piano del possesso o meno di determinati requisiti, consistenti nel potere autoritativo, rappresentativo, certificativo o, infine, deliberativo delle decisioni del pubblico potere ⁽⁸⁾.

Ciò nonostante, la distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio assume connotati di incertezza sulla scorta del consistente orientamento giurisprudenziale, che propende per la estensione del novero dei pubblici ufficiali ben oltre i confini delineati dalla dottrina ⁽⁹⁾. In particolare, la giurisprudenza ricorre ad un criterio molto lato per la individuazione di tali soggetti, ossia quello del "concorso alla realizzazione dei fini dell'ente o alla formazione della sua volontà". Tale criterio dà luogo ad una duplice conseguenza, ossia: da un lato, determina il recupero della c.d. "nozione soggettiva", in quanto il potere rappresentativo, dal quale discende la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, viene attribuito a qualunque pubblico impiegato, che, in varia guisa, agisca in nome e per conto dell'ente, impersonandolo anche nei più marginali rapporti ⁽¹⁰⁾; dall'altro lato, dà luogo ad una estensione di detta qualifica anche a privati, che svolgono, pur transitoriamente, mansioni accessorie o di mero ausilio rispetto allo svolgimento di funzioni pubbliche ⁽¹¹⁾; basti pensare che il "potere certificativo", come meglio vedremo, viene attribuito a chiunque abbia la facoltà di "testimoniare" fatti od atti con attestazioni o dichiarazioni munite di una certa idoneità probatoria.

Di fronte a questa tendenza ad estendere, in modo pressoché illimitato, la nozione di pubblico ufficiale, si pone la questione se la corruzione in atti giudiziari, caratterizzata peraltro da una sanzione particolarmente severa, sia realizzabile da tutti i pubblici ufficiali oppure se sia possibile circoscrivere, in qualche modo, l'ambito applicativo della norma solo ad alcuni di essi.

A tale proposito, occorre anzitutto richiamare il dato per il quale la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, come sopra accennato e in conseguenza dell'adozione di un criterio "oggettivo-funzionale", non discende da uno "status" professionale del soggetto agente, ma dal concreto esercizio di una attività pubblicistica ⁽¹²⁾. Ebbene, poiché nella corruzione di cui all'art. 319-ter, come risulta dalla sua rubrica, la suddetta attività si concreta nel compimento di un "atto giudiziario" - che poi costituisce l'oggetto del *pactum sceleris* - la individuazione dei soggetti attivi del delitto in esame non può prescindere da una riflessione sulla portata ed estensione di tale concetto.

La nozione di "atti giudiziari"

In particolare, in merito al concetto di "atti giudiziari", ci si chiede se il *pactum sceleris* debba avere ad oggetto solamente atti di esercizio della funzione giurisdizionale, in senso stretto, oppure se possa ricomprendere qualsiasi atto che, pur non essendo giudiziario, sia idoneo a favorire o a danneggiare una parte in un processo e, dunque, sia "funzionale" allo stesso. E, al riguardo, è possibile enucleare almeno tre diverse soluzioni.

Secondo una prima soluzione, condivisa dalla giurisprudenza recente ⁽¹³⁾ e da parte della dottrina ⁽¹⁴⁾, il *pactum sceleris*, di cui all'art. 319-ter, potrebbe avere ad oggetto non solo gli atti giudiziari in senso stretto, ma anche qualsiasi attività, avente una certa attitudine a favorire o danneggiare una parte di un processo penale, civile o amministrativo.

Sulla base di questa premessa, la giurisprudenza ha affermato la configurabilità del delitto in esame non solo rispetto ai titolari della funzione giurisdizionale (i magistrati) e non solo a soggetti che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria (come nel caso del testimone prezzolato ⁽¹⁵⁾), ma anche con riferimento a soggetti che rivestono la qualifica di pubblico ufficiale, in forza dell'esercizio di una funzione amministrativa. Così come nei recenti casi del direttore di una casa di cura, che, dietro retribuzione, aveva attestato l'incompatibilità tra lo stato di salute di un soggetto e la detenzione carceraria ⁽¹⁶⁾. Peraltro, sulla base di questa impostazione, non si potrebbe negare la configurabilità del delitto in esame a carico di qualunque soggetto che, nello svolgimento di un'attività non afferente alla funzione giurisdizionale, abbia un qualsivoglia potere certificativo e, dunque, un potere di produrre attestazioni o certificazioni che possono essere impiegate nell'ambito processuale, come nel caso, ad esempio, del medico convenzionato con la Asl (al quale la giurisprudenza attribuisce la qualifica di pubblico ufficiale) che, dietro compenso, rilasci ad un paziente un certificato di proroga di giorni di "malattia"; certificato che il paziente intende impiegare in un processo per ottenere il risarcimento dei danni ai sensi *dell'art. 2043 c.c.*

Questa soluzione tuttavia, non si sottrae ad una duplice considerazione critica.

In primo luogo, va infatti considerato come essa sia coerente con l'orientamento che ravvisa l'oggetto di tutela della fattispecie in esame nella correttezza delle decisioni giudiziarie ⁽¹⁷⁾. Infatti, in tutti gli esempi appena prospettati, l'elemento che polarizza il disvalore del fatto non pare tanto il *pactum sceleris*, in sé per sé considerato, quanto la messa in opera di attività, processuali o extra-processuali, che possano, in qualche modo, influire sulla formazione della volontà del giudice. Sennonché, tale orientamento non risulta coerente con la stessa formulazione della fattispecie di corruzione in atti giudiziari, per una duplice ragione. Anzitutto perché, rinviando agli *artt. 318 e 319 c.p.*, l'art. 319-ter, come già osservato, sembra punire, accanto alla corruzione *propria*, anche la corruzione *impropria*, il cui disvalore si incentra non tanto sul fine del patto corruttivo, quanto sul fatto della ricezione o accettazione di somme di danaro o altre utilità da parte del pubblico ufficiale; poi perché la individuazione del bene giuridico nella "correttezza delle decisioni giudiziarie", porterebbe a considerare

la corruzione in atti giudiziari *propria* come reato a dolo specifico di "offesa", nel senso che l'offesa non investirebbe tanto la condotta tipica, cioè il mercimonio della funzione pubblica, ma un elemento intenzionale, ossia il "fine di favorire o arrecare un danno a una parte", con conseguenti problemi di compatibilità con il principio di offensività⁽¹⁸⁾. Senza peraltro considerare che, se il legislatore avesse avuto di mira il bene della correttezza, avrebbe probabilmente qualificato il favore o il danno alla parte, ai quali è finalizzato l'accordo corruttivo, in termini di "ingiustizia"⁽¹⁹⁾. Dunque, pare più coerente con la struttura del delitto di cui all'art. 319- *ter* e la sua collocazione sistematica (tra i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e non tra i reati contro l'amministrazione della giustizia), ritenere che l'obiettivo della tutela dello stesso sia non tanto la correttezza delle decisioni giudiziarie quanto piuttosto la imparzialità, la correttezza e lealtà che devono connotare il metodo proprio della funzione giurisdizionale⁽²⁰⁾. In questa prospettiva, "l'atto giudiziario", oggetto del mercimonio, non può che assumere una valenza più ristretta, venendo a coprire non tutte le attività (anche a carattere amministrativo o, comunque, extra-processuali), che abbiano una qualche idoneità ad influire sulla posizione di una parte nell'ambito di un processo, ma solo quelle esercitate da soggetti che hanno un ruolo "istituzionale" nel contesto della funzione giudiziaria e che, perciò, assumono la posizione di "garanti" del rispetto dei beni della imparzialità, correttezza e lealtà nell'esercizio della stessa. Del resto, solo da questo punto di vista si giustificerebbe la previsione, per il reato in esame, di una sanzione ben più severa rispetto a quella del delitto di corruzione comune.

In secondo luogo e in considerazione di quanto appena considerato, l'adozione della soluzione qui criticata sembrerebbe il risultato di una interpretazione non a carattere estensivo, ma analogico, che si porrebbe dunque in contrasto con il divieto di analogia in *malam partem*. Tale impostazione, infatti, sembra uscire dai confini della norma, la quale viene applicata non solo a fatti che non rientrano nel suo significato linguistico e, dunque, a fatti "diversi" (anche se presentano aspetti di somiglianza), ma altresì a fatti espressivi di un contenuto di disvalore eterogeneo⁽²¹⁾. Con l'irragionevole risultato della applicazione a tali fatti di una sanzione particolarmente severa e superiore a quella prevista per il delitto di corruzione comune. Sanzione che, rispetto a certe ipotesi corruttive, riferibili a persone per così dire "estranee" alla funzione giudiziaria (ad esempio nel caso del medico che rilascia un certificato falso di malattia) pare decisamente sproporzionata.

Proprio sulla base della opzione teleologica - funzionale, che assume, quale oggetto della tutela del reato in esame, la imparzialità e la correttezza nell'esercizio della funzione giudiziaria e la fiducia che i consociati ripongono in essa, parte della dottrina⁽²²⁾ e una parte minoritaria della giurisprudenza⁽²³⁾ propendono per una interpretazione restrittiva degli atti d'ufficio, oggetto del mercimonio. Segnatamente, tali atti devono essere "giudiziari", nel senso che si identificano con provvedimenti giurisdizionali, che promanano da una competente autorità. Da questo punto di vista, i soggetti attivi della corruzione ex art. 319- *ter* potrebbero essere solo i magistrati. A sostegno di tale impostazione, militano, da un lato, la considerazione per la quale nel

novero dei soggetti attivi del delitto in esame potrebbero rientrare solo i pubblici ufficiali e non anche gli incaricati di pubblico servizio (limitazione che altrimenti si perderebbe, in conseguenza della tendenza espansionistica della categoria dei pubblici ufficiali); dall'altro l'autonomia della incriminazione, che, appunto, indicherebbe l'intenzione del legislatore di punire solamente i fatti corruttivi commessi dai titolari della funzione giurisdizionale costituzionalmente rilevante, in quanto dotati di contenuto di disvalore maggiore, rispetto al mercimonio degli altri atti pubblici ⁽²⁴⁾. Questa impostazione è stata oggetto di critica da parte della giurisprudenza, perché pone dei limiti al fuoco punitivo dell'art. 319 *ter*, che non sembrano essere consentiti dal tenore letterale della fattispecie. Peraltro, la giurisprudenza ha più volte affermato il primato del criterio letterale su altri criteri ermeneutici (compreso quello della *mens legis*), il cui impiego sarebbe sussidiario, a causa della loro funzione ausiliaria e secondaria, anche in considerazione dell'ordine nel quale gli stessi sono enunciati *dall'art. 12 delle preleggi*. Di conseguenza, poiché la norma in oggetto risulta formulata mediante un rinvio puro e semplice agli *artt. 318 e 319 c.p.* e tali norme, in modo chiaro, contemplanò le ipotesi corruttive commesse dai "pubblici ufficiali", non sembrerebbe plausibile ricorrere ad altri criteri ermeneutici al fine di restringere tale categoria ⁽²⁵⁾.

Tuttavia, se, da un lato, la limitazione della categoria dei soggetti attivi al solo magistrato pare effettivamente un po' eccessiva - anche in considerazione del fatto che, se il legislatore avesse inteso formulare un reato proprio del magistrato, lo avrebbe probabilmente specificato - dall'altro, innanzi alle osservazioni da ultimo riferite e alla affermazione della preminenza del criterio letterale, si potrebbe replicare come la lettera della norma non appaia del tutto chiara, anche in considerazione della sua "rubrica", che parla inequivocabilmente di corruzione in "attigiudiziari". Peraltro, se, da una parte, la rubrica di una disposizione non ha valore vincolante per l'interprete, d'altra parte, tuttavia, non può neppure essere ignorata, anche alla presenza di altri indici ed elementi che propendono nella stessa direzione.

Sembra dunque preferibile una soluzione intermedia, per la quale l'atto di ufficio, oggetto del mercimonio, deve essere "giudiziario", nel senso che, collocandosi nel contesto della funzione giudiziaria, costituisce un anello della catena, che si conclude con la emanazione del provvedimento finale, attraverso il quale si estrinseca la volontà giudiziaria.

In questa prospettiva, soggetti attivi, della corruzione *ex art. 319-ter*, sarebbero non tutti i pubblici ufficiali, ma solo quelli che, ai sensi *dell'art. 357 c.p.*, acquisiscono tale qualifica in forza dell'esercizio (o della partecipazione all'esercizio) di una "funzione giudiziaria" ⁽²⁶⁾. E, per l'individuazione di tali soggetti, la dottrina fa riferimento, da un lato, al capo I del titolo I del *r.d. 30 gennaio 1941 n. 12*, che individua una serie di soggetti che rientrano nell'"ordinamento giudiziario" (fra i quali tutti i magistrati, anche onorari e il personale delle cancellerie e segreterie), dall'altro ai codici di procedura e altre leggi annesse, per i quali l'atto giudiziario è l'atto di tutti i soggetti che, in base a tali disposizioni, rivestono un ruolo e svolgono delle attività rilevanti in

ambito processuale (ad esempio gli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, i periti, gli interpreti nominati dal giudice) ⁽²⁷⁾ .

Dunque, tale soluzione, escludendo la possibilità di far rientrare nella nozione di "atto giudiziario" le attività di esercizio di una funzione amministrativa, ancorché abbiano una certa idoneità a incidere sulla posizione di una parte nell'ambito di un processo (ad esempio le certificazioni del medico della Asl), restringe il novero dei soggetti attivi solo a quei pubblici ufficiali che, per la posizione rivestita o la funzione svolta in ambito processuale, partecipano alla formazione della volontà giudiziaria, assumendo la posizione di "garanti" del rispetto dei beni della imparzialità e correttezza dell'esercizio di detta funzione e nei confronti dei quali è giustificata l'applicazione della severa sanzione di cui all'art. 319- *ter*.

Con una triplice precisazione: in primo luogo, negli "atti giudiziari" andrebbero ricomprese solo quelle attività, che possano incidere sul metodo, attraverso il quale si perviene alla formazione della volontà giudiziale e che deve essere improntato alla imparzialità e correttezza. Da questo punto di vista, suscita perplessità la configurabilità della corruzione in atti giudiziari in capo al testimone prezzolato, che renda una falsa testimonianza, essendo questa soggetta al libero apprezzamento del giudice, il quale potrebbe anche non tenerne conto nella decisione finale ⁽²⁸⁾ . Ne consegue che la "falsa testimonianza" se, da un lato, non può essere considerata come un evento per così dire patologico, disfunzionale, all'interno del processo, dall'altro non incide sul "metodo" con il quale si perviene alla promanazione dell'atto giurisdizionale, che, nonostante la falsità del testimone, potrebbe sempre considerarsi corretto e imparziale. Ciò pare coerente con l'osservazione per la quale, a differenza del perito, che, pur essendo un privato cittadino, agisce quale *longa manus* del giudice ⁽²⁹⁾ , il testimone non può essere gravato di un dovere di imparzialità e di terzietà, ma solo di un dovere di verità, la cui inosservanza viene punita con la fattispecie ad *hoc* di cui *all'art. 372 c.p.*

In secondo luogo, non tutte le attività svolte da soggetti che rivestono un ruolo istituzionale in ambito processuale possono assumere rilevanza ai sensi dell'art. 319- *ter*. Infatti, alla luce di un criterio oggettivo-funzionale, andrebbe valutato, caso per caso, se tali attività costituiscano esercizio della funzione giudiziaria, poiché concorrono alla formazione della volontà dell'autorità giurisdizionale, ovvero si esauriscano in un'attività di carattere amministrativo ⁽³⁰⁾ . Così, ad esempio, è stato ritenuto che il Presidente del Tribunale, nell'esercizio delle proprie attribuzioni direttive o organizzative, sarebbe qualificabile non come pubblico ufficiale (esercante una funzione giudiziaria), ma come "incaricato di pubblico servizio" ⁽³¹⁾ .

Infine, va considerato che possono assumere rilevanza, ai sensi dell'art. 319- *ter*, solo quelle attività rientranti nella competenza "specifica" del pubblico ufficiale. In particolare, come affermato da parte della giurisprudenza ⁽³²⁾ , restano escluse dall'ambito di applicazione della fattispecie le ipotesi in cui il pubblico ufficiale ponga in essere il suo intervento prezzolato, avvalendosi della sua qualità, dell'autorevolezza e del prestigio, che gli derivano dalla carica ricoperta e, cioè, di una "competenza generica", senza che detto intervento comporti l'attivazione di poteri istituzionali

propri del suo ufficio. Come, ad esempio, nel caso del magistrato che, dietro corrispettivo, esprima pareri o cerchi di influire in qualche modo sull'operato di un collega.

La soluzione adottata dalla sentenza in esame: considerazioni critiche

Il fatto dal quale trae origine la sentenza in esame riguarda due cancellieri, in servizio presso il Tribunale di Salerno, i quali, sulla base di un accordo con alcuni avvocati, si erano adoperati affinché delle azioni esecutive, intentate da questi ultimi contro il Ministero delle finanze per titoli del lotto, che risultavano non pagati (e dei quali gli stessi avvocati avevano fatto incetta liquidando i titolari), venissero assegnate, in violazione dei criteri predeterminati, a giudici onorari compiacenti, allo scopo di far loro approvare in udienza e, dunque, rapidamente e senza alcun controllo sostanziale, i piani di riparto delle somme pignorate. In questo modo, essi ottenevano la liquidazione delle somme indicate nei titoli esecutivi azionati, quali onorari e spese legali, che risultavano eccessive ed esorbitanti rispetto alla causa, sovente con la conseguente ulteriore dichiarazione di incapienza delle somme pignorate, e la possibilità di reiterare il meccanismo, iniziando una nuova procedura esecutiva, (sempre sulla base dello stesso titolo, in cui la sorta capitale era di infimo valore) con ulteriore attribuzione di spese legali in eccesso.

Ebbene, il problema che si è posto all'attenzione della Corte è duplice, ossia: 1) se il cancelliere rientri nel novero dei soggetti attivi del delitto di cui all'art. 319 *ter*; 2) se le attività oggetto del mercimonio - attività che ruotano attorno al procedimento giudiziario - potessero considerarsi "atti giudiziari" e, dunque, rilevanti ai sensi dell'art. 319- *ter*.

Per quanto riguarda la prima questione, la Corte fa leva sia su un criterio "soggettivo", richiamando l'attenzione sulla appartenenza del cancelliere alla struttura dell'ufficio giudiziario, sia su un criterio "oggettivo", sottolineando come lo stesso eserciti dei poteri che sono *funzionali ad un procedimento giudiziario*. E a tale riguardo, il Supremo Collegio richiama la nota sentenza "Mills" delle Sezioni unite, affermando che, se negli atti oggetto del mercimonio rientra la deposizione testimoniale, a maggior ragione può rientrare anche l'atto dell'impiegato di cancelleria. Questo passaggio logico, tuttavia, a nostro modesto avviso, non risulta del tutto condivisibile. Non solo perché, come già visto, pare già di per sé problematica la riconduzione del testimone nel novero dei soggetti attivi del delitto in esame, ma soprattutto perché la Corte non si sofferma ad esaminare se, effettivamente e con riferimento alle attività oggetto del mercimonio, il cancelliere potesse rivestire la qualifica di "pubblico ufficiale", concorrente all'esercizio della funzione giudiziaria.

A tale proposito, va infatti considerato come particolarmente delicata appaia la posizione dei cancellieri del Tribunale o dei segretari delle Procure, i quali - facendo parte dell'ordinamento giudiziario ai sensi dell'art. 4 del citato regio decreto - se, da un lato, sono istituzionalmente adibiti a coadiuvare e, dunque, a contribuire all'esercizio di una funzione giudiziaria, dall'altro, la loro attività, peraltro priva di

poteri autoritativi e deliberativi, risulta estranea al procedimento valutativo proprio del magistrato. A tale proposito, sembra opportuno distinguere tra una attività "certificativa" e una attività meramente impiegatizia o amministrativa. Con riferimento alla prima attività, il cancelliere, potendo rilasciare attestazioni con idoneità probatoria (ad esempio certificando, mediante il timbro di cancelleria, la ricezione di atti e documenti o la data di deposito di sentenze ecc.), potrebbe considerarsi pubblico ufficiale, esercente una funzione giudiziaria e, dunque, possibile soggetto attivo della corruzione in atti giudiziari. Mentre, con riferimento alla seconda tipologia di attività, il cancelliere prezzolato - assumendo la qualifica di incaricato di pubblico servizio - potrà rispondere, eventualmente, di corruzione "comune" o, comunque, di abuso di ufficio.

Passando poi all'esame delle attività concretamente poste in essere, dietro compenso, dai Cancellieri del Tribunale di Salerno, la Corte, mostrando di aderire alla interpretazione estensiva, per la quale sono "atti giudiziari" tutte le attività o comportamenti, che sono idonei ad influire sulla posizione di una parte di un processo, conclude nel senso della corretta valutazione della Corte di merito, che aveva qualificato le condotte dei cancellieri come corruzione in atti giudiziari.

Ebbene, alla luce delle considerazioni e delle perplessità già espresse in ordine alla adozione della soluzione "estensiva", a nostro modesto avviso, prima di concludere nel senso della riconduzione di tali attività negli atti di ufficio, rilevanti ai sensi dell'art. 319-ter, la Corte avrebbe dovuto anzitutto prendere le mosse dalla preliminare distinzione tra le due tipologie di condotte, poste in essere dai cancellieri in questione, in cambio di somme di danaro; e cioè tra le condotte consistenti: a) nella assegnazione dei giudizi a giudici onorari compiacenti, ritardando artatamente l'iscrizione al ruolo dei processi, in modo tale da giungere a rendere disponibile il numero, al quale era abbinato il giudice onorario prescelto e, dunque, aggirando i criteri predeterminati per l'assegnazione dei giudizi; b) nella rappresentazione al giudice designato della compiuta verifica circa la congruità dei titoli esecutivi azionati e la corrispondenza ai parametri tariffari delle competenze legali, in modo tale che il giudice, senza soffermarsi a controllare uno ad uno i titoli esecutivi e a verificare l'attività professionale effettivamente svolta dal legale, approvava velocemente i piani di riparto, firmandoli in udienza.

Circa la prima tipologia di condotte, consistenti nel ritardo nella iscrizione a ruolo dei processi, onde aggirare il meccanismo di assegnazione automatica degli stessi, occorre distinguere a seconda che: 1) il giudice onorario, al quale venivano assegnati i processi, fosse "compiacente", nel senso che era parte del *pactum sceleris*: in questo caso, il cancelliere, correttamente, avrebbe dovuto rispondere di concorso, ai sensi dell'art. 110 c.p., nel reato di cui all'art. 319-ter, posto in essere dall'autorità giudiziaria; 2) il giudice onorario fosse estraneo all'accordo corruttivo. In quest'ultimo caso, occorre chiedersi se la condotta del cancelliere, estranea al procedimento valutativo del magistrato, possa considerarsi "concorrente alla formazione della volontà giudiziaria".

A quest'ultimo proposito, la Corte di cassazione risponde affermativamente, sottolineando come tale condotta, realizzando un inquinamento metodologico nel contesto processuale, aveva compromesso anche il libero ed indipendente esercizio della giurisdizione. Sennonché, questa conclusione lascia aperte alcune perplessità, dal momento in cui la condotta di "ritardo nella iscrizione a ruolo dei processi" nella premessa (non certo scontata) di una estraneità ed imparzialità del giudice designato, non presenta astrattamente una idoneità a influire sulla posizione di una parte all'interno di un processo.

Per quanto concerne la seconda condotta contestata, cioè quella della rappresentazione della congruità dei titoli e delle parcelle al giudice designato, si pone la questione della necessità che "l'atto di ufficio", oggetto del mercimonio, costituisca estrinsecazione dei poteri-doveri inerenti all'ufficio ricoperto e alla funzione in concreto esercitata dal pubblico ufficiale. E, a questo proposito, nella sentenza in commento, la Corte precisa come tale requisito non sia indispensabile, poiché l'attività, oggetto del patto corruttivo, può risolversi "anche in un comportamento materiale rispetto al quale sia individuabile un rapporto di congruità con la posizione istituzionale del soggetto agente e di causalità con la retribuzione indebita". In altre parole, il Supremo Collegio non ritiene indispensabile la sussistenza di una competenza specifica ed esclusiva del pubblico ufficiale, essendo sufficiente una competenza generica, che gli consenta di interferire o comunque influire sull'emanazione dell'atto, che gli derivi dall'appartenenza all'ufficio o dalla funzione di rilievo pubblicistico in concreto esercitata.

Tuttavia, come già illustrato nel precedente paragrafo, questa impostazione non pare condivisibile. Infatti, la previsione della corruzione in atti giudiziari come fattispecie autonoma e decisamente più grave rispetto alla corruzione comune e propria solo dei pubblici ufficiali (e, a nostro avviso, dei soli pubblici ufficiali che esercitano la funzione giudiziaria), sembra militare a favore della impostazione per la quale l'atto del mercimonio deve rientrare nelle competenze specifiche e, dunque, non generiche del pubblico ufficiale e nel contesto delle sue precise responsabilità.

Peraltro, nel momento in cui il cancelliere, dietro compenso, "assicura" al giudice la congruità dei titoli esecutivi azionati e la corrispondenza delle competenze legali ai parametri tariffari, non esercita alcun potere, che possa rientrare nell'esercizio della funzione giudiziaria, ma si avvale della sua posizione per "influenzare" l'opinione del giudice, realizzando, al più ed eventualmente, un abuso di ufficio.

(1) F. Cingari, Ancora sulla corruzione in atti giudiziari, in questa Rivista, 2011, 889 s.

(2) In dottrina, in senso contrario alla configurabilità della corruzione in atti giudiziari "impropria" v., fra gli altri, G. Fiandaca, E. Musco, Diritto penale, parte speciale, I, Milano, 2008, 236; F. Cingari, I delitti di corruzione, in F. Palazzo (a cura di), Delitti contro la pubblica amministrazione, Napoli, 2011, 231. Per detta configurabilità v., invece, M. Romano, I delitti dei pubblici ufficiali

contro la pubblica amministrazione, Milano, 2008, 240 s.; C. Benussi, I delitti contro la pubblica amministrazione, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), Codice penale commentato, Torino, 2006, 2289; P. Amati, Corruzione in atti giudiziari: ecco i paletti, in Dir e giust., 2006, 39. In giurisprudenza v. *Cass., Sez. VI, 9 luglio 2007, n. 35118*, in Cass. pen., 2008, 1838; Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2004, Drassich, in Giust. pen., 2006, II, c. 333.

⁽³⁾ In questo senso, in giurisprudenza: Cass, Sez. Un., 21 aprile 2010, in Cass. pen., 2010, 2995; Id., Sez. VI, 20 giugno 2007, n. 25418, ivi, 2008, 1369; in dottrina: A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, Principi di diritto penale, parte speciale, Milano, 2008, 247.

⁽⁴⁾ In dottrina ex plurimis: C.F. Grosso, Sub artt. 318-322, in T. Padovani (coordinato da), I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Torino, 1996, 207 s.; M. Del Gaudio, voce Corruzione, in Dig. disc. pen., Agg., Torino, 2000, 157 s.; M. Romano, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, cit., 205; R. Rampioni, I delitti di corruzione, Padova, 2008, 220 s.; S. Vinciguerra, I delitti contro la pubblica amministrazione. Casi fonti e studi di diritto penale, Padova, 2008, 228; F. Cingari, I delitti di corruzione, cit., 234. In giurisprudenza *Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435*, in Cass. pen., 2006, 3578.

⁽⁵⁾ C.F. Grosso, Commento all' *art. 6, legge 26 aprile 1990, n. 86*, in Leg. pen., 1990, 297; F. Cingari, I delitti di corruzione, cit., 227.

⁽⁶⁾ In questo senso, per tutti, A. Segreto, G. De Luca, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, 1999, 423.

⁽⁷⁾ Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, in Riv. pen. econ., 1993, 534. Nello stesso senso *Cass., Sez. V, 27 maggio 2005, n. 30856*, Ced. 232023; *Cass., Sez. VI, 11 maggio 2005, n. 28527*, Cass. pen., 2007, 185. In dottrina, di recente, A. Bondi, Nozioni comuni e qualifiche soggettive, in A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 2008, 4 s.; V. Manes, Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione, Torino, 2010, 42 s.; A. Vallini, Le qualifiche soggettive, in F. Palazzo (a cura di), Delitti contro la pubblica amministrazione, cit., 727 s.

⁽⁸⁾ Per tutti v. P. Severino di Benedetto, Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, Dig. disc. pen., X, Torino, 1995, 512.

⁽⁹⁾ Così P. Severino Di Benedetto, Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, cit., 511.

⁽¹⁰⁾ A titolo esemplificativo, la recente giurisprudenza ha affermato la qualità di pubblico ufficiale dell'operatore comunale della viabilità, in quanto ha il potere di elevare contravvenzioni per infrazioni al traffico dei veicoli: *Cass., Sez. V, 21 ottobre 2010, n. 43359*, in Ced Cass., 248782. Tale qualità, inoltre, secondo un consolidato orientamento, viene riconosciuta anche al medico convenzionato con la Asl, in quanto svolge la sua attività mediante poteri pubblicistici di certificazione: per tutte vedasi Cass., Sez. V, 19 gennaio 2011, in Guida dir., 2011, 22, 89.

⁽¹¹⁾ Vedasi, ad esempio, *Cass., Sez. V, 23 giugno 2011, n. 28086*, in Ced Cass., 250405, oppure *Cass., Sez. II, 22 marzo 2011, n. 17109*, in Riv. pen., 2011, 928, che ha

riconosciuto la qualità di pubblico ufficiale in capo ai "tabaccai", con riguardo all'attività di riscossione delle tasse automobilistiche.

(12) Cfr A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, cit., 48, che ha qualificato i delitti contro la pubblica amministrazione come "a struttura inversa", perché la qualifica soggettiva non precederebbe il fatto, ma sarebbe ricavabile da un elemento dello stesso.

(13) *Cass., Sez. V, 26 ottobre 2011, n. 10443*, in Ced Cass., 252000-1; *Cass., Sez. VI, 25 maggio 2009, n. 36323*, in Cass. pen., 2010, 2608; Cass., Sez. I, 26 novembre 2002, n. 2302, in Cass. pen., 2004, 1259.

(14) S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 226.

(15) Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, cit.; *Cass., Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6274*, in questa Rivista, 111 s.; Cass., Sez. I, 26 novembre 2002, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 311. In dottrina, sulla questione, vedasi, tra gli altri, A. Pizzimenti, *La corruzione del falso testimone: profili strutturali e sostanziali di un controverso rapporto tra norme*, in Riv. it. dir. pen. proc., 2006, 311; R. Bartoli, *Falsità ideologica per induzione in atti dispositivi e corruzione in atti giudiziari*, in questa Rivista, 2003, 1132; G. Marra, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra interpretazione letterale e limiti strutturali*, in Giur. merito, 2010, 4, 1057; F. Cingari, *Ancora sulla corruzione in atti giudiziari*, cit., 891.

(16) *Cass., Sez. V, 26 ottobre 2011, n. 10443*, cit.

(17) *Così v. F. Cingari, Ancora sulla corruzione in atti giudiziari*, cit. 892.

(18) Sui profili di compatibilità fra i reati a dolo specifico e il principio di offensività v., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2011, 219; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 320.

(19) Cfr D. Carcano, A. Follieri, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in S. Patti (coordinato da), *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. 12, Milano, 2008, 501.

(20) Per tutti Seminara, *Sub art. 319 ter*, cit., 783.

(21) *Così cfr. F. Cingari, Ancora sulla corruzione in atti giudiziari*, cit., 892. In generale sul divieto di analogia, per tutti, v. F. Palazzo, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato. L'interpretazione e il giurista 2001-2002*, Padova, 2003, 554.

(22) M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2006, 203; R. Rampioni, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008, 240 s.; F. Cingari, *I delitti di corruzione*, cit., 230.

(23) *Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2005, n. 13919*, in Cass. pen., 2006, 6, 2140.

(24) Cfr. F. Cingari, *I delitti di corruzione*, cit., 230.

(25) Cfr. Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, cit. Vedasi altresì la sentenza in commento.

(26) Sostanzialmente in questo senso: D. Carcano, A. Follieri, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, cit., 495.

(27) In ordine alla individuazione dei soggetti che esercitano la "funzione giudiziaria" di cui *all'art. 537, comma 2, c.p.* vedasi A. Vallini, *Le qualifiche soggettive*, cit., 761-762.

(28) Fra gli altri v. G. Marra, La corruzione in atti giudiziari e l'insostenibile incertezza dell'essere, in *Giur. merito*, 2010, 4, 1057 s.

(29) Per la inclusione del "perito" tra i soggetti attivi del delitto in esame vedasi, di recente *Cass., sez. VI, 3 ottobre 2012, n. 38475*, in *Dir.&Giust.*, 4 ottobre, riguardante un medico psichiatra, che, sulla base di un incarico conferito dal GIP presso il Tribunale di Napoli, che, dietro compenso, aveva compilato una certificazione compiacente per far ottenere ad un mafioso gli arresti domiciliari, in luogo della detenzione carceraria.

(30) Sulla questione vedasi V. Plantamura, Le qualifiche soggettive pubblicistiche, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale, parte speciale, II, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 897, il quale sottolinea come gli "esercenti una funzione giudiziaria" sono solo i soggetti che concorrono a formare la volontà giudiziaria e non tutti i soggetti che appartengono formalmente all'ordine giudiziario.

(31) A. Vallini, *Le qualifiche soggettive*, cit., 764.

(32) *Cass., Sez. VI, 20 giugno 2007, n. 25418*, in *Guida dir.*, 2007, 31, 68.

21. Art. 319-quater. Induzione indebita a dare o promettere utilità. (1)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi. (2)

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.

1) Articolo aggiunto dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. g), L. 6 novembre 2012, n. 190 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. f), L. 27 maggio 2015, n. 69.

Cassazione penale, sez. VI, 12/01/2016, n. 6846

Il delitto di **induzione indebita** a dare o promettere utilità, di cui all'**art. 319-quater** c.p. non integra un reato bilaterale, in quanto le condotte del soggetto pubblico che induce e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi diversi, sicché il reato si configura in forma tentata nel caso in cui l'evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente. (Nella specie, la Corte ha qualificato in termini di tentativo un'ipotesi in cui il soggetto passivo aveva sporto querela, in tal modo manifestando la volontà di resistere all'**induzione**).

Fonte:

Cassazione Penale 2016, 10, 3650 NOTA (s.m.) (nota di: FUX)

CED Cassazione penale 2016

Cassazione penale, sez. VI, 22/06/2016, n. 35271

Il delitto di **induzione indebita** a dare o promettere utilità, di cui all'**art. 319-
quater** c.p. non integra un reato bilaterale, in quanto le condotte del soggetto pubblico che induce e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi diversi, sicché il reato si configura in forma tentata nel caso in cui l'evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente. (Nella specie, la Corte ha qualificato in termini di tentativo un'ipotesi in cui il soggetto passivo aveva sporto querela, in tal modo manifestando la volontà di resistere all'**induzione**).

Fonte:

Cassazione Penale 2018, 1, 229

Cassazione Penale 2017, 3, 1123

Cassazione penale, sez. III, 17/05/2016, n. 33049

Non è configurabile il concorso del reato di violenza sessuale commesso mediante costrizione della vittima, previsto dal comma primo dell'**art. 609-bis** c.p., con quello di **induzione indebita**, previsto dall'**art. 319-
quater** c.p., essendo logicamente incompatibile la condotta di "costrizione", di cui alla prima fattispecie, con quella di "**induzione**", prevista nella seconda. (Fattispecie di atti sessuali commessi dal cappellano del carcere con costrizione consistita in condotte repentine di toccamenti dei genitali e sfregamento del pene sul corpo dei detenuti e con abuso di autorità derivante dalla sua posizione).

Fonte:

Cassazione Penale 2017, 3, 1114 (nota di: Rocchi)

CED Cass. pen. 2016

Cassazione penale, sez. II, 19/04/2017, n. 29713

La riqualificazione, operata dalla Corte di appello in sede di giudizio di rinvio, del delitto di concussione di cui all'**art. 317** c.p. in quello di **indebita induzione** previsto dall'**art. 319 quater** c.p., introdotto dalla l. n. 190 del 2012, non fa venir meno il diritto alla restituzione e al risarcimento del danno a favore di colui che, al momento della commissione del fatto, era da considerarsi persona offesa dal reato, dovendosi riconoscere continuità normativa fra le due fattispecie. (In motivazione, la Corte ha, altresì, affermato che, in tema di risarcimento del danno, non è applicabile la disciplina di cui all'**art. 2** c.p., ma quella di cui all'**art. 11** disp. prel. cod. civ., secondo cui agli effetti civili la legge non dispone che per l'avvenire).

Fonte:

CED Cass. pen. 2017

Cassazione penale, sez. VI, 06/10/2016, n. 53436

Il reato di **induzione indebita** a dare o promettere utilità (**art. 319 quater** c.p.), è configurabile anche in presenza di una condotta ingannevole del soggetto investito di qualifica pubblicistica nei confronti del privato, quando essa sia finalizzata alla

falsa rappresentazione non della doverosità della promessa o della dazione (nella quale ipotesi potrebbe configurarsi il reato di truffa), ma a quella dell'esistenza di una situazione costituente il presupposto perché il privato possa convincersi della convenienza per lui di addivenire a detta promessa o dazione. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha escluso che desse luogo alla configurabilità del reato di truffa aggravata anziché di quella del reato di **induzione indebita** a dare o promettere utilità il fatto che il pubblico ufficiale, appartenente alla guardia di Finanza, avesse prospettato al privato l'awenuta rilevazione di una grave infrazione fiscale, in realtà inesistente).

Fonte:

Riv. pen. 2017, 2, 146

Cassazione penale, sez. VI, 06/10/2016, n. 53436

Sussiste il reato di **induzione indebita** a dare o promettere utilità (art. 319 quater c.p.) e non quello di corruzione qualora si sia in presenza di uno squilibrio di posizione tra il soggetto investito di qualifica pubblicistica ed il privato e quest'ultimo, pur senza esservi costretto, si veda quindi indotto ad accedere alla illecita pattuizione prospettagli dal primo in quanto condizionato dal timore che dall'esercizio dei poteri pubblicistici possano derivargli, altrimenti, gravi conseguenze per il proprio patrimonio o per la propria libertà personale.

Fonte:

Riv. pen. 2017, 2, 146

Cassazione penale, sez. VI, 06/10/2016, n. 53436

Sussiste il reato di **induzione indebita** a dare o promettere utilità (art. 319 quater c.p.) e non quello di corruzione qualora si sia in presenza di uno squilibrio di posizione tra il soggetto investito di qualifica pubblicistica ed il privato e quest'ultimo, pur senza esservi costretto, si veda quindi indotto ad accedere alla illecita pattuizione prospettagli dal primo in quanto condizionato dal timore che dall'esercizio dei poteri pubblicistici possano derivargli, altrimenti, gravi conseguenze per il proprio patrimonio o per la propria libertà personale.

Fonte:

Riv. pen. 2017, 2, 146

22- Art. 320. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio.

Le disposizioni degli articoli 318 e 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio. (1)

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore a un terzo.

(1) Il comma che recitava: "Le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche

alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato." è stato così sostituito dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

Cfr. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 28 marzo 2017 n° 15482.

Ufficio Indagini preliminari , La Spezia , 16/11/2018

Non è ravvisabile il reato di omissione o rifiuto di un atto di ufficio se il **pubblico** ufficiale o l' **incaricato** di **pubblico servizio** riceva una richiesta alla quale risponda frasi non vere e incongruenti.(Nel caso di specie, si trattava di un dipendente della Asl che, assolto da un processo penale nel quale veniva accusato di aver parcheggiato l'autovettura esponendo la paletta con la dicitura " polizia giudiziaria" richiedeva poi alla Asl il rimborso delle spese processuali ricevendo delle risposte incongruenti e non vere).

Fonte:

Redazione Giuffrè 2019

Tribunale , S.Maria Capua V. , sez. III , 02/10/2018 , n. 3957

Ai fini dell'integrazione del reato di **corruzione** non ha rilevanza il fatto che il funzionario corrotto resti ignoto, quando non sussistono dubbi in ordine all'effettivo concorso di un **pubblico** ufficiale o di un **incaricato** di **pubblico servizio** nella realizzazione del fatto, non occorrendo che il medesimo sia o meno conosciuto o nominativamente identificato.

Fonte:

Redazione Giuffrè 2019

Cassazione penale , sez. VI , 19/09/2018 , n. 46015

L'evidente condizione di incapacità temporanea del conducente che guida in stato di ebbrezza è irrilevante per escludere il reato di istigazione alla **corruzione** ex art. 322 c.p. a fronte di un'offerta di denaro ai pubblici ufficiali in **servizio** diretta a impedire la quantificazione del grado alcolico del conducente stesso.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 12 ottobre

Cassazione penale , sez. VI , 03/10/2017 , n. 49524

In tema di **corruzione**, la dazione di regali (nella specie buoni pasto o benzina) correlati alla **definizione** di una pratica amministrativa, cui è interessato il privato, non può essere definita quale regalia "d'uso" idonea a legittimarne, ove sia anche di modico valore, la relativa accettazione da parte del dipendente **pubblico**, ai sensi del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 e del precedente d.m. 28 novembre 2000.

Fonte:

Cassazione penale , sez. VI , 25/02/2013 , n. 13048

Il delitto di **corruzione** può ritenersi consumato quando fra le parti sia stato raggiunto anche solo un accordo di massima sulla ricompensa da versare in cambio dell'atto o del comportamento del **pubblico** agente, anche se restino da definire ancora dettagli sulla concreta fattibilità dell'accordo e sulla precisa determinazione del prezzo da pagarsi. (Fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto consumato il delitto di **corruzione** in atti giudiziari in un caso in cui un avvocato aveva sollecitato l'intervento della polizia, dopo aver già concordato con un giudice di pace il pagamento di una somma di denaro per due sentenze da emettere in procedimenti civili, anche se successivamente per una delle due decisioni si era deciso di rinunciare ad eseguire l'accordo già raggiunto).

Fonte:

Cassazione Penale 2014, 3, 941

CED Cassazione penale 2013

Cassazione penale, sez. VI, 16/10/1998, n. 12990

Rientra nella fattispecie della **corruzione** per un atto di ufficio (art. 318 c.p.) il comportamento dell'**incaricato di pubblico servizio** che, svolgendo compiti preparatori nella procedura di **definizione** dei rapporti tra privati proponenti e l'ente di appartenenza, percepisca elevate somme di denaro per "agevolare e velocizzare" la conclusione di contratti di compravendita di immobili. In siffatta ipotesi le dazioni di denaro non sono correlate ad atti contrari ai doveri di ufficio, non essendo ravvisabile alcuna violazione delle regole "interne" poste a presidio dello svolgimento del **servizio pubblico**; al contrario, è riscontrabile la violazione del principio di imparzialità che, connotandosi, soprattutto, come "dovere esterno", è posto a garanzia di favoritismi o da deviazioni per tornaconto personale da parte dell'agente: di detto principio di imparzialità l'accettazione della indebita "retribuzione" costituisce senz'altro un vulnus, ancorché quest'ultima sia riferita a un atto legittimo. (Nella specie si trattava di dipendenti del Fondo pensioni della Cariplo. La Corte, pur affermando il suesposto principio, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, non rivestendo gli agen...

Fonte:

Cass. pen. 1999, 3130 (s.m)

23. Art. 321. Pene per il corruttore.

Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'articolo 319, nell'articolo 319-bis, nell'art. 319-ter, e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità.

Art. 322. Istigazione alla corruzione.

Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo. (1)

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

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. (2)

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.

(1) Il comma che recitava: "Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo." è stato così modificato dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Il comma che recitava: "La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 318." è stato così modificato dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

24. IL GIOCO INFINITO: LA RIFORMA DEL REATO DI CORRUZIONE TRA PRIVATI

di Sergio Seminara^(*)

c.c. art. 2635

c.c. art. 2635-bis

c.c. art. 2635-ter

D.Lgs. 15-03-2017, n. 38, epigrafe

Dec. 22-07-2003, n. 2003/568/GAI, epigrafe

Il reato di corruzione tra privati, introdotto nel 2002, ha costituito oggetto di un'incisiva riforma nel 2012 e ora di nuovo viene sostanzialmente modificato, inducendo così l'idea di un "gioco" del nostro legislatore, il cui fine consiste nel rinviare, attraverso modeste e progressive concessioni, il pieno adempimento dei

vincoli sovranazionali. Il presente lavoro analizza la disciplina della corruzione tra privati (artt. 2635-2635 *ter* c.c.) introdotta dal **D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38**, anche alla luce degli obblighi di natura comunitaria e internazionale.

Sommario: **Premessa - L'evoluzione storica del problema - La nuova rubrica del titolo XI, libro V, c.c. - Il nuovo art. 2635: i soggetti - La condotta - Le modalità della condotta - L'istigazione alla corruzione tra privati - Gli ulteriori elementi di fattispecie - La violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà - Gli interessi tutelati e la perseguibilità a querela - I modelli di incriminazione - Il trattamento sanzionatorio delle persone fisiche e giuridiche - Conclusioni**

Premessa

Il reato di corruzione tra privati, nonostante la breve vita, ha avuto una storia decisamente travagliata. Dopo la sua introduzione con il **D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61**, l'art. 2635 c.c. è stato infatti radicalmente innovato dalla **L. 6 novembre 2012, n. 190**; quindi il **D.Lgs. 29 ottobre 2016, n. 202**, ha aggiunto un ultimo comma in tema di confisca; infine, il **D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 38**, ha proceduto alla sostanziale riforma che ci accingiamo a commentare.

Verrebbe da supporre che queste continue modifiche siano state dettate da esigenze della prassi o da corrispondenti mutamenti del quadro normativo comunitario e internazionale: nulla di tutto questo, poiché - ponendo da parte il **D.Lgs. n. 202 del 2016**, che ha dato attuazione alla **Dir. 2014/42/UE del 3 aprile 2014** - la norma è stata fin dall'inizio confezionata proprio al fine di paralizzarne l'applicazione in sede giudiziaria e i testi di riferimento restano sempre la Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, e la decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003⁽¹⁾. Semplicemente, le modifiche di cui si parla discendono dalla resistenza opposta dallo Stato italiano al pieno adempimento degli obblighi di fonte sovranazionale e dalla conseguente necessità di cedere progressivamente dinanzi alle pressioni esterne e, da ultimo, alla minaccia di una procedura di infrazione.

Anche la riforma appena varata si iscrive pertanto nel "gioco" di un legislatore perseverante nel fingere di conformarsi a impegni che non intende realmente assecondare⁽²⁾; questa volta, però, la sostanziale elusione dei vincoli è avvenuta attraverso una serie di prescrizioni destinate a ripercuotersi negativamente nell'ordinamento interno.

L'evoluzione storica del problema

Tutto cominciò, si diceva, con il **D.Lgs. n. 61 del 2002**, che introdusse l'art. 2635 come risposta a forti sollecitazioni internazionali che avevano trovato espressione, tra l'altro, negli artt. 7 e 8 della citata Convenzione del Consiglio d'Europa⁽³⁾.

Come è noto, l'Italia aveva contestualmente sottoscritto tale Convenzione, rinviando però il momento della sua ratifica ed esecuzione, avvenute solo con la **L. 28 giugno 2012, n. 110**. Rispetto all'incriminazione della corruzione privata, tuttavia, a distanza di un anno dall'entrata in vigore dell'art. 2635 era stata emanata la decisione quadro n. 2003/568/GAI, che - abrogando la precedente **Azione comune 98/742/GAI del 22**

dicembre 1998 sulla corruzione nel settore privato - nell'art. 2⁽⁴⁾ riprendeva con poche variazioni⁽⁵⁾ il testo degli artt. 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa. A questo punto il nostro Paese si trovava sotto il peso di due distinti obblighi di adempimento, uno prorogabile attraverso il ritardo nel deposito dello strumento di ratifica, l'altro assistito dal vincolante termine massimo del 22 luglio 2005 (*ex art.* 9.1. della Decisione quadro).

Quanto alla Convenzione del Consiglio d'Europa, l'art. 24 demandava al GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione) la verifica della sua attuazione da parte degli Stati aderenti; dopo un primo ciclo di valutazione avviato nel 2000 e un secondo svoltosi nel 2003, a partire dal 2007 aveva inizio il terzo ciclo, consistente in un accertamento sull'implementazione della Convenzione negli ordinamenti interni. Rispetto all'Italia, che aveva aderito al GRECO il 30 giugno 2007, dopo un primo rapporto di generale valutazione sui temi congiunti del primo e del secondo ciclo, adottato nella 43^a riunione plenaria del 29 giugno-2 luglio 2009, il successivo rapporto approvato dalla 54^a adunanza plenaria, svoltasi il 20-23 marzo 2012, conteneva tra l'altro un'articolata serie di rilievi sulle discordanze tra l'art. 2635 e gli artt. 7 e 8 della Convenzione⁽⁶⁾.

Sulla scorta di tali censure la **L. n. 190 del 2012** provvedeva a riformulare l'art. 2635, ma invero si trattava - come subito osservato da un'unanime dottrina⁽⁷⁾ e poi ribadito dal GRECO⁽⁸⁾ - di una riforma sostanzialmente elusiva delle raccomandazioni trasmesse al nostro Paese. Vero è pure, tuttavia, che il 13 giugno 2013 la Rappresentanza permanente dell'Italia presso il Consiglio d'Europa aveva allegato allo strumento di ratifica della Convenzione una serie di riserve: in riferimento all'art. 2635 si dichiarava espressamente "il diritto di non prevedere come reato le condotte descritte negli articoli 7 e 8 della Convenzione, salvo che esse siano realizzate nel corso dell'attività di una società commerciale al fine di compiere od omettere un atto con violazione dei doveri e causando danno alla società".

Il riparo così offerto all'inadempimento da parte italiana della Convenzione del Consiglio d'Europa non poteva però ovviamente operare sul versante della citata Decisione quadro. Le prime avvisaglie si erano manifestate nella relazione 18 giugno 2007 della Commissione al Consiglio [COM/2007/0328 def.], ove la Commissione si dichiarava "preoccupata per il fatto che il recepimento da parte degli Stati membri della decisione quadro del Consiglio in esame sia ancora agli inizi"; nella successiva relazione 6 giugno 2011 della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio [COM (2011) 309 definitivo] il quadro generale non risultava mutato e, definendosi il suo stato "insoddisfacente", punto per punto venivano sottolineate le inadempienze dei vari Paesi dell'Unione. Ancora più preciso e incalzante era però l'Allegato 12 della relazione al Consiglio e al Parlamento europeo del 3 febbraio 2014 [COM(2014) 38 final]: "L'Italia non ha ancora recepito pienamente la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato. La corruzione tra privati non è disciplinata dal codice penale ma da disposizioni di diritto penale previste dal codice civile. La legge anticorruzione n. 190/2012 modifica queste disposizioni, dando una nuova definizione di corruzione tra

privati e prevedendo nuove sanzioni, ma non affronta tutte le carenze connesse alla portata del reato di corruzione nel settore privato e al regime sanzionatorio. Le nuove disposizioni non definiscono in modo abbastanza ampio le cariche dirigenziali che possono mettere in gioco la responsabilità dell'impresa per reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza. Il regime sanzionatorio applicabile alle persone giuridiche non sembra essere sufficientemente dissuasivo. Le attuali disposizioni sulla corruzione tra privati sono quindi troppo limitate e restringono il campo di applicazione alle categorie di dirigenti del settore privato cui il reato è imputabile. I procedimenti sono peraltro su querela della persona offesa e non *ex officio*, salvo se deriva una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi".

Sulla base di questi rilievi, il 18 dicembre 2015 la Commissione europea avviava la procedura EU-Pilot n. 8175/15/HOME per omessa comunicazione, da parte dell'Italia, delle misure nazionali di recepimento della decisione quadro 2003/568/GAI; il nostro Stato veniva così contestualmente invitato a provvedere entro quattro settimane, con l'avvertenza che, in assenza di una comunicazione di integrale recepimento, avrebbe potuto essere avviata una procedura di infrazione *ex art. 258* del Trattato sul funzionamento dell'UE.

Nel marzo 2016 giungeva la risposta italiana, che riconosceva la non piena conformità della normativa interna rispetto agli artt. 2 e 5 (rispettivamente concernenti la responsabilità delle persone fisiche e giuridiche) della Decisione quadro. Di lì a poco, allo scopo di evitare la procedura di infrazione, la **L. 12 agosto 2016, n. 170**, all'art. 19, avrebbe dato delega al Governo per l'attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI e il resto è storia di oggi⁽⁹⁾.

La nuova rubrica del titolo XI, libro V, c.c.

La trasmigrazione nel codice penale della fattispecie sulla corruzione privata sarebbe stata giustificata da esigenze di conformità non solo ai testi pattizi e comunitari⁽¹⁰⁾, ma anche alle scelte operate dagli altri legislatori europei, sebbene con significative differenze in ordine alla collocazione della norma. Vero è pure, tuttavia, che una volta stabilito di procedere con la legge di delegazione europea 2015, piuttosto che con un autonomo intervento mirato allo scopo, l'art. 32, **L. 24 dicembre 2012, n. 234**, non concedeva spazi al legislatore delegante, imponendogli di attuare la Decisione quadro all'interno dell'art. 2635⁽¹¹⁾.

Si comprende dunque che la prima modifica apportata dal **D.Lgs. n. 38 del 2017** concerne la denominazione del titolo XI, libro V, c.c., che da "Disposizioni penali in materia di società e di consorzi" è passata a "Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati".

È difficile esprimersi in ordine a tale innovazione. In suo favore si potrebbe osservare che già i consorzi compaiono nella rubrica del titolo XI pur essendo espressamente richiamati all'interno solo dell'art. 2630, allo stesso modo degli "altri enti privati" che riguardano esclusivamente l'art. 2635. Due differenti ragioni inducono però a dubitare dell'opportunità della riforma.

La prima è che da tempo (per l'esattezza dal 1975, quando tra i reati societari comparvero le prime sanzioni amministrative in sostituzione dell'ammenda) la denominazione del titolo XI reclamava l'accostamento alle disposizioni penali degli illeciti amministrativi: sotto questo profilo, l'occasione è andata sprecata e la denominazione del titolo XI continua a risultare incongrua. La seconda ragione è che le nozioni di società commerciali (v. art. 2249) e consorzi (art. 2612) sono sufficientemente chiare, anche grazie a una consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁽¹²⁾; assai incerta appare invece l'espressione "altri enti privati", che nel suo "atecnicismo" supera in ampiezza il rinvio, *ex art. 1, comma 2, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, "agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica"⁽¹³⁾ e risulta potenzialmente applicabile a un insieme eterogeneo di soggetti carenti di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale o, come si esprime la relazione del Governo allo schema di d.lg. ora emanato, a "qualsiasi soggetto giuridico collettivo di natura privata"⁽¹⁴⁾.

Soprattutto, però, la modifica in esame non convince perché riferita a una norma irrimediabilmente estranea al titolo XI, libro V, c.c. alla stregua degli atti internazionali e comunitari: come affermato nel par. 54 del Rapporto esplicativo della Convenzione del Consiglio d'Europa, infatti, "l'espressione «entità del settore privato» designa le società, le imprese, le fondazioni e altre entità il cui capitale è detenuto interamente o in misura determinante da privati. Ovviamente, viene qui in rilievo un'ampia serie di entità e, in particolare, quelle che praticano «attività commerciali». Può trattarsi di società ma anche di enti privi di personalità giuridica. Ai fini della disposizione in esame, il termine «entità» va inteso in modo tale che, nel contesto in oggetto, esso si estenda pure alle persone fisiche".

Il nuovo art. 2635: i soggetti

In riferimento ai soggetti attivi, le novità si registrano solo sul fronte degli "intranei", tipizzati nel comma 1 dell'art. 2635. Gli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari, sindaci e liquidatori ora sono infatti quelli operanti in "società o enti privati" e ad essi è equiparato "chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti" prima menzionati (ovvero - come afferma l'art. 2635 *bis* comma 1 - "chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive"). Resta invece invariata la previsione del comma 2, concernente "chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma".

La modifica in esame dovrebbe allineare l'art. 2635 all'art. 2 della Decisione quadro, ma il bersaglio risulta mancato nonostante il problema sia assai semplice.

L'art. 2.1. lett. a) della Decisione quadro parla di "persona (...) che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato", allo stesso modo in cui gli artt. 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa menzionano la "persona che dirige un ente privato o che vi lavora". Cosa si intenda con tali espressioni è presto detto, ove solo si consideri il già citato par. 54 del Rapporto esplicativo della Convenzione: "si tratta di una nozione assai ampia, da

intendere in modo generale; invero, in essa rientra non solo la relazione tra datore di lavoro e impiegato, ma anche ulteriori tipi di rapporti, ad esempio tra i soci, tra l'avvocato e il suo cliente e altri ancora nei quali non ricorre un contratto di lavoro. Nelle imprese private, la nozione in esame deve comprendere non solo i salariati, ma anche i dirigenti a ogni livello, ivi inclusi i membri del consiglio di amministrazione ma non gli azionisti. Allo stesso modo essa si estende a coloro che non hanno lo *status* di impiegato o che non prestano stabilmente la loro opera per l'impresa - ad esempio consulenti, agenti commerciali ecc. -, ma che possono nondimeno impegnare la responsabilità di essa".

A fronte di una siffatta definizione, è evidente lo scarto operato dal nostro art. 2635 comma 1, che rimane ancorato alla realtà societaria poiché, salvo che per l'amministratore, le qualifiche di direttore generale, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, sindaco e liquidatore afferiscono tutte al mondo delle società commerciali; allo stesso modo, l'espressione "chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo" sembra proiettata verso una dilatazione della figura del direttore generale, mantenendosi comunque nell'ambito di una struttura organizzata in senso gerarchico e con ripartizione di ruoli tipici, definiti nel codice civile in riferimento alle società commerciali. In sostanza, rispetto all'espressione "persona (...) che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato" (*ex* art. 2.1. lett. a della Decisione quadro), il comma 1 novellato si limita ad ampliare il concetto di dirigente, mantenendosi però all'interno della previgente conformazione della fattispecie come reato societario⁽¹⁵⁾.

È possibile che l'alternativa figura di chi lavora per l'ente trovi spazio nell'invariato comma 2 dell'art. 2635, ove è prevista una cornice di pena dimezzata "se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma"? Invero, al fine di rendere la fattispecie conforme alle prescrizioni sovranazionali, fin troppo semplice sarebbe stato sostituire la formula riportata con l'espressione "se il fatto è commesso da chi svolge funzioni lavorative di qualsiasi tipo per conto dell'ente". Al contrario, il requisito del rapporto di direzione o vigilanza esclude i professionisti esterni che operano per conto o nell'interesse di un'entità privata senza il vincolo di subordinazione dal quale discende l'altrui direzione o vigilanza⁽¹⁶⁾. Anche sotto questo profilo emerge dunque la distanza tra il reato di corruzione privata disegnato dalla Decisione quadro e l'art. 2635, consegnato a una dimensione endosocietaria.

Restando sul tema dei soggetti attivi, l'art. 2635 ora specifica che essi possono agire, sia sul versante attivo che su quello passivo, anche per interposta persona. Tale precisazione potrebbe essere intesa come un atto di omaggio alla corrispondente formulazione dell'art. 2.1. della Decisione quadro, pur nella sua inutilità agli effetti pratici; a ben vedere, tuttavia, l'inciso si rivela tecnicamente corretto, in quanto dilata il concetto di autore oltre l'esecuzione della condotta tipica, fino ad attingere il criterio del dominio del fatto⁽¹⁷⁾.

La condotta

Nel testo previgente dell'art. 2635, la condotta consisteva nel compimento o nell'omissione di atti in violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà a seguito della dazione o promessa di denaro o di altra utilità e nella conseguente produzione di un documento alla società. In sostanza, era tipizzata una corruzione propria antecedente che comprendeva l'esecuzione dell'atto pattuito e a condizione che quest'ultimo fosse di pregiudizio per l'ente.

Nella nuova formulazione, il compimento o l'omissione dell'atto costituisce invece solo il termine finalistico della sollecitazione, offerta, dazione o promessa ("per compiere o per omettere") e risulta soppresso il requisito del danno per la società. Ferma restando la non punibilità della corruzione susseguente⁽¹⁸⁾, è dunque venuto meno l'evento e, sul piano strutturale, l'art. 2635 prevede un reato di mera condotta.

La modifica, se per un verso vale a rimuovere dalla fattispecie una tra le note più vistose di difformità rispetto ai testi sovranazionali⁽¹⁹⁾, per altro verso suscita forti perplessità alla luce del regime di procedibilità a querela stabilito dal comma 5. Prima di esaminare questo profilo, si impongono però alla nostra attenzione le innovazioni in ordine alle modalità della condotta.

Le modalità della condotta

Prima della riforma, l'art. 2635 tipizzava esclusivamente le condotte di dazione e promessa, così mutuando l'archetipo rappresentato, nel nostro ordinamento, dagli artt. 318 e 319 c.p. A seguito del d.lg. n. 38 del 2017, le condotte oggi integranti la corruzione sono, sul versante passivo, la sollecitazione, la ricezione e l'accettazione della promessa di denaro o altra utilità e, sul versante attivo, l'offerta, la promessa e la dazione di denaro o altra utilità: così infatti prescrivono gli artt. 7 e 8 della Convenzione e l'art. 2.1. della Decisione quadro. È da ritenere, tuttavia, che i redattori della norma non abbiano inteso il significato della modifica.

A questo proposito è necessario compiere un passo indietro. Nella nostra tradizione, il reato di corruzione di cui agli artt. 318 ss. c.p. è inteso in senso bilaterale: il privato e il pubblico agente sono autori di condotte speculari, che si integrano reciprocamente in modo tale da non potersi l'una configurare in assenza dell'altra. A fondamento di questa concezione depone la tipizzazione degli artt. 318 e 319 in rapporto all'art. 321: il fatto di corruzione è interamente descritto dai primi, mentre l'art. 321 si limita a estendere al privato la cornice di pena prevista per il pubblico agente. Al di là della tecnica normativa, il dato di maggiore significato ai fini della bilateralità del reato emerge comunque sul piano strutturale, giacché la consumazione si lega all'accordo delle parti, espresso dalla ricezione dell'utilità o dall'accettazione della relativa promessa: ciò che appunto evidenzia la necessità di una convergenza delle due condotte all'interno di una vicenda unitaria. Nella medesima direzione, infine, orienta la previsione dell'art. 322 c.p., che sanziona un tentativo unilaterale altrimenti destinato a restare impunito all'interno di un reato bilaterale. Breve: la disciplina normativa della corruzione pubblica gravita sul concorso necessario del privato e del pubblico agente e corruzione attiva e passiva costituiscono solo modalità di partecipazione ad un unico reato, nel quale la promessa o la dazione del privato deve trovare corrispondenza nell'accettazione del pubblico agente. Va da sé che, nella

prospettiva delineata, l'offerta del privato e la sollecitazione del pubblico agente, ove non seguite dall'accettazione della controparte, non possono integrare il tentativo di un reato bilaterale, la cui configurabilità richiede atti idonei e univoci di entrambi i partecipanti necessari, che giungano almeno alla fase di una trattativa non sfociata nell'illecito accordo⁽²⁰⁾.

Quanto detto vale però per l'Italia. All'estero, invece, risulta prevalente una tipizzazione della corruzione pubblica ove il fatto del pubblico agente è descritto come la richiesta o accettazione di doni o promesse e il fatto del privato è corrispondentemente riferito all'offerta, alla dazione o alla promessa di denaro o altra utilità. Questa costruzione del reato implica che la sua consumazione si lega all'illecito accordo tra le parti nel caso di dazione e accettazione, ovvero all'unilaterale iniziativa di una di esse nel caso di richiesta e di offerta. A sua volta, la possibilità di ravvisare una corruzione passiva o attiva fondata sulla richiesta o sull'offerta implica l'autonomia dei rispettivi reati e dunque la loro configurazione anche monosoggettiva. Così è, ad esempio, negli artt. 432-11 e 433-1 del codice penale francese⁽²¹⁾, nei parr. 331-334 del codice penale tedesco⁽²²⁾, negli artt. 419-421 e 424 del codice penale spagnolo⁽²³⁾.

La distanza tra questa concezione e quella accolta nel nostro ordinamento emerge sul versante dell'elemento psicologico - per la configurabilità del reato rileva il dolo del singolo agente, indipendentemente dal dolo della controparte⁽²⁴⁾ -, ma soprattutto sul terreno della consumazione, nel senso che l'offerta e la sollecitazione integrano la corruzione e non ne costituiscono solo la forma tentata⁽²⁵⁾.

Pur nell'impossibilità di approfondire il problema, è certamente vero che nella nozione di corruzione ora riferita va ravvisata una violenza esercitata sulla nostra tradizione giuridica e sull'etimo del concetto, mentre in riferimento agli interessi tutelati emerge una difficilmente ammissibile equiparazione tra il pericolo rappresentato dall'accordo illecito e il pericolo costituito dall'istigazione a tale accordo. Quel che più conta, però, è che il modello di corruzione in esame sta alla base delle normative sancite nella Convenzione del Consiglio d'Europa e nella Decisione quadro⁽²⁶⁾ e che esso è stato recepito dall'art. 2635, al cui interno si rinviene quindi una nozione di corruzione nettamente diversa da quella accolta dagli artt. 318 e 319 c.p. e caratterizzata dall'abbandono della costruzione bilaterale del reato in favore di una sua declinazione in senso monosoggettivo.

Anche senza indugiare sul paradosso di una tipizzazione della corruzione privata diversa e più rigorosa in confronto alla corruzione pubblica⁽²⁷⁾, il nuovo art. 2635 bis dimostra però che il legislatore italiano non ha compreso le implicazioni di tale modifica.

L'istigazione alla corruzione tra privati

L'art. 2635 bis, rubricato come "Istigazione alla corruzione tra privati", è frutto di un duplice infortunio.

Tutto nasce, ancora una volta, dalla Decisione quadro, il cui art. 3 ("Istigazione e favoreggiamento") stabilisce: "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a fare sì che l'istigazione ai tipi di condotta di cui all'articolo 2 e il loro favoreggiamento

siano puniti come reato". Così però afferma la versione italiana del testo, poiché nelle altre lingue il c.d. favoreggiamento è tradotto come "aiding and abetting", "Beihilfe", "complicité" o "complicidad".

D'altra parte, a sgomberare il campo da ogni equivoco la già menzionata relazione della Commissione europea 6 giugno 2011 aveva affermato nel par. 2.2. (si riporta il testo inglese a causa dell'erroneità di quello italiano) che tale norma "focuses on secondary participation in corruption through instigation, aiding and abetting. It does not address attempted offences", specificando nella nota 3: "Questo perché la definizione di corruzione attiva e passiva contempla anche illeciti quali 'promettere', 'offrire' e 'richiedere' o 'accettare la promessa di' e non solo 'concedere' e 'ricevere'". In sostanza, l'art. 3 della Decisione quadro intende semplicemente evidenziare la necessità di sottoporre alla responsabilità concorsuale l'istigazione e l'agevolazione alla corruzione attiva e passiva; non può dunque sorprendere che, nella citata relazione della Commissione europea, l'art. 3 sia considerato la sola disposizione rispettata da tutti gli Stati membri⁽²⁸⁾.

Un antico principio di saggezza suggerisce di evitare le norme inutili: a conferma della validità del principio, il legislatore italiano è stato indotto da quell'art. 3 a prevedere una specifica previsione per l'istigazione e ha così sommato all'errore della traduzione italiana⁽²⁹⁾ un ulteriore errore sul significato della disciplina comunitaria.

Ignorando infatti che l'istigazione di cui all'art. 3 è riferita a condotte di concorso all'altrui corruzione attiva e passiva, laddove invece le istigazioni dell'intraneo nei confronti dell'estraneo e viceversa sono già tipizzate dall'art. 2635 come sollecitazione od offerta, i redattori del **D.Lgs. n. 38 del 2017** hanno inserito nell'art. 2635 bis il singolare precetto che, in caso di mancata accettazione dell'offerta o promessa, ovvero della sollecitazione, le pene sono ridotte di un terzo. In perfetto parallelismo con i delitti di corruzione pubblica, l'art. 2635 bis prevede così un'ipotesi attenuata di istigazione alla corruzione, assistita dalla medesima riduzione sanzionatoria stabilita dall'art. 322 c.p.

In riferimento alla corruzione privata, si tratta però di un grossolano fraintendimento. Già la Commissione europea, nel passo prima riferito, aveva rilevato che l'istigazione non comprende i tentativi di reato, poiché le condotte di offerta e di sollecitazione consumano autonomamente i delitti di corruzione attiva e passiva; nel medesimo senso si era poi espresso il Greco nella 64^a riunione plenaria, del 16-20 giugno 2014, che al punto 23 aveva criticato il previgente art. 2635, osservando che "il fatto di «offrire» e di «sollecitare» un vantaggio non è espressamente tipizzato (a questo proposito, l'incriminazione dell'offerta come tentativo di corruzione non è sufficiente)".

A fronte di tutto questo, appare chiaro che l'art. 2635 bis si diparte dall'idea di una corruzione come reato bilaterale, il cui tentativo unilaterale beneficia di una pena attenuata. Qui non è in gioco la strenua difesa, da parte del legislatore italiano, della nostra tradizione storica e, magari, di principi di ragione che si oppongono all'equiparazione di condotte tendenti all'illecito accordo e di altre consistenti invece

nell'accordo; piuttosto, proprio sul piano della razionalità, si tratterebbe di spiegare come una stessa condotta di offerta o di sollecitazione sia in grado di consumare il delitto *ex art. 2635* ma, laddove essa non sia accolta (cioè in un momento successivo alla già avvenuta consumazione del reato), il fatto - si ripete: già consumato - possa degradare alla "istigazione" *ex art. 2635 bis*.

Né è da trascurare un ulteriore, grottesco effetto ingenerato dalla norma, la cui operatività viene limitata solo all'istigazione commessa da o nei confronti dei soggetti indicati nel comma 1 dell'art. 2635. È ipotizzabile che il legislatore abbia così ritenuto di escludere la punibilità del tentativo unilaterale commesso da o nei confronti dei sottoposti alla direzione o vigilanza di cui all'art. 2635, comma 2: il risultato, tuttavia, è che rispetto a essi la sollecitazione e l'offerta valgono a consumare il rispettivo reato, in assenza dell'attenuazione della pena nel caso in cui non sortiscano effetto.

Gli ulteriori elementi di fattispecie

L'art. 2635 esordisce con la clausola "salvo che il fatto costituisca più grave reato". Nel testo previgente, tale sussidiarietà aveva sollevato forti dubbi⁽³⁰⁾; ora che la fattispecie di corruzione tra privati è costruita come reato di condotta, ove l'atto è tipizzato solo in chiave finalistica, quella clausola risulta assolutamente inutile, giacché il rapporto tra l'art. 2635 e gli artt. 318 ss. e 353 c.p. e 28, **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39**⁽³¹⁾, si risolve alla luce del principio non di sussidiarietà ma di specialità.

Sui soggetti attivi ci siamo già soffermati in precedenza, sicché possiamo passare all'analisi della condotta.

Assumendo la maggiore gravità della corruzione pubblica rispetto a quella privata, gli esiti interpretativi raggiunti per gli artt. 318 ss. c.p. vanno intesi come un limite insuperabile ai fini dell'esegesi dell'art. 2635. Ne discende che la nozione di promessa allude a ogni tipo di impegno sufficientemente individuato e suscettibile di attuazione; che la sollecitazione e l'offerta fondano la propria rilevanza sulla loro serietà e idoneità; che nella promessa o dazione va ricercato un coefficiente di adeguatezza rispetto all'atto da compiere o da omettere⁽³²⁾; che l'atto oggetto della condotta deve essere individuato o almeno individuabile nel genere; che la nozione di "altra utilità" va intesa nel senso più ampio, patrimoniale o non patrimoniale (comprensiva quindi, per ricorrere all'esemplificazione ormai tradizionale della corruzione pubblica, delle prestazioni sessuali: così impone di ritenere l'art. 2.1. della Decisione quadro, che parla di "vantaggio di qualsiasi natura").

Il denaro o l'altra utilità, nel caso della corruzione attiva, devono costituire oggetto di offerta, promessa o dazione "alle persone indicate nel primo e nel secondo comma": così si esprime l'art. 2635 comma 3, che in tal modo ripete la formulazione dell'art. 321 c.p. ma al tempo stesso "tradisce" l'art. 2.1. lett. a) della Decisione quadro, che invece prescrive che l'offerta, la promessa o la dazione sia effettuata nei confronti di una tra le persone ivi menzionate "per essa stessa o per un terzo". Per quanto non si riesca a comprendere l'ostinazione del legislatore nazionale a non cedere, su questo punto, alle normative sovranazionali, non sembra comunque che da tale divergenza possano derivare conseguenze di rilievo, essendo pacifica nel nostro sistema la

configurabilità dell'art. 321 nel caso di dazione o promessa effettuata in favore di un terzo o anche rivolta direttamente a un terzo, quando intervenga il consenso del pubblico agente⁽³³⁾.

Il testo novellato dell'art. 2635 puntualizza inoltre - in conformità all'art. 2.1. della Decisione quadro - che il denaro o l'altra utilità debbano essere "non dovuti". E a questo punto cominciano a emergere i problemi più delicati.

Nella nostra disciplina della corruzione pubblica, la natura indebita della ricezione o dell'accettazione della promessa risulta prescritta solo dall'art. 318 e, in forza di una consolidata interpretazione, sussiste quando - sulla base delle norme di legge o di regolamento che disciplinano l'ufficio e, in subordine, della prassi e della consuetudine - il pubblico agente non abbia né il diritto, né il dovere, né la facoltà di accettare, sia nell'*an* che nel *quantum*. Per contro, il requisito dell'indebito non compare nell'art. 319, essendo stato ritenuto superfluo a causa della proiezione della dazione o promessa verso un atto contrario ai doveri di ufficio. Considerando che l'art. 2635 concerne solo atti da compiersi o da omettere in violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà, l'espressa esigenza che il denaro o l'utilità siano "non dovuti" dovrebbe dunque costituire un'inutile precisazione. Ma, come vedremo nel paragrafo successivo, non è detto che sia così.

Proseguendo nell'analisi degli elementi di fattispecie, l'elemento soggettivo è il dolo. Riproponendo qui una controversia maturata nel nostro sistema a proposito della corruzione pubblica, è incerto però se il dolo sia generico o specifico: sulla base di un'opinione prevalente dovrebbe trattarsi di un dolo specifico⁽³⁴⁾ ma, alla luce della pacifica irrilevanza della riserva mentale dell'intraneo di non compiere od omettere l'atto, appare più corretta la soluzione che ravvisa il dolo specifico solo in capo all'estraneo, per l'intraneo ritenendo sufficiente la rappresentazione del finalismo della sollecitazione, dazione o promessa⁽³⁵⁾.

Il reato si consuma, rispetto all'intraneo, con la sollecitazione o con l'accettazione della dazione o promessa e, rispetto all'estraneo, con l'offerta, promessa o dazione. È necessario che la sollecitazione e l'offerta giungano a conoscenza della controparte; il tentativo di esse - che integrerebbe il pericolo di un pericolo - non è punibile.

La violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà

La specificità della corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio non risiede nell'indebita accettazione di denaro o altra utilità poiché, se così fosse, sul versante pubblicistico verrebbe meno ogni differenza tra gli artt. 318 e 319 c.p. Al contrario, la corruzione propria rinviene il proprio elemento qualificante nella contrarietà dell'atto ai doveri di ufficio e nel medesimo paradigma sembra iscriversi pure l'art. 2635, che lega la "violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà" non al fatto della sollecitazione o ricezione della dazione o promessa, ma all'atto da compiere od omettere.

Nell'art. 319 c.p., invero, i doveri di ufficio sono ricavabili da leggi, regolamenti, istruzioni od ordini diretti a concretizzare i principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, sicché la configurabilità

della corruzione propria si lega alla proiezione dell'atto sulla lesione di tali interessi. Analogamente, rispetto alla corruzione privata, l'art. 1 della Decisione quadro definisce come "«violazione di un dovere» ciò che è inteso come tale ai sensi del diritto nazionale. La nozione di violazione di un dovere nel diritto nazionale comune copre almeno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito dell'attività di una «persona» che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato".

Corruzione propria e corruzione privata sembrano dunque destinate a operare sul medesimo piano. Il problema, tuttavia, insorge su un duplice fronte: da un lato si tratta di verificare se, come nell'art. 319 c.p., anche nell'art. 2635 la contrarietà dell'atto ai doveri di ufficio possa essere svincolata dall'indebita retribuzione di esso e proiettata sui suoi potenziali effetti lesivi; dall'altro lato, deve essere precisata la natura e la consistenza di tali effetti lesivi.

Ora, per quanto riguarda il contenuto dell'atto da compiere o da omettere, l'assunto che gli obblighi inerenti all'ufficio di cui all'art. 2635 consistono in prescrizioni di legge e, in linea subordinata, di discipline statutarie, deontologiche e disciplinari, comunque rilevanti a livello contrattuale⁽³⁶⁾, rinvia a una prospettiva interna al rapporto tra la società e il soggetto attivo intraneo, la cui proiezione su un evento di danno o di pericolo appare riconducibile solo al generale divieto di cagionare pregiudizio agli interessi del datore di lavoro o del mandante.

Questa dimensione privatistica viene avvalorata dalla menzione, nell'art. 2635, degli obblighi di fedeltà, che per loro natura evocano il dovere del c.d. agente di curare esclusivamente l'interesse del c.d. principale⁽³⁷⁾. Conviene avvertire subito che una concezione della corruzione privata come lesione di un dovere di fedeltà appare troppo generica per risultare traducibile sul piano penalistico dell'offensività; né, allo scopo di conferire una valenza giuridica agli "obblighi di fedeltà", può farsi ricorso all'art. 2105 c.c., il cui deficit di determinatezza è evidenziato da un contenuto oscillante tra i divieti di concorrenza e riservatezza, ivi espressamente sanciti a carico del prestatore di lavoro, e l'espansione giurisprudenziale registratasi all'insegna dei principi di lealtà, correttezza e buona fede. Ne discende che, nell'interpretazione dell'art. 2635, gli obblighi di fedeltà sono destinati a confluire all'interno degli obblighi inerenti all'ufficio⁽³⁸⁾; al tempo stesso, tuttavia, la loro menzione dimostra la centralità rivestita, all'interno del reato di corruzione privata, dal rapporto tra l'agente e il principale.

Nella prospettiva ora delineata, l'inquadramento dei doveri di ufficio a livello contrattuale implica che la loro violazione deve manifestare una potenzialità lesiva nei confronti della società; considerando ulteriormente che, oltre il generale divieto di recare pregiudizio agli interessi del principale, la specificazione di tali doveri avviene mediante regole di condotta, tra esse può assumere rilievo la proibizione di accettare retribuzioni non dovute da parte di terzi. Da qui una rigida alternativa: ammettendo che la retribuzione ad opera di estranei integri una violazione dei doveri di ufficio, il reato di corruzione privata è configurato ogni volta che la dazione o promessa sia

correlata al compimento o all'omissione di un atto, con la conseguente sovrapposizione di corruzione propria e impropria, ovvero è ulteriormente necessaria la contrarietà dell'atto ai doveri di ufficio, la cui lesività va riferita agli interessi del principale.

Inevitabilmente, a questo punto la questione si sposta sugli interessi tutelati dal reato di corruzione privata.

Gli interessi tutelati e la perseguibilità a querela

Il par. 55 del Rapporto esplicativo della Convenzione del Consiglio d'Europa, dopo avere rilevato l'esistenza di un obbligo generale di lealtà dell'impiegato, dell'agente di commercio, dell'avvocato nei confronti del superiore gerarchico o del mandante, consistente nel divieto di agire in danno dei suoi interessi, così afferma: "il concetto di «violazione dei doveri» può essere legato all'idea del «segreto», cioè all'accettazione di vantaggi all'insaputa del datore di lavoro o del mandante, senza avere richiesto od ottenuto la sua autorizzazione o approvazione. Più che il vantaggio, al centro dell'illecito si pone la sua clandestinità. Questo comportamento clandestino minaccia gli interessi dell'entità privata e lo rende pericoloso". Negli intendimenti dei redattori della Convenzione, il reato gravita dunque su una tutela anticipata degli interessi economici del principale e la violazione dei doveri risiede nella retribuzione non consentita o autorizzata: nessun danno è richiesto per il titolare del bene protetto e nessun accenno compare in riferimento alla concorrenza.

Rispetto a questo modello "lealistico" di corruzione privata, destinato ad esaurirsi all'interno del rapporto privatistico tra principale e agente, la decisione quadro 2003/568/GAI opera una netta virata in favore di un modello "pubblicistico" di incriminazione⁽³⁹⁾: come si dichiara nel 9° *considerando*, "gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo Stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico".

Il deciso spostamento degli assetti di tutela non si risolve però nel definitivo ripudio del modello "lealistico", poiché l'art. 2.3. della Decisione quadro ammette (*rectius*, ammetteva) una limitazione della punibilità "alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali". Tale riconoscimento della duplice dimensione offensiva della corruzione privata - e dunque della lesività del fenomeno anche in ambiti estranei alla concorrenza - è poi venuto meno quando la norma appena citata, come si osserverà tra poco, ha perduto validità: l'obbligo per gli Stati membri di procedere a un'indiscriminata repressione della corruzione privata sottende una visione del reato all'insegna di una totalizzante accezione "pubblicistica", incentrata sulla tutela della libertà di concorrenza e sul corretto funzionamento del sistema economico. In questa prospettiva, la corruzione privata è - deve essere, perché così afferma la Decisione quadro - un fatto offensivo dei beni ora menzionati. Donde l'ulteriore conseguenza

che, mentre l'art. 2.3. della Decisione quadro evocava la distorsione della concorrenza nel contesto di un reato di danno o almeno di pericolo concreto⁽⁴⁰⁾, l'indifferenziata punibilità della corruzione privata e la sua proiezione sulla tutela della concorrenza ora orientano la ricostruzione della fattispecie nel senso del pericolo astratto se non, addirittura, presunto.

V'è però ancora un punto sul quale occorre richiamare l'attenzione: nella Decisione quadro, autore della corruzione passiva è colui che, svolgendo funzioni direttive o lavorative per conto di un'entità del settore privato, agisce in violazione di un dovere inerente alla propria attività. In altre parole, il bene della concorrenza - si ripete: in relazione alla corruzione passiva - è tutelato rispetto alle condotte poste in essere dal mandatario, ma non riguarda il mandante per l'ovvia ragione che ogni utilità da lui richiesta od ottenuta rientra in un fisiologico esercizio commerciale o di impresa ovvero nella libertà di gestione dei propri affari. Ne deriva che, anche nel modello "pubblicistico", il bene della concorrenza non riceve una protezione assoluta e incondizionata, essendo essa al contrario subordinata allo *status* dell'agente e ai suoi doveri di ufficio; ne discende ulteriormente l'insussistenza del reato di corruzione passiva quando il c.d. principale abbia autorizzato o consentito l'accettazione dell'utilità da parte dell'agente⁽⁴¹⁾, o addirittura ne abbia fatto oggetto di istigazione o agevolazione in un contesto concorsuale. In altre parole, la dimensione pubblicistica della tutela trova un limite nella necessaria violazione del rapporto "lealistico".

Torniamo al nostro art. 2635 che, nella sua prima apparizione nel codice civile, risultava costruito su un evento di danno per la società e perseguibile a querela di quest'ultima. A seguito delle riferite censure mosse dal GRECO nel marzo 2012, la [L. n. 190 del 2012](#) aveva modificato l'ultimo comma dell'art. 2635 mantenendo la perseguibilità a querela della persona offesa, "salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi".

Come subito rilevato dall'unanime dottrina, si trattava di un *escamotage* diretto a mitigare la difformità della norma dalle prescrizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa senza però nulla mutare nella sostanza, poiché la persistente esigenza di un nocumento per la società precludeva comunque qualsiasi apertura della fattispecie verso interessi pubblici legati alla tutela della concorrenza o del mercato.

Ma non solo. Quella clausola legata alla distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi per un verso riprendeva solo parzialmente il testo del già citato art. 2.3. della Decisione quadro, giacché formulata in chiave di evento trascurando la mera idoneità della condotta, per altro verso giungeva fuori tempo massimo. L'art. 2.4. stabiliva infatti che "le dichiarazioni di cui al paragrafo 3 sono comunicate al Consiglio all'atto dell'adozione della presente decisione quadro e sono valide per cinque anni a decorrere dal 22 luglio 2005"⁽⁴²⁾ e la Commissione europea, nella relazione 6 giugno 2011, aveva chiarito che "le dichiarazioni erano valide fino a giugno 2010. Poiché il Consiglio non ha deciso di prorogarne la validità, la

Commissione suppone che non siano più valide e, pertanto, gli Stati membri che hanno presentato tali dichiarazioni dovranno modificare la loro legislazione nazionale".

Il quadro normativo era dunque chiaro prima della [L. n. 190 del 2012](#) e la rinnovata inadempienza del nostro legislatore, con il [D.Lgs. n. 38 del 2017](#), assume il valore univoco di una ferma opposizione al recepimento della Decisione quadro.

Fermiamoci un momento. Nella prospettiva comunitaria, si è già detto che la corruzione privata è intesa come fatto astrattamente offensivo della concorrenza, con un assorbimento del modello "lealístico" in quello "pubblicistico", sì che il primo ne costituisce un limite interno ma perde rilevanza sul piano dell'offensività esterna. In altre parole, ci troviamo dinanzi a un reato del quale si postula la dimensione lesiva di un bene sovraindividuale, ma la cui offesa è filtrata dalla violazione degli obblighi di ufficio nei confronti del c.d. principale: come possa conciliarsi tale sovrapposizione di interessi eterogenei, è difficile spiegare.

Sotto il profilo in esame, la soluzione italiana di prevedere la procedibilità a querela, "salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi", potrebbe dunque essere intesa nel senso della restituzione di uno spazio operativo al modello "lealístico" e del conferimento di una dimensione realmente offensiva al modello "pubblicistico".

Anche senza soffermarci sulla conseguente parificazione sanzionatoria di situazioni lesive di beni profondamente diversi, il problema è, tuttavia, che l'art. 2635 contiene una fattispecie non solo nettamente diversa da quella comunitaria, ma fonte di rilevanti difficoltà applicative.

La prima questione concerne la perseguibilità a querela: come prima della riforma la persona offesa si identificava nella società destinataria del documento, l'adozione del modello "lealístico" - malgrado la soppressione dell'evento di danno - mantiene l'attribuzione del diritto di querela alla società o all'ente privato. In una prospettiva di protezione del patrimonio, congiunta alla sussidiarietà del diritto penale in confronto agli strumenti disciplinari e civilistici, non è tuttavia agevole l'individuazione di un'offesa, meritevole di pena, legata semplicemente alla richiesta o all'accettazione di promesse o utilità non dovute e sganciata dalla lesione della sfera economica del c.d. principale: l'adozione del modello "lealístico" sancita dalla perseguibilità a querela si risolve dunque in un eccesso di tutela penale rispetto al rango del bene protetto, alla quale peraltro corrisponde, il più delle volte, una carenza di interesse alla perseguibilità del fatto da parte del titolare del bene⁽⁴³⁾. L'allontanamento dell'art. 2635 dal paradigma comunitario, sotto questo profilo, finisce con il disvelare il problematico fondamento dell'incriminazione in esame.

Solo di sfuggita va pure rilevato come, per ragioni di coerenza, il legislatore abbia mantenuto la perseguibilità a querela per il reato *ex art. 2635 bis*, allo scopo di evitare il paradosso, già noto proprio alla legislazione penale societaria⁽⁴⁴⁾, di un trattamento più benevolo per il reato consumato che per quello tentato; nondimeno, qui appare ancora più ardua la ricerca di una dimensione offensiva del fatto.

Un ulteriore profilo critico va ravvisato nell'espressione "salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza". A differenza del modello comunitario, ove la concorrenza costituisce l'inespresso oggetto di tutela in un reato sempre perseguibile di ufficio, l'art. 2635 sembra esigere l'accertamento di un evento causalmente legato alla condotta corruttiva: se davvero la formula normativa dovesse così intendersi, ne discenderebbe una radicale riduzione operativa della fattispecie, poiché ben difficilmente quell'evento può legarsi all'offerta o alla sollecitazione, alla promessa o alla dazione dell'utilità, piuttosto richiedendo il compimento dell'atto in violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà. Ma non basta: alla stregua di quali parametri si stabilisce la distorsione della concorrenza? La tesi che postula un evento concreto, eziologicamente legato alla condotta, si infrange dinanzi alla discrezionalità nella selezione delle grandezze di scala del relativo accertamento, in senso territoriale ma pure rispetto al tipo e al settore di mercato. D'altra parte, se anche volesse escludersi la punibilità nel caso più elementare, costituito dall'assenza di concorrenti nella vicenda specifica, sarebbe possibile ribattere che essa si spiega proprio alla luce della funzione dissuasiva esercitata sui potenziali interessati dalla conoscenza di accordi corruttivi stretti dall'agente o mandatario.

Al fine di evitare una così incerta indagine sulla verifica della distorsione della concorrenza, va rilevato come quest'ultima non rappresenti uno stato di fatto o un fenomeno suscettibile di riscontro empirico, ponendosi piuttosto come una qualità del mercato legata alle condizioni di accesso; in riferimento alla norma previgente, si era così ritenuto che la distorsione della concorrenza va intesa come un pericolo astratto, connesso alla corruzione in atti aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi⁽⁴⁵⁾. In senso contrario a questa interpretazione ora sta però l'art. 2635 *bis*, ove la perseguibilità a querela non conosce la variante della distorsione della concorrenza: nella necessità di supporre che essa non sia stata prevista alla luce della natura tentata del fatto ivi sanzionato, si deve ritenere che, nella valutazione del legislatore, la distorsione della concorrenza rappresenti un effettivo evento di danno.

La conclusione è che l'istituto della querela rispetto al modello "lealistico" e l'evento della distorsione della concorrenza in rapporto al modello "pubblicistico" operano congiuntamente nel senso di amputare le potenzialità applicative della fattispecie.

I modelli di incriminazione

È opportuna una breve digressione. La duplicazione della corruzione privata, intesa come fattispecie lesiva sia della concorrenza che degli interessi del "principale", nel contesto comunitario non rappresenta una peculiarità esclusiva dell'ordinamento italiano, essendo accolta pure, sebbene in forma diversa, nei sistemi tedesco e portoghese.

In particolare, in seguito alle modifiche apportate dalla **L. 20 novembre 2015** il par. 299 c.p. tedesco rispettivamente prevede la corruzione attiva e passiva diretta a distorcere la concorrenza relativamente all'acquisizione di beni e servizi (n. 1 dei commi 1 e 2) e la corruzione attiva e passiva avvenuta con violazione dei doveri nei confronti dell'imprenditore, e senza il suo preventivo consenso, in riferimento

all'acquisizione di beni o servizi (n. 2 dei commi 1 e 2). In relazione a entrambi i casi, il par. 301 prevede la perseguibilità a querela, salvo che il pubblico ministero ravvisi i presupposti della procedibilità di ufficio in presenza di uno specifico pubblico interesse⁽⁴⁶⁾.

Un modello alternativo è offerto dal sistema portoghese, ove gli artt. 8 e 9, L. 21 aprile 2008, n. 20/2008, riformati dalla L. 22 aprile 2015, n. 30/2015, prevedono nel comma 1 la fattispecie della corruzione privata, attiva e passiva, e nel comma 2 una fattispecie aggravata se il fatto è idoneo a causare una distorsione della concorrenza o un pregiudizio patrimoniale per terzi, stabilendosi per entrambe la perseguibilità di ufficio⁽⁴⁷⁾.

Come si vede, rispetto alla fattispecie nostrana e al paradigma comunitario le variabili sono rappresentate dalla distinta tipizzazione delle condotte corruttive rientranti nel modello "lealistico" e in quello "pubblicistico", dal regime di procedibilità e dal trattamento sanzionatorio. È da ritenere però che neppure i modelli ora riferiti si sottraggano a perplessità.

La disciplina tedesca prevede infatti una perseguibilità a querela che contrasta con la Decisione quadro, quella portoghese costruisce la lesione della concorrenza come causa di aggravamento della pena rispetto a una fattispecie base legata al modello c.d. lealistico⁽⁴⁸⁾, così entrando in crisi quando il c.d. agente sollecita o riceve una dazione o promessa per il compimento di un atto distorsivo sì della concorrenza, ma assolutamente equivalente, negli effetti, a quello alternativo rimesso alla sua scelta e pertanto non lesivo degli interessi del c.d. principale.

Il trattamento sanzionatorio delle persone fisiche e giuridiche

L'art. 2635 stabilisce la reclusione da uno a tre anni per i soggetti indicati nel comma 1 e, nel comma 2, la reclusione fino a un anno e sei mesi per i sottoposti alla loro direzione o vigilanza; tali pene, aggiunge l'invariato comma 4, sono raddoppiate se il fatto della corruzione passiva avviene in società quotate o ad esse assimilate. Considerando che l'art. 4.2. della Decisione quadro richiede che le condotte di cui all'art. 2 "siano passibili di pene privative della libertà di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni", non insorgono dunque motivi di difformità.

La distinzione, agli effetti sanzionatori, tra i commi 1 e 2 parrebbe dimostrare una specularità tra la corruzione privata e la corruzione pubblica, anch'essa differenziata nella pena sulla base della qualifica dell'intraneo come pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio. Rispetto all'art. 2635, tale gradazione acquisisce un significato all'interno del modello "lealistico", alla luce dei diversi obblighi di ufficio e di fedeltà gravanti sugli apicali e sui sottoposti, mentre perde fondamento nell'ambito del modello pubblicistico⁽⁴⁹⁾.

Restando sul tema della responsabilità delle persone fisiche, se dell'art. 2635 *bis* si è già detto abbastanza, conviene spendere qualche parola sull'art. 2635 *ter* che, nei confronti delle persone già condannate in base all'art. 2635 comma 1 o 2635 *bis* comma 2, in caso di nuova condanna in base all'art. 2635 comma 1 stabilisce l'obbligatoria

applicazione della pena accessoria di cui all'art. 32 *bis* c.p. (interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese).

La previsione di questa pena trova origine nell'art. 4.3. della Decisione quadro: "Ciascuno Stato membro adotta, in conformità con i propri principi e norme costituzionali, le misure necessarie per assicurare che, qualora una persona fisica collegata a una determinata attività commerciale abbia ricevuto una condanna per le condotte di cui all'articolo 2, essa sia temporaneamente interdetta, se del caso e perlomeno qualora occupasse una posizione dirigenziale in una società nell'ambito dell'azienda interessata, dall'esercizio di detta specifica attività commerciale o altra comparabile, in una posizione e in una capacità simili, se i fatti accertati danno motivo di ritenere che vi sia un chiaro rischio di abuso di posizione o abuso d'ufficio per corruzione attiva o passiva".

A fronte di questa prescrizione, la cui operatività da un lato copre la corruzione sia attiva che passiva (in esse includendo le condotte qualificate dall'art. 2635 *bis* come istigazione), dall'altro lato risulta vincolata almeno ai soggetti apicali e a una valutazione di concreta pericolosità soggettiva, l'art. 2635 *ter* restringe la pena accessoria (in base all'art. 37 c.p., di durata eguale a quella della pena principale) alla corruzione passiva dei soggetti apicali (ma anche dei loro concorrenti atipici e intermediari), ponendo come unico requisito una precedente condanna in base all'art. 2635, comma 1 o 2635 *bis*, comma 2⁽⁵⁰⁾.

È arduo convenire sul fondamento di una pena accessoria riservata ai corrotti e non ai corruttori, se non all'interno di un'esasperazione del c.d. modello lealistico comunque difforme dalla Decisione quadro. Ma, alzando lo sguardo, emergono ulteriori perplessità sulla disinvoltura di un legislatore che, come già avvenuto con la riforma degli artt. 2621-2622, interviene sulla disciplina di singoli reati societari senza avvedersi delle disomogeneità che ne conseguono rispetto agli altri e della necessità di un generale intervento riformistico.

Un ultimo rilievo va fatto in tema di confisca. Sul punto, il comma 6 dell'art. 2635 è stato emendato nel senso di legare la misura della confisca per equivalente al valore delle utilità non solo date o promesse, ma anche offerte. Tale prescrizione - che si accosta all'art. 2641, relativo alla confisca del prodotto o del profitto per tutti i reati societari - supera ampiamente i confini della confisca in tema di corruzione pubblica, legata al prezzo o al profitto del reato; un consolidato orientamento giurisprudenziale, muovendo dall'equiparazione tra prezzo e profitto e dal rilievo che la confisca per equivalente è subordinata all'impossibilità di una confisca diretta, limita infatti la misura ablatoria ai soli vantaggi materialmente conseguiti o comunque individuabili⁽⁵¹⁾. Sotto questo profilo, non è agevole scorgere la ragione della maggiore afflittività della confisca *ex* art. 2635 comma 6 rispetto a quella prevista dall'art. 322 *ter* c.p.

Spostando l'attenzione sulla responsabilità delle persone giuridiche, l'esigenza di un intervento del nostro legislatore concerneva non i presupposti della responsabilità stessa - stabiliti dall'art. 5 della Decisione quadro in conformità ai requisiti generali

degli artt. 5-7, **D.Lgs. n. 231 del 2001** -, quanto piuttosto la natura e l'estensione delle sanzioni irrogabili, che l'art. 6 della Decisione quadro richiede siano "effettive, proporzionate e dissuasive" e comprendano sanzioni pecuniarie "ed eventualmente altre sanzioni" di tipo interdittivo. A questo scopo, l'art. 25 *ter*, lett. *s bis*), mantiene la previgente sanzione pecuniaria da 200 a 400 quote per l'istigazione alla corruzione attiva, portandola invece da un minimo di 400 a un massimo di 600 quote per la corruzione attiva e ulteriormente prevedendo l'applicabilità delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2⁽⁵²⁾.

Il problema qui è costituito non solo dalla maggiore gravità della sanzione pecuniaria prevista in relazione alla corruzione privata rispetto alla corruzione pubblica (*ex art. 25, comma 2, D.Lgs. n. 231*), ma anche dalla perdurante limitazione della responsabilità dell'ente al reato di corruzione attiva. Nella sua previgente formulazione, la lett. *s bis* dell'art. 25 *ter* richiamava esclusivamente il comma 3 dell'art. 2635 in quanto la norma era imperniata su un evento costituito dal documento per la società, che a sua volta escludeva rilievo alla corruzione passiva come reato presupposto della responsabilità dell'ente. Nella versione attuale, malgrado la scomparsa nell'art. 2635 dell'evento di danno, la lett. *s bis*) dell'art. 25 *ter* continua a menzionare solo l'art. 2635 comma 3, cui viene accostata l'istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 2635 *bis* comma 1⁽⁵³⁾; il mantenimento della perseguibilità a querela, inoltre, in base all'art. 37, **D.Lgs. n. 231 del 2001** opera anche ai fini della responsabilità dell'ente.

In sostanza, dovrebbe ritenersi che l'art. 25 *ter*, lett. *s bis*), rispetto all'ente per cui lavora il corrotto si muove in una prospettiva "iper-lealistica" che, come esclude la responsabilità del c.d. principale in quanto persona fisica, così nega una responsabilità dell'ente anche quando dalla corruzione gli sia derivato un beneficio; d'altra parte, la previsione di una responsabilità dell'ente in relazione al reato di corruzione attiva prescinde dal vantaggio o danno arrecato all'ente presso cui opera il corrotto e dunque aderisce al modello "pubblicistico". Pur nella sua vaghezza e forse contraddittorietà, tale soluzione si converte in un ulteriore motivo di difformità rispetto all'art. 5 della Decisione quadro, che richiama senza distinzioni i reati di cui agli artt. 2 e 3.

Conclusioni

Il "gioco infinito" dell'implementazione nel nostro ordinamento del reato di corruzione privata, così come tipizzato nella Convenzione del Consiglio d'Europa e nella Decisione quadro, potrebbe rivendicare qualche buona ragione nell'oscurità dell'interesse tutelato, che ambigualmente si dibatte tra gli interessi del c.d. principale e quelli della libera concorrenza, proiettandosi verso una presunzione di pericolo per quest'ultima⁽⁵⁴⁾. Invero, come già registrato a proposito dei reati di riciclaggio e autoriciclaggio - altra materia privilegiata di interesse comunitario -⁽⁵⁵⁾, induce gravi perplessità una politica criminale sovranazionale caratterizzata da una così vistosa sfasatura tra le ragioni addotte per giustificare l'incriminazione e la nebulosità degli interessi protetti, dalla quale deriva uno svuotamento della nozione di bene giuridico. È però arduo credere che le motivazioni della tenace opposizione all'introduzione nell'ordinamento giuridico di un reato di corruzione privata conforme ai vincoli

comunitari siano ascrivibili alle ragioni teoriche appena riferite e non piuttosto all'interesse delle società commerciali a evitare indagini di ufficio su casi di corruzione avvenuti al loro interno. Né, ovviamente, può attribuirsi consistenza al rilievo che il mantenimento dell'art. 2635 in ambito endosocietario costringe a un suo allineamento all'art. 2634, parimenti punibile a querela, al fine di evitare un'incomprensibile disparità di trattamento rispetto all'infedeltà patrimoniale.

A conclusione dell'indagine ci sembra peraltro opportuno un rapido cenno alla disciplina prospettica della corruzione privata - quale essa presto o tardi dovrebbe derivare dalla "capitolazione" del legislatore italiano dinanzi alla Decisione quadro - e della corruzione pubblica, con particolare riferimento a due profili.

Il primo, di carattere tecnico, riguarda la costruzione bilaterale del reato, che attualmente - come prima osservato - nel settore della corruzione pubblica vede l'Italia in una posizione minoritaria, a fronte di una concezione fondata sull'autonomia della corruzione attiva e passiva e sulla loro estensione alle condotte di sollecitazione e di offerta. L'adozione di tale modello all'interno dell'art. 2635, sebbene con le circonvoluzioni operate dall'art. 2635 bis, dovrebbe imporre una riflessione sistematica.

Il secondo profilo concerne invece proprio il senso della distinzione tra corruzione pubblica e privata, che il nostro ordinamento giuridico continua a ignorare attraverso un'insostenibile estensione della figura dell'incaricato di un pubblico servizio, al fine di consentire agli artt. 318 e 319 c.p. di occupare spazi propri della corruzione tra privati.

Già nel 1999, al fine di giustificare la repressione della corruzione privata, il par. 52 del Rapporto esplicativo alla Convenzione del Consiglio d'Europa osservava: "L'incriminazione della corruzione privata è stata ritenuta uno sforzo necessario e innovativo per evitare lacune in una strategia globale di lotta contro la corruzione. (...) Su un piano generale, si registra sempre più la tendenza a limitare le differenze tra le regole applicabili al settore pubblico e al settore privato (...). Nel corso degli anni, importanti funzioni pubbliche sono state privatizzate (istruzione, sanità, trasporti, telecomunicazioni ecc.). Il trasferimento di queste funzioni pubbliche al settore privato, spesso legato a processi di massiccia privatizzazione, implica il trasferimento di importanti poste di bilancio e di competenze regolamentari. È dunque logico proteggere il pubblico anche contro gli effetti pregiudizievoli della corruzione all'interno delle imprese, specie ove si consideri la rilevante importanza sociale dei poteri non solo finanziari concentrati nel settore privato e indispensabili al nuovo ruolo dell'impresa".

Questo per quanto riguarda la corruzione privata. Considerando che parallelamente, sul versante pubblico, a livello comunitario si registrano da tempo raccomandazioni verso l'adozione di una generale definizione della nozione di pubblico ufficiale e del reato di corruzione, allo scopo di renderle "applicabili orizzontalmente"⁽⁵⁶⁾, il futuro potrebbe consistere in una maggiore caratterizzazione della corruzione pubblica, destinata a essere compensata da una contigua fattispecie di corruzione privata.

Le considerazioni ora svolte appartengono comunque ai tempi lunghi del legislatore europeo e di quello nazionale. Nell'immediato può osservarsi che, fra tutti i Paesi membri dell'Unione, l'Italia è già nei primi posti della classifica per le procedure di infrazione attivate: un'ulteriore lettera di messa in mora sarà dunque incapace di riflettersi nelle statistiche.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

() Solo per completezza va richiamata la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, adottata a Merida dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata con **L. 3 agosto 2009, n. 116**, il cui art. 21 ripete sostanzialmente gli artt. 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa, senza però imporre vincoli cogenti di incriminazione.

(2) La relazione del Governo allo schema di D.Lgs., approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 14 dicembre 2016 (Camera dei Deputati, n. 365), afferma invece che il testo "mira a rendere la normativa interna pienamente conforme alle previsioni della decisione-quadro, così come recepite nei principi di delega". Sulla legge delega e sullo schema di D.Lgs. si sono già rispettivamente espressi Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in questa *Rivista*, 2017, 5 ss.; La Rosa, *Verso una nuova riforma della "corruzione tra privati": dal modello "patrimonialistico" a quello "lealista"*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, 1 ss.

(3) (Traduzione non ufficiale) Art. 7: "*Corruzione attiva nel settore privato*. Ciascuna Parte adotta i provvedimenti legislativi e di altra natura per configurare come reato, in conformità al proprio diritto interno, il fatto, commesso intenzionalmente nell'ambito di un'attività commerciale, di promettere, offrire o dare, direttamente o indirettamente, per essa o per altri, qualsiasi indebito vantaggio a una persona che dirige un ente privato o vi lavora, affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei propri doveri". Art. 8: "*Corruzione passiva nel settore privato*. Ciascuna Parte adotta i provvedimenti legislativi e di altra natura per configurare come reato, in conformità al proprio diritto interno, il fatto, commesso intenzionalmente nell'ambito di un'attività commerciale, da parte di una persona che dirige un ente privato o vi lavora, di sollecitare o ricevere, direttamente o per il tramite di terzi, qualsiasi indebito vantaggio per sé o per terzi, o di accettarne l'offerta o la promessa, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri". Rispetto alla ricostruzione che segue v. pure La Rosa, *La repressione penale della "corruzione privata"*, Messina, 2011, 51 ss.; di Martino, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in Mattarella - Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 355 ss.; Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 480 ss.; Montanari, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2012, 18 ss.; Id., *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti*

di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali, ivi, 9 ottobre 2014, 3 ss.; nonché Killmann, Bestechung, Bestechlichkeit, in Europäisches Strafrecht, a cura di Sieber - Satzger - v. Heintschel-Heinegg, Baden-Baden, 2014², 317 ss.

(4) Art. 2: "*Corruzione attiva e passiva nel settore privato*. 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che le seguenti condotte intenzionali costituiscano un illecito penale allorché sono compiute nell'ambito di attività professionali: a) promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere; b) sollecitare o ricevere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accettare la promessa di tale vantaggio, per sé o per un terzo, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere. (...)"

(5) Il punto di maggiore divergenza sembra riguardare la definizione di "ente privato" e di "entità del settore privato": il primo inteso dalla Convenzione in riferimento "all'ambito dell'attività commerciale", così intenzionalmente escludendo le attività a fine non lucrativo svolte da persone od organizzazioni come ad esempio le associazioni o altre ONG (così il par. 53 del Rapporto esplicativo), la seconda invece espressamente riferita alle "attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro" (così l'art. 2.2. della Decisione quadro).

(6) Al par. 109 del rapporto si afferma che l'art. 2635 "presenta svariate lacune rispetto a quanto richiesto dalla Convenzione", concernenti il ristretto novero dei soggetti attivi, l'omessa previsione che beneficiario della tangente possa essere un terzo e che il reato sia realizzabile attraverso intermediari e la mancata incriminazione dell'offerta e della sollecitazione; vengono inoltre contestati il requisito del danno per la persona giuridica e la perseguibilità a querela. Alla luce di tali rilievi il Gruppo di valutazione del Greco "raccomanda di criminalizzare la corruzione nel settore privato ai sensi degli articoli 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione". Per tutti Forti, "*Paradigmi distributivi*" e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1615 s.; Mongillo, *op. cit.*, 195 ss.

(7) Tra gli altri, Bartoli, *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione*, cit., 442; Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di Del Vecchio e Severino, Padova, 2014, 57; Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Società*, 2013, 68; Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 705.

(8) Vd. Greco RC-III (2014) 9F, *Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport de Conformité sur l'Italie* (adottato nella 64^a assemblea plenaria, 16-20 giugno 2014). Nel par. 23, dopo avere preso atto delle modifiche apportate all'art. 2635, si osserva che "gli

elementi della fattispecie, così come definita dal codice civile, sono ancora lontani dall'essere conformi agli articoli 7 e 8 della Convenzione penale"; in particolare, il rapporto pone l'accento sull'inadeguatezza della sanzione del tentativo per le condotte di offerta e sollecitazione, sull'omessa previsione dell'esecuzione del reato per interposta persona, sul requisito del danno per la società e sulla perseguibilità del reato a querela. In relazione alle riserve depositate dall'Italia insieme allo strumento di ratifica della Convenzione (*infra*, nel testo), il par. 85 contiene l'invito alle autorità italiane a riesaminare l'oggetto delle raccomandazioni al fine di conformare l'ordinamento interno alla Convenzione e, conseguentemente, a ritirare le riserve apposte.

(9) Devono aggiungersi due ultimi rilievi. Il primo è che una delega all'attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI era già contenuta nell'art. 28 della **L. 25 febbraio 2008, n. 34**, il cui termine era però inutilmente scaduto il 21 marzo 2009. Il secondo è che il Greco è recentemente tornato a esaminare la posizione dell'Italia: vd. GRECO RC 3(2016)13, *Troisième Cycle d'Évaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur l'Italie*, adottato nella 74^a riunione plenaria, 28 novembre-2 dicembre 2016. Nel par. 25 la relazione prende nota dell'art. 19, **L. n. 170 del 2016** e, rallegrandosi con le autorità italiane, ritiene di cogliere in tale norma le premesse per il superamento di tutte le criticità precedentemente riscontrate e per un pieno adeguamento della nostra normativa agli artt. 7 e 8 della Convenzione. Purtroppo, il giudizio è viziato da una serie di equivoci sul contenuto della delega, primo fra tutti quello di ritenere l'avvenuta soppressione della perseguibilità a querela e del requisito della distorsione della concorrenza per la procedibilità di ufficio.

(10) Vd. Greco RC-III (2014) 9F, *Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport de Conformité sur l'Italie*, cit., par. 23, ove si esprimono perplessità sulla collocazione del reato di corruzione privata nel codice civile. Analoghe riserve manifesta la relazione 3 febbraio 2014 della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo [COM (2014) 38 final], il cui Allegato 12 rileva che la "corruzione tra privati non è disciplinata dal codice penale ma da disposizioni di diritto penale previste dal codice civile".

(11) Nella relazione del Governo allo schema di D.Lgs. (citata nella nt. 2) si afferma che "esso interviene **sull'articolo 2635 del codice civile**, piuttosto che inserire la predetta fattispecie nel codice penale, in ossequio alla previsione contenuta nel punto a) della delega, che impone di tenere conto delle disposizioni incriminatrici già vigenti". In senso conforme a tale valutazione La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 1.

(12) Per l'esclusione dalle società commerciali delle società semplici e l'inclusione delle società irregolari e di fatto, tra gli altri, Napoleoni, *Le disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in *Codice commentato delle società*, a cura di Bonfante - Corapi - De Angelis - Napoleoni - Rordorf - Salafia, Milanofiori Assago, 2011³, 2430; Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in *Trattato di diritto*

penale, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Milano, 2012, 41 s.; Seminara, *Reati societari (profili generali)*, in *Annali Enc. dir.*, Milano, 2015, VIII, 719.

(13) La Relazione ministeriale al d.lg. n. 231 del 2001, cap. I, par. 2, limita il rinvio agli "enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla"; è interessante che, nel prosieguo, essa assimila gli enti pubblici economici agli enti a soggettività privata, laddove un'interpretazione prevalente esclude i primi dall'ambito dei reati societari (tra gli altri Napoleoni, *op. cit.*, 2431; diff. Rossi, *op. cit.*, 43 s.).

(14) Criticamente vd. pure La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 1.

(15) A confermare tale valutazione, la relazione del Governo allo schema di D.Lgs. (citata nella nt. 2) afferma che l'inserimento di "coloro che svolgono attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati (è avvenuto) in coerenza con il principio generale in materia di reati societari, di cui all'articolo 2639 del codice civile, relativo all'estensione delle qualifiche soggettive al soggetto qualificato dalla giurisprudenza come 'amministratore di fatto'". Il passo - di non agevole comprensione - per un verso trascura che dell'operatività dell'art. 2639 non si poteva dubitare neppure in precedenza, per altro verso dimostra come tale modifica della fattispecie sia estranea all'attuazione della Decisione quadro; sul punto cfr. La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 1.

(16) Per questa critica nei confronti del previgente art. 2635 Bricchetti, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di Canzio - Cerqua - Luparia, Padova, 2014, II, 513 s.; Rossi, *op. cit.*, 307 s.; Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 63. Da notare come già l'art. 19.1., lett. b), **L. n. 170 del 2016** utilizzasse l'espressione "nell'esercizio di funzioni dirigenziali o di controllo, ovvero nello svolgimento di un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati". Il problema era stato peraltro evidenziato l'11 gennaio 2017 dalla 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea) in sede consultiva, la quale proponeva di inserire nel comma 1 dell'art. 2635 "dopo le parole 'funzioni direttive' le parole 'o lavorative'".

(17) Nell'elaborazione giurisprudenziale degli artt. 318 ss. non si dubita che il concorso eventuale nel reato di corruzione sia configurabile "nell'ipotesi in cui si risolve in un'attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra gli autori necessari, senza che il privato concorrente con il pubblico ufficiale corrotto debba necessariamente percepire un vantaggio patrimoniale" (Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 3043; Id., Sez. VI, 9 giugno 2015, n. 24535) e purché si possa "ricavare univocamente dai fatti il consenso del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di un pubblico servizio) alla pattuizione illecita" (Id., sez. VI, 2 gennaio 2015, n. 1). È evidente però che l'interposizione di un terzo può andare oltre la mera intermediazione e il mantenimento della soggettività attiva in capo al corrotto e al corruttore supera una nozione di autore inteso come esecutore del fatto tipico. Nel senso della superfluità della menzione dell'interposta persona si esprime La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 1.

(18) La limitazione della punibilità alla corruzione antecedente è chiaramente espressa nell'art. 2.1. lett. a) della Decisione quadro ("affinché essa compia o ometta un atto") e, anche considerando la formulazione dell'art. 319 c.p., non sembra contestabile rispetto al nuovo art. 2635.

(19) Critico, sul punto, La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 2.

(20) Nel senso che gli artt. 318 ss. c.p. prevedono un reato a concorso necessario e a struttura bilaterale si esprimono la consolidata giurisprudenza (da ult. Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 3043; Id., Sez. VI, 9 giugno 2015, n. 24535; Id., Sez. VI, 28 febbraio 2014, n. 9929) e la prevalente dottrina (per tutti Benussi, *Art. 318*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini - Gatta, Milanofiori Assago, 2015⁴, II, 225; Fiandaca - Musco, *Diritto penale pt. sp.*, Bologna, 2012⁵, I, 218; Pelissero, *I delitti di corruzione*, in Grosso - Pelissero (a cura di), *Reati contro la Pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Milano, 2015, 260; Romano, *Delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 2013³, 143). In favore della struttura autonoma dei reati di corruzione, con diversità di accenti, Balbi, *I delitti di corruzione*, Napoli, 2003, 17; Pagliaro - Parodi Giusino, *Principi di diritto penale pt. sp.*, Milano, 2008, I, 183; Spena, *Il "turpe mercato"*, Milano, 2003, 332; vd. anche Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente*, Milano, 2003, 78 s.

(21) Le norme appena citate sono state da ult. modificate dalla L. 6 dicembre 2013, n. 2013-1117. Nel senso di configurare la corruzione attiva e passiva come reati autonomi, il cui tentativo non è sanzionato in quanto essi si consumano già con la sollecitazione o l'offerta, Véron, *Droit pénal spécial*, Paris, 2012¹⁴, 391 ss. Conf., opportunamente specificando che, comunque, la reciproca indipendenza delle due fattispecie non è assoluta, poiché il titolo del reato si stabilisce alla luce della qualifica del destinatario dell'offerta, promessa o dazione, Rassat, *Droit pénal spécial*, Paris, 2011⁶, 290.

(22) Le norme ora citate sono state modificate da ult. con l. 20 novembre 2015. Sulla consumazione del reato già nel momento in cui la sollecitazione o la proposta viene a conoscenza della controparte, tra gli altri, Heine - Heisele, *par. 331*, in Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2014²⁹, Rdn. 69, 3110.

(23) Sulla natura autonoma dei reati di corruzione attiva e passiva, per tutti, C. Mir Puig, *Del coecho*, in *Comentarios al Código penal*, diretto da Corcoy Bidasolo e S. Mir Puig, Valencia, 2011, 916; conf., rilevando la difficoltà di configurare un tentativo, Orts Berenguer, *Delitos contra la administración pública*, in Vives Antón - Orts Berenguer - Carbonell Mateu - González Cussac - Martínez-Buján Perez, *Derecho penal parte especial*, Valencia, 2010³, 719.

(24) Questa differenza non va comunque sopravvalutata, poiché una parte della nostra dottrina costruisce la bilateralità del reato di corruzione sul piano fattuale dell'incontro delle condotte, ammettendo una divergenza delle rispettive volontà che consente la sussistenza di differenti titoli di reato a carico delle parti ovvero esclude

la punibilità di chi non abbia inteso correttamente il significato della dazione o promessa (per tutti Pelissero, *op. cit.*, 305; Romano, *op. cit.*, 190; Seminara, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in questa *Rivista*, 2013, spec., 22 s.; conf., muovendo da diverse premesse dogmatiche, Pagliaro - Parodi Giusino, *op. cit.*, 210; Spena, *Il "turpe mercato"*, cit., 316; *contra* Merenda, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 142).

(25) Diff., sul punto, la relazione del Governo allo schema di D.Lgs. (citata nella nota 2), secondo cui il nuovo art. 2635 comprende le condotte di sollecitazione e di offerta qualora alla prima "segua la conclusione dell'accordo corruttivo mediante promessa o dazione di quanto richiesto" e la seconda "venga accettata dal soggetto 'intraneo'". Questa singolare idea di tipizzare sollecitazione e offerta solo in quanto esse sfocino in una promessa o dazione verrà esaminata nel prossimo paragrafo.

(26) Il medesimo modello di incriminazione della corruzione privata si rinviene nei sistemi prima presi in considerazione: vd. art. 445-1 c.p. francese, par. 299 c.p. tedesco e art. 286 *bis* c.p. spagnolo. Nello stesso senso, per il Portogallo, si esprimono gli artt. 8 e 9 della L. 21 aprile 2008, n. 20/2008, novellata dalla L. 22 aprile 2015, n. 30/2015.

(27) Conf. La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 2.

(28) Analogamente si era già espressa la Commissione europea nella già citata relazione del 18 giugno 2007, che sul punto in esame rilevava una piena attuazione della Decisione quadro anche da parte italiana. Da notare che l'art. 3 della Decisione quadro riprende l'art. 15 della Convenzione del Consiglio d'Europa: "*Atti di partecipazione*. Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché sia definito come reato, secondo il proprio diritto interno, qualsiasi atto di complicità in uno dei reati definiti ai sensi della presente Convenzione" (cfr. sul punto il rapporto del GRECO del giugno 2014, citato nella nt. 8).

(29) Da tale errore muove la relazione del Governo allo schema di D.Lgs. (citata nella nt. 2), nella parte in cui afferma che "l'ipotesi del favoreggiamento non è stata espressamente prevista per il reato di corruzione tra privati, in quanto già disciplinata in via generale dal codice penale". In un passo successivo si osserva che "non si è invece ritenuto di estendere la responsabilità dell'ente per i delitti di favoreggiamento in relazione alla corruzione tra privati da parte dell'estraneo di cui al terzo comma dell'art. 2635 c.c., attesa la mancata previsione di tale ipotesi nei principi di delega contenuti nella legge n. 170/2016". Quanto alla L. n. 170 del 2016, è vero che l'art. 19.1., lett. c), prevedeva solo la punibilità dell'istigazione, così dimostrando il medesimo fraintendimento dell'art. 3 della Decisione quadro, ma non stabiliva nessuna riduzione sanzionatoria. Un'interpretazione diversa da quella qui sostenuta è in La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 2, il quale muove dall'art. 2635 *bis* per ritenere la previsione *ex art. 2635* delle condotte di sollecitazione e di offerta come "il ridondante frutto di una superfetazione normativa".

(30) Cfr. Alessandri, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, n. 3, 147; Rossi, *op. cit.*, 349; Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 69.

(31) Si possono ulteriormente citare gli artt. 170-172, **R.D. 27 luglio 1934, n. 1265**, in tema di comparaggio, l'art. **233 l.fall.** e l'art. 1, **L. 13 dicembre 1989, n. 401**, sulla frode in competizioni sportive.

(32) Sul punto, l'art. **4, comma 2, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62**, stabilisce per i pubblici dipendenti il divieto di accettare, per sé o per altri, "regali o altre utilità, salvo quelli d'uso o di modico valore effettuati occasionalmente nell'ambito delle normali relazioni di cortesia e nell'ambito delle consuetudini internazionali": tale richiamo alle consuetudini internazionali sembra lanciare un ponte tra corruzione pubblica e privata, imponendo l'applicabilità a questa di limiti alla punibilità validi per quella.

(33) Per tutti Romano, *op. cit.*, 253. Da notare come tale soluzione non sia scontata: sull'impunità della corruzione c.d. altruistica nel sistema tedesco, fino alla sua espressa previsione nei parr. 331 ss. c.p., avvenuta con **L. 13 agosto 1987**, per tutti Heine - Eisele, *op. cit.*, *Rdn. 2*, 3093. A maggior ragione non si comprende l'ostinazione del nostro legislatore ove si consideri che l'inciso "per sé o per altri" era già contenuto nella lett. a) dell'art. 19.1., **L. n. 170 del 2016** e l'invito a inserire tali parole nel testo normativo era stato formulato dalla 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea) nella seduta dell'11 gennaio 2017.

(34) Tra gli altri Benussi, *op. cit.*, 238; Pagliaro - Parodi Giusino, *op. cit.*, 225 e 236; Pelissero, *op. cit.*, 317; Romano, *op. cit.*, 189 e 193; conf., in riferimento all'art. 2635, La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 2.

(35) Così, rispetto alla corruzione pubblica, tra gli altri Balbi, *op. cit.*, 100; Seminara, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 969; Spena, *Il "turpe mercato"*, cit., 322 ss.

(36) Tra gli altri Bricchetti, *op. cit.*, 515; Lunghini, *Art. 2635*, in *Codice penale commentato*, cit., III, 1941; Mazzacuva - Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2013², 184; Napoleoni, *Art. 2635*, in *Codice commentato delle società*, cit., 2626.

(37) Per tutti Forti, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1120 ss.

(38) Per questa prevalente interpretazione Alessandri, *op. cit.*, 147; Ambrosetti - Mezzetti - Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016⁴, 221; Bartoli, *Corruzione tra privati*, cit., 447; Melchionda, *Art. 2635 c.c.* ("Corruzione tra privati"), in *Giur. it.*, 2012, 2700 s.; Seminara, *Reati societari (le fattispecie)*, in *Ann. Enc. dir.*, 2016, IX, 769; Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 705 ss.; vd. pure Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848.

(39) Sui modelli di incriminazione della corruzione privata La Rosa, *La repressione penale*, cit., 17 ss.; vd. anche Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 815 ss.

(40) Cfr. sul punto Mongillo, *op. cit.*, 201.

(41) Nel sistema tedesco, il par. 331.3 c.p. prevede per la corruzione pubblica una causa di giustificazione nell'autorizzazione preventiva del superiore gerarchico, ovvero una causa di esclusione della punibilità nel caso di autorizzazione successiva, all'accettazione della dazione o della promessa di un'utilità non richiesta da parte del pubblico agente (per tutti Korte, *par. 331*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2014², V, Rdn. 179, 2229); analogamente dispone il par. 299 per la corruzione privata (*infra*, nel testo). Quanto al nostro art. 2635, deve ritenersi che l'autorizzazione o il consenso del c.d. principale all'accettazione delle utilità indebite esclude la violazione dei doveri di ufficio.

(42) L'art. 2.5. stabiliva conclusivamente: "Il Consiglio riesamina questo articolo in tempo utile anteriormente al 22 luglio 2010 onde valutare se sia possibile prorogare le dichiarazioni di cui al paragrafo 3".

(43) In senso critico rispetto al mantenimento della perseguibilità a querela Bartoli, *Corruzione privata*, cit., 9, che alla pagina successiva osserva come "i fatti di corruzione privata finiscono tutti per "colorarsi" di un'offesa alla concorrenza"; per una distinzione tra gli effetti della corruzione da parte del concorrente ovvero del fornitore Id., *Corruzione tra privati*, cit., 437. Diff. La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 3, il quale coglie nel novellato art. 2635 l'adesione a un modello "lealistico" che esclude la tutela della concorrenza.

(44) Il pensiero va alle fattispecie che prevedono cause di non punibilità legate alla neutralizzazione dell'offesa per il capitale sociale (artt. 2627 e 2628 c.c.) ovvero per i creditori sociali (artt. 2629 e 2633 c.c.), che in quanto tali non possono operare rispetto ai fatti arrestatisi alla fase del tentativo (sia consentito il rinvio a Seminara, *Reati societari*, cit., 710; *contra* Lunghini, *Art. 2629*, in *Codice penale commentato*, cit., III, 1896).

(45) Tra gli altri Bricchetti, *op. cit.*, 518 s.; Scoletta, *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma sul sistema del d.lg. n. 231/2001*, in *La legge anticorruzione*, cit., 479 s.; Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 65 s.

(46) Sugli effetti della riforma, tra gli altri, Dann, *Und immer ein Stück weiter - Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts*, in *NJW*, 2016, 204 s.; Hoven, *Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht - Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in *NStZ*, 2015, 555 ss.

(47) Da notare come l'adesione portoghese al modello "pubblicistico", dimostrata dalla procedibilità di ufficio del reato, si accosti a una pena sensibilmente più grave per gli intranei rispetto agli estranei, che a sua volta sembra evocare il modello "lealistico".

(48) Sul punto Almeida, *Artigo 8*, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, a cura di Pinto de Albuquerque - Branco, Lisboa, 2011, II, 206; Bidino, in Cruz Santos - Bidino - Tháís De Melo, *A Corrupção*, Coimbra, 2009, 224.

(49) Conf. Bartoli, *Corruzione privata*, cit., 8; La Rosa, *Verso una nuova riforma*, cit., 3. È interessante notare come, nei sistemi stranieri presi in considerazione nel corso di questo lavoro, l'art. 445-1 c.p. francese (reclusione fino a cinque anni e multa fino a 500.000 euro, che può essere aumentata fino al doppio del profitto), il par. 299 c.p. tedesco (reclusione fino a tre anni o multa) e l'art. 286 c.p. spagnolo (reclusione da sei mesi a quattro anni e multa pari all'entità del profitto fino al suo triplo) non prevedano distinzioni né tra gli intranei dirigenti o salariati, né tra essi in confronto agli estranei. Solo in Portogallo, come già rilevato, gli artt. 8 e 9 l. n. 20/2008 stabiliscono una pena più severa per gli intranei (reclusione fino a cinque anni o multa fino a seicento giorni ovvero, nel caso di distorsione della concorrenza o danno patrimoniale per terzi, reclusione da uno a otto anni) che per gli estranei (reclusione fino a tre anni o multa ovvero reclusione fino a cinque anni o multa fino a seicento giorni).

(50) Sotto questo profilo il testo originario dello schema di D.Lgs. (citato *retro*, nt. 2) - che legava la pena accessoria a ogni condanna per i reati di cui agli artt. 2635 e 2635 bis - è stato modificato, rendendolo così conforme all'art. 19.1., lett. d), L. n. 170 del 2016. Si noti che l'art. 32 bis, comma 2, c.p. lega l'applicabilità della pena accessoria "ad ogni condanna alla reclusione non inferiore a sei mesi per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio", ma tali requisiti sono superati dall'espressione "in ogni caso" utilizzata dall'art. 2365 ter (conf. la relazione del Governo allo schema di D.Lgs., citata nella nt. 2).

(51) In favore di tale assunto, convalidato dall'omesso richiamo dell'art. 322 all'interno dell'art. 322 ter c.p., da ult. Cass., Sez. VI, 23 settembre 2016, n. 39542; Id., Sez. VI, 28 febbraio 2014, n. 9929; Id., Sez. II, 22 luglio 2013, n. 31211.

(52) L'art. 6.1. della Decisione quadro, tra le "altre sanzioni", menziona "a) l'esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico; b) il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale; c) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria o d) provvedimenti giudiziari di liquidazione". Rispetto a questo catalogo, comunque non vincolante, l'art. 9, comma 2, D.Lgs. n. 231 del 2001 non contempla le sanzioni di cui alle lett. c) e d).

(53) L'art. 19.1., lett. e), L. n. 170 del 2016 delegava il Governo a "prevedere la responsabilità delle persone giuridiche in relazione al reato di corruzione tra privati", senza ulteriori distinzioni tra corruzione attiva e passiva. In favore della responsabilità degli enti anche per la corruzione passiva Bartoli, *Corruzione privata*, cit., 10.

(54) In posizione critica rispetto all'incriminazione della corruzione privata Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 4 ss.; Spena, *Punire la corruzione privata?*, cit., 808 ss. Sul tema vd. pure Zannotti, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. pen.*, 2005, 531 ss.

(55) Sulla separazione tra ragioni di politica criminale e interesse tutelato a proposito dei reati di riciclaggio sia consentito il rinvio a Seminara, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in questa *Rivista*, 2016, 1633 ss.

(56) Così la Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM [2015/2110(INI)], approvata il 20 aprile 2016. Vd. pure la Comunicazione 26 maggio 2011 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (COM/2011/0293 def.) che, in tema di tutela degli interessi finanziari dell'Unione, tra l'altro rileva le difformità, a livello comunitario, del "concetto di funzionario pubblico nell'ambito delle norme anticorruzione cosicché, per il medesimo comportamento, un individuo può godere dell'impunità in alcuni Stati membri ed essere condannato in altri".

25. Corruzione internazionale 322-bis. 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 (1).

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

- 1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;
- 2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;
- 3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;
- 4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;
- 5) a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio;
- 5-bis) ai giudici, al procuratore, ai procuratori aggiunti, ai funzionari e agli agenti della Corte penale internazionale, alle persone comandate dagli Stati parte del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale le quali esercitino funzioni

corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti della Corte stessa, ai membri ed agli addetti a enti costituiti sulla base del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale (2);

5-ter) alle 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 (3);

5-quater) ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e ai giudici e funzionari delle corti internazionali (4).

Le disposizioni degli articoli 319-quater, secondo comma, 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso (5):

1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;

2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali (6).

Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi.

(1) La presente rubrica è stata così sostituita dall'art. 1, comma 1, lett. o), n. 1), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Il testo in vigore prima della sostituzione disposta dalla citata L. n. 3/2019 era il seguente: «Peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri».

Il testo in vigore prima della modifica disposta dalla citata legge n. 237/2012 era il seguente: «Peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.».

Il testo in vigore prima della modifica disposta dalla suddetta legge n. 190/2012 era il seguente: «Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.».

(2) Numero aggiunto dall'art. 10, comma 1, lett. a), L. 20 dicembre 2012, n. 237.

(3) Numero aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. o), n. 2), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

(4) Numero aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. o), n. 2), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

(5) Alinea così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. n), n. 1), L. 6 novembre 2012, n. 190.

Il testo precedentemente in vigore era il seguente: «Le disposizioni degli articoli 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:».

(6) Numero così modificato dall'art. 3, comma 1, L. 3 agosto 2009, n. 116 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. o), n. 3), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Art. 322-ter.

Confisca.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. (1)

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.

Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato.

(1) Le parole: "o profitto" sono state aggiunte dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

Consiglio di Stato , sez. V , 24/01/2019 , n. 598

In aderenza all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, l'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016 disciplina - in parziale difformità rispetto al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 - l'incidenza dei precedenti penali riportati dall'operatore economico che partecipa alle pubbliche gare, stabilendo tra l'altro che (comma 7), nelle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva inferiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, il concorrente sarà ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito ovvero di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Il momento ne ultra quem per l'adozione delle misure di self cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alterativa della par condicio dei concorrenti).

In distinta (ma concorrente) prospettiva operano le Misure...

Fonte:

lamministrativista.it 2019

Cassazione penale , sez. VI , 12/01/2018 , n. 11375

Ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità. Ciò che rileva è che le disponibilità economiche del percipiente si siano accresciute di questa somma, legittimando, dunque, la **confisca** 'in forma diretta' del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 14 marzo (nota di: Enrico Fontana)

Cassazione penale , sez. VI , 17/10/2017 , n. 55851

Nel caso in cui l'illecito sia stato commesso nell'ambito di un'attività d'impresa lecita, il provvedimento ablatorio deve essere circoscritto al vantaggio economico tratto dall'attività illecita al netto della utilitas comunque conseguita dalla controparte dall'adempimento della prestazione oggetto del contratto, trattandosi – riguardo a quest'ultima – di vantaggio economico non direttamente né immediatamente riconducibile al reato ma soltanto all'esecuzione del rapporto obbligatorio, che, pertanto, non può andare a comporre il profitto confiscabile.

Fonte:

Ilpenalista.it 2018 (nota di: Santoriello)

Cassazione penale , sez. VI , 14/09/2017 , n. 1754

In tema di **confisca**, il profitto del reato è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica; ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro - eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali - né la mera aspettativa di fatto, c.d. "chance", salvo che questa, in quanto fondata su circostanze specifiche, non presenti caratteri di concretezza ed effettività tali da costituire essa stessa un'entità patrimoniale a sé stante, autonoma, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione in relazione alla sua proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto. (Fattispecie in tema di **corruzione** propria internazionale in cui la Corte ha escluso che potesse qualificarsi come profitto del reato internazionale la mera possibilità per l'imputato di continuare ad operare nel mercato algerino attraverso il suo inserimento nell'elenco delle imprese invitate alle gare di appalto indette dall'Ente di Stato Algerino nonché tra...

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. I , 16/11/2016 , n. 4902

Nel delitto di **corruzione**, avente natura di reato plurisoggettivo a concorso necessario ed a struttura bilaterale, la **confisca** per equivalente di cui all'art. 32-ter c.p. deve essere commisurata alla quota di prezzo o profitto attribuibile a ciascun concorrente nel reato, ivi compresi i soggetti "corrotti" e, nell'impossibilità di un'esatta quantificazione, deve essere imputata secondo i canoni della solidarietà interna fra i predetti concorrenti, ai sensi dell'art. 1298 c.c.

Fonte:

Cassazione Penale 2017, 11 , 3929 (nota di: Paoloni)

Art. 322-ter.1.

Custodia giudiziale dei beni sequestrati (1).

I beni sequestrati nell'ambito dei procedimenti penali relativi ai delitti indicati all'articolo 322-ter, diversi dal denaro e dalle disponibilità finanziarie, possono essere affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi della polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per le proprie esigenze operative.

(1) Articolo inserito dall'art. 1, comma 1, lett. p), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

26. Art. 322-quater Riparazione pecuniaria (1) Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e

322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno (2).

(1) Articolo inserito dall'art. 4, comma 1, lett. a), L. 27 maggio 2015, n. 69.

2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. q), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Art. 323. Abuso di ufficio. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. (1)

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

(1) Le parole: "sei mesi a tre anni" sono state così sostituite dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

Cfr. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 08 marzo 2018 n° 10567, Cassazione penale, sez. V, sentenza 17 gennaio 2018 n° 1929, Corte d'Appello, Salerno, sez. penale, sentenza 20 giugno 2017 n° 758, Cassazione penale, sez. VI, sentenza 11 ottobre 2017 n° 46788, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 7 novembre 2007, n. 40891, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 21 febbraio 2008, n. 7973, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 17 giugno 2008, n. 24663, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 19 giugno 2008, n. 25162, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 8 luglio 2008, n. 27936 in Altalex Massimario, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 1 ottobre 2008, n. 37354, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 25 giugno 2009, n. 25537, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 1 luglio 2009, n. 26699 e Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 8 febbraio 2010, n. 4979 in Altalex Massimario.

Art. 323-bis.

Circostanze attenuanti (3)

Se i fatti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-quater, (1) 320, 322, 322-bis e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite.

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. (2)

1) La parola: "319-quater" è stata aggiunta dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. i), lett. a), L. 27 maggio 2015, n. 69.

(3) Rubrica così sostituita dall'art. 1, comma 1, lett. i), lett. b), L. 27 maggio 2015, n. 69.

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

La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma.

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

(1) Articolo inserito dall'art. 1, comma 1, lett. r), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Art. 324. ABROGATO Interesse privato in atti di ufficio. (1)

(...) (1) L'articolo che così recitava: "Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con

la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni." è stato abrogato dall'art. 20, L. 26 aprile 1990, n. 86.

27 . Rivelazioni di segreti in genere

Art. 325. Utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione d'ufficio.

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che impiega, a proprio o altrui profitto, invenzioni o scoperte scientifiche, o nuove applicazioni industriali, che egli conosca per ragione dell'ufficio o servizio, e che debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a euro 516.

Art. 326. Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio.

Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno.

Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni.

Cfr. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 24 luglio 2007, n. 30148, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 30 luglio 2007, n. 30968, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 11 ottobre 2007, n. 37559 e Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 12 ottobre 2009, n. 39706 in Altalex Massimario.

Tribunale , Pescara , 15/06/2018 , n. 1820

Integra il reato di **rivelazione** e utilizzo di informazioni di segreto d'ufficio comunicare le tracce della prova scritta ad un concorrente di un concorso pubblico (Nel caso di specie si trattava del dirigente amministrativo dell'ente pubblico che aveva inviato in via informatica ad un concorrente le tracce della prova scritta).

Fonte:

Redazione Giuffrè

Cassazione penale , sez. VI , 17/04/2018 , n. 34928

In tema di **rivelazione** di **segreti d'ufficio**, ai fini della sussistenza del concorso nel reato dell'"extraneus", è necessario che questi non si sia limitato a ricevere la notizia, ma abbia istigato o indotto il pubblico ufficiale ad attuare la **rivelazione**, non essendo sufficiente ad integrare il reato la mera **rivelazione** a terzi della notizia coperta da segreto.

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. VI , 30/01/2018 , n. 14931

In tema di **rivelazione** e di utilizzo di informazioni estratte dal Sistema d'Indagine (SDI), l'elemento differenziale tra il reato di cui all'art. 12 l. 1 aprile 1981, n. 121 e quello di cui all' art. 326 cod. pen. attiene alle modalità, lecite o illecite, di acquisizione delle informazioni; ne consegue che è configurabile la prima fattispecie di reato nel caso in cui il pubblico ufficiale divulga o utilizza le informazioni acquisite accedendo legittimamente allo SDI e consultandolo nei limiti e nelle forme a lui consentite, mentre è configurabile il più grave reato di cui all' art. 326 cod. pen. , qualora l'acquisizione di tali informazioni sia illegittima, in quanto effettuata senza alcuna autorizzazione ad operare nella banca dati, ovvero contravvenendo alle regole di accesso, ai limiti ed alle forme consentite dalla legge.

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. VI , 03/10/2017 , n. 49526

Il reato di **rivelazione** di **segreti** di ufficio, previsto dall'art. 326, comma 1, c.p., è un reato di pericolo concreto, posto a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la cui configurabilità va esclusa solo con riferimento alla divulgazione di notizie futili o insignificanti, ma non in relazione a notizie inesatte. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la inoffensività della **rivelazione** da parte di un funzionario della cancelleria dell'ufficio del giudice per le indagini preliminari, su richiesta informale di un privato, dell'assenza della iscrizione di quest'ultimo nei registri consultabili da tale ufficio, iscrizione in realtà esistente ma segretata dal pubblico ministero).

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. VI , 03/10/2017 , n. 49526

Dà luogo alla configurabilità del reato di cui all' art. 326 c.p. , la indebita **rivelazione**, da parte del funzionario di cancelleria, delle risultanze dell'archivio informatico dell'ufficio del giudice per le indagini preliminari, anche quando essa sia effettuata su richiesta del soggetto direttamente interessato a conoscere la propria eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato e la relativa ricerca abbia avuto esito negativo, dovendosi ritenere comunque realizzata la lesione del bene giuridico

protetto dalla norma penale in questione indipendentemente dalla sussistenza o meno di un effettivo e concreto pregiudizio per lo sviluppo delle indagini.

Fonte:

Riv. pen. 2018, 1, 57

28. Art. 328. Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione.

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.

Cfr. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 15 settembre 2008, n. 35344, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 30 dicembre 2008, n. 48379 e Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 3 dicembre 2009, n. 46512 in *Altalex Massimario*.

Cassazione penale, sez. VI, 08/09/2015, n. 38905

È configurabile il reato di **omissione d'atti d'ufficio**, previsto dall'art. 328, comma secondo, cod. pen., nei confronti del dirigente dell'unità amministrativa che, a seguito della ricezione di una diffida indirizzata impersonalmente al suo ufficio, ometta di fornire qualunque risposta oltre il termine di trenta giorni, quando non è stato individuato il responsabile del procedimento, posto che, a norma dell'art. 5, comma secondo, della legge n. 241 del 1990, il dirigente rimane responsabile dell'azione della P.A. nei confronti del privato finché non sia stata effettuata la nomina nei confronti del privato finché non sia stata effettuata la nomina del responsabile del procedimento.

Fonte:

CED Cassazione penale 2016

Cassazione penale, sez. VI, 06/06/2013, n. 33235

La condotta di **rifiuto** prevista dall'art. 328 c.p. si verifica non solo a fronte di una richiesta o di un ordine, ma anche quando sussista un'urgenza sostanziale,

impositiva del compimento dell'atto, in modo tale che l'inerzia del pubblico ufficiale assuma la valenza di un **rifiuto** dell'atto medesimo.

Fonte:

Responsabilita' Civile e Previdenza 2013, 6, 2074

Cassazione penale, sez. VI, 22/01/2010, n. 10009

Il delitto di abuso **d'atti d'ufficio** può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di **omissione d'atti d'ufficio** in forza della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323 comma 1 c.p. (Fattispecie in cui è stato ritenuto configurabile il reato di abuso **d'atti d'ufficio** in relazione alla condotta del sindaco e di alcuni funzionari comunali che avevano deliberatamente ommesso di dare esecuzione all'ordinanza di demolizione di un immobile al fine di procurare un indebito vantaggio ai proprietari).

Fonte:

Cassazione Penale 2011, 3, 1045

CED Cassazione penale 2010

Art. 329.

Rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica.

Il militare o l'agente della forza pubblica, il quale rifiuta o ritarda indebitamente di eseguire una richiesta fattagli dall'autorità competente nelle forme stabilite dalla legge, è punito con la reclusione fino a due anni.

Cfr. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 28 settembre 2009, n. 38119 in *Altalex Massimario*.

Art. 331.

Interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità.

Chi, esercitando imprese di servizi pubblici o di pubblica necessità, interrompe il servizio, ovvero sospende il lavoro nei suoi stabilimenti, uffici o aziende, in modo da turbare la regolarità del servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a un anno e con la multa non inferiore a euro 516 .

I capi, promotori od organizzatori sono puniti con la reclusione da tre a sette anni e con la multa non inferiore a euro 3.098.

Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

Cassazione penale , sez. VI , 12/12/2018 , n. 1334

La norma incriminatrice di cui all' articolo 340 del Cp , avendo riguardo al dato testuale e tenuto conto dell'interesse tutelato, sanziona non solo la condotta che abbia comportato l'**interruzione** del **servizio pubblico** di cui si tratti, bensì anche il comportamento che abbia inciso semplicemente sul regolare svolgimento dell'ufficio o **servizio pubblico**. Con la precisazione che, ferma quindi la rilevanza di un'alterazione anche temporanea del **servizio**, essa deve tuttavia rivestire un'oggettiva significatività, risultando così esclusi dalla sfera di operatività della fattispecie incriminatrice i casi in cui la condotta contestata si sia risolta nell'**interruzione** o nell'alterazione della regolarità di "Un singolo atto", senza che tale comportamento abbia inciso in modo apprezzabile sulla funzionalità complessiva dell'ufficio (compete quindi al giudice, precisa la Corte, nella doverosa valutazione dell'effettiva offensività del facere del soggetto agente, considerare la sua ricaduta sullo specifico **servizio** colpito dalla condotta contestata in esame, ma non anche sulla totalità in assoluto del **servizio**, perché, diversamente, ove si tratti di servizi di ampio respiro - come nel caso del..

Fonte:

Guida al diritto 2019, 9, 81

Cassazione penale , sez. II , 09/11/2018 , n. 56361

Il reato di **interruzione** di un ufficio o **serviziopubblico** o di un **servizio** di pubblica necessità. è integrato da qualsiasi comportamento che provochi l'**interruzione** o turbi il regolare svolgimento di un **pubblico servizio** (la norma punisce chi "cagiona", in qualsiasi modo, l'**interruzione** o il turbamento). Non rileva che l'**interruzione** sia definitiva, ne' che il turbamento sia totale, essendo il reato integrato da una **interruzione** momentanea, purché di durata non irrilevante, e da un turbamento relativo, purché non insignificante (fattispecie relativa alla chiusura anticipata di un museo per l'assenza ingiustificata di alcuni dipendenti).

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 17 dicembre

Art. 334.

Sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa.

Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa sottoposta a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa e affidata alla sua custodia, al solo scopo di favorire il proprietario di essa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 516.

Si applicano la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da euro 30 a euro 309 se la sottrazione, la soppressione, la distruzione, la dispersione o il deterioramento sono commessi dal proprietario della cosa affidata alla sua custodia.

La pena è della reclusione da un mese ad un anno e della multa fino a euro 309, se il fatto è commesso dal proprietario della cosa medesima non affidata alla sua custodia.

Cfr. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 1 ottobre 2007, n. 44287, Tribunale di Torre Annunziata, sentenza 9 novembre 2007 e Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 15 gennaio 2008, n. 2168 in Altalex Massimario.

Art. 335.

Violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa.

Chiunque, avendo in custodia una cosa sottoposta a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa, per colpa ne cagiona la distruzione o la dispersione, ovvero ne agevola la sottrazione o la soppressione, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 309.

Art. 335-bis.

Disposizioni patrimoniali.

Salvo quanto previsto dall'articolo 322-ter, nel caso di condanna per delitti previsti dal presente capo è comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi previste dall'articolo 240, primo comma.

Capo II

Dei delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione

Art. 336.

Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale.

Chiunque usa violenza o minaccia a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

La pena è della reclusione fino a tre anni, se il fatto è commesso per costringere alcuna delle persone anzidette a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, o per influire, comunque, su di essa.

Art. 337.

Resistenza a un pubblico ufficiale.

Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale, o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto d'ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Cfr. Cassazione penale, SS.UU., sentenza 24 settembre 2018 n° 40981, Cassazione penale, sez. VI, ordinanza 21 dicembre 2017 n° 57249, Corte d'Appello di Milano, sez. II, sentenza 19 giugno 2007 e Tribunale di Napoli, sez. I, sentenza 12 ottobre 2007 in Altalex Massimario.

Art. 337-bis.

Occultamento, custodia o alterazione di mezzi di trasporto.

Chiunque occulti o custodisca mezzi di trasporto di qualsiasi tipo che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche o predisposizioni tecniche tali da costituire pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 10.329.

La stessa pena di cui al primo comma si applica a chiunque altera mezzi di trasporto operando modifiche o predisposizioni tecniche tali da costituire pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia.

Se il colpevole è titolare di concessione o autorizzazione o licenza o di altro titolo abilitante l'attività, alla condanna consegue la revoca del titolo che legittima la medesima attività.

(1) Articolo inserito dall'art. 4 della L. 19 marzo 2001, n. 92.

Art. 338.

Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario o ai suoi singoli componenti. (1)

Chiunque usa violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario, ai singoli componenti o ad una rappresentanza di esso o ad una qualsiasi pubblica autorità costituita in collegio o ai suoi singoli componenti, per impedirne, in tutto o in parte, anche temporaneamente, o per turbarne comunque l'attività, è punito con la reclusione da uno a sette anni. (2)

Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto per ottenere, ostacolare o impedire il rilascio o l'adozione di un qualsiasi provvedimento, anche legislativo, ovvero a causa dell'avvenuto rilascio o adozione dello stesso. (3)

Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto per influire sulle deliberazioni collegiali di imprese che esercitano servizi pubblici o di pubblica necessità, qualora tali deliberazioni abbiano per oggetto l'organizzazione o l'esecuzione dei servizi.

(1) Rubrica così modificata dall'art. 1, comma 1, lett. c), L. 3 luglio 2017, n. 105. Precedentemente la rubrica era la seguente: «Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario».

(2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), L. 3 luglio 2017, n. 105.

(3) Comma inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b), L. 3 luglio 2017, n. 105.

Art. 339.

Circostanze aggravanti.

Le pene stabilite nei tre articoli precedenti sono aumentate se la violenza o la minaccia è commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite, o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte.

Se la violenza o la minaccia è commessa da più di cinque persone riunite, mediante uso di armi anche soltanto da parte di una di esse, ovvero da più di dieci persone, pur senza uso di armi, la pena è, nei casi preveduti dalla prima parte dell'articolo 336 e dagli articoli 337 e 338, della reclusione da tre a quindici anni e, nel caso preveduto dal capoverso dell'articolo 336, della reclusione da due a otto anni.

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche, salvo che il fatto costituisca più grave reato, nel caso in cui la violenza o la minaccia sia commessa mediante il lancio o l'utilizzo di corpi contundenti o altri oggetti atti ad offendere, compresi gli artifici pirotecnici, in modo da creare pericolo alle persone.

339-bis.

Circostanza aggravante. Atti intimidatori di natura ritorsiva ai danni di un componente di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario. (1)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, le pene stabilite per i delitti previsti dagli articoli 582, 610, 612 e 635 sono aumentate da un terzo alla metà se la condotta ha natura ritorsiva ed è commessa ai danni di un componente di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario a causa del compimento di un atto nell'adempimento del mandato, delle funzioni o del servizio.

(1) Articolo inserito dall'art. 3, comma 1, L. 3 luglio 2017, n. 105.

Art. 340.

Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità.

Chiunque, fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge cagiona un'interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità è punito con la reclusione fino a un anno.

I capi promotori od organizzatori sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni.

Cfr. Cassazione penale, sez. II, sentenza 20 settembre 2007, n. 35178 e Tribunale di Montepulciano, sentenza 20 febbraio 2009, n. 74 in Altalex Massimario.

Art. 341-bis. Oltraggio a pubblico ufficiale. (1)

Chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, offende l'onore ed il prestigio di un pubblico ufficiale mentre compie un atto d'ufficio ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni è punito con la reclusione fino a tre anni.

La pena è aumentata se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Se la verità del fatto è provata o se per esso l'ufficiale a cui il fatto è attribuito è condannato dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'offesa non è punibile.

Ove l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima, il reato è estinto.

(1) Questo articolo è stato premesso all'art. 342 dall'art. 1, comma 8, della L. 15 luglio 2009, n. 94

Tribunale , Napoli , 11/10/2018 , n. 9835

Oltraggio a pubblico ufficiale: l'elemento materiale si verifica solo se l'offesa avvenga alla presenza di più persone e sia effettivamente percepita da queste

CORRUZIONE, CONCUSSIONE E DELITTI CONTRO LA P.A.

Tribunale , Napoli , 11/10/2018 , n. 9835

Con la fattispecie di cui all' art. 341 bis c.p. si vuole salvaguardare l'onore ed il prestigio dei P.U. nel momento in cui l'offesa e` arrecata durante il compimento di un atto d'ufficio e, dunque, a causa o nell'esercizio delle loro funzioni, in un luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più` persone, ed e` proprio

quest'ultima circostanza, ovvero il carattere **pubblico** dell'offesa, che, quindi, travalica la persona del singolo, elemento costitutivo del reato. Per tali ragioni, la condotta ingiuriosa tenuta dall'imputato, se pur avvenuta in luoghi aperti al **pubblico** in entrambe le circostanze riportate dall'accusa (per strada e in Caserma), non essendo stata avvertita da altre persone rispetto all'imputato stesso ed alle due persone offese, manca del requisito della pubblicità e, conseguentemente, non integra il reato de quo. Tale requisito, infatti, va inteso non nel senso prettamente materialistico, ovverosia integrato ogni qualvolta essa avvenga alla presenza di più persone genericamente intese (purché ulteriori rispetto a colui verso il quale tale condotta è rivolta), ma quando l'offesa venga effettivamente percepita da queste.

Fonte:

Redazione Giuffrè 2019

tribunale , Napoli , sez. I , 03/10/2018 , n. 10910

Ai fini della consumazione del reato di **oltraggio** a **pubblico ufficiale** di cui all'art. **341-bis c.p.**, il carcere, la cella e gli ambienti penitenziari devono essere considerati luoghi aperti al **pubblico** e non certo luoghi di privata dimora.

Fonte:

Redazione Giuffrè 2

Cassazione penale , sez. VI , 06/06/2018 , n. 29406

Nel reato di **oltraggio** a **pubblico ufficiale**, di cui all' articolo **341-bis** del **cp** , la presenza di più persone va provata e non può essere desunta dalla circostanza che i fatti si sono svolti sulla pubblica via. A precisarlo è la Cassazione che ha cancellato senza rinvio la sentenza di merito che, invece, aveva dato per scontata la pluralità di persone. Nel caso specifico, il privato aveva offeso alcuni appartenenti alla polizia giudiziaria prima in un'isola ecologica comunale posta all'interno di un parcheggio e poi all'interno del comando dei carabinieri.

Fonte:

Guida al diritto 2018, 30, 22

Corte appello , L'Aquila , 15/05/2018 , n. 1209

Ove ricorrano le condizioni richieste dalla normativa per ravvisare la sussistenza della fattispecie di **oltraggio** a **pubblico ufficiale** ex **341 bis c.p.** va dichiarata l'estinzione del reato stesso per effetto dell'integrale riparazione del danno posta in essere dall' imputato.

Fonte:

Redazione Giuffrè 2019

Art. 342.

Oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario.

Chiunque offende l'onore o il prestigio di un corpo politico, amministrativo o giudiziario, o di una rappresentanza di esso, o di una pubblica autorità costituita in collegio, al cospetto del corpo, della rappresentanza o del collegio, è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000. (1)

La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica, o con scritto o disegno diretti al corpo, alla rappresentanza o al collegio, a causa delle sue funzioni.

La pena è della multa da euro 2.000 a euro 6.000 (2) se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

(1) Le parole: “con la reclusione fino a tre anni” sono state così sostituite dall’art. 11, comma 3, lett. a), della L. 24 febbraio 2006, n. 85

(2) Le parole: “ è della reclusione da uno a quattro anni” sono state sostituite dall’11, comma 3, lett. b) della L. 24 febbraio 2006, n. 85

Art. 343.

Oltraggio a un magistrato in udienza.

Chiunque offende l'onore o il prestigio di un magistrato in udienza è punito con la reclusione fino a tre anni.

La pena è della reclusione da due a cinque anni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate se il fatto è commesso con violenza o minaccia.

Art. 343-bis.

Corte penale internazionale (1)

Le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 340, 342 e 343 si applicano anche quando il reato è commesso nei confronti:

a) della Corte penale internazionale;

b) dei giudici, del procuratore, dei procuratori aggiunti, dei funzionari e degli agenti della Corte stessa;

c) delle persone comandate dagli Stati parte del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale, le quali esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti della Corte stessa;

d) dei membri e degli addetti a enti costituiti sulla base del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale.

(1) Articolo aggiunto dall'art. 10, comma 2, L. 20 dicembre 2012, n. 237.

Art. 345.

Offesa all'autorità mediante danneggiamento di affissioni.

Chiunque, per disprezzo verso l'autorità, rimuove, lacera, o, altrimenti, rende illeggibili o comunque inservibili scritti o disegni affissi o esposti al pubblico per ordine dell'autorità stessa, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 103 a euro 619.

Art. 346. ABROGATO

Millantato credito.

[Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309 a euro 2.065.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 516 a euro 3.098, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare] (1).

1) Articolo abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Art. 346-bis.

Traffico di influenze illecite. (1) (2)

Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi (2).

La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità (3).

La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio (4).

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio (5).

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita.

(1) Articolo aggiunto dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Articolo così modificato dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3, a decorrere dal 31 gennaio 2019.

Cassazione penale , sez. VI , 14/12/2016 , n. 4113

Le condotte di colui che, vantando un'influenza effettiva verso il pubblico ufficiale, si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione o col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale, riconducibili, prima della legge n. 190 del 2012, al reato di millantato credito, devono essere sussunte dopo l'entrata in vigore di detta legge, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., nella fattispecie di cui all'art. 346 bis cod. pen., che punisce il fatto con pena più mite, atteso il rapporto di continuità tra norma generale e quella speciale. (Fattispecie in cui l'imputata aveva ottenuto il versamento di una somma di denaro e si era adoperata per promuovere un accordo corruttivo, non perfezionato, diretto ad alterare l'esito di una prova selettiva mediante l'intervento di soggetti interni alla procedura concorsuale).

Fonte:

CED Cass. pen. 2017

Cassazione penale , sez. VI , 26/02/2016 , n. 23355

Il delitto di **traffico** di **influenze illecite** di cui all'art. 346-bis c.p. costituisce una “nuova incriminazione” che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, c.p., non si applica ai fatti in esame anteriori all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012.

Fonte:

Cassazione Penale 2017, 1, 176 (nota di: Cingari)

Cassazione Penale 2016, 10, 3591 NOTA (s.m.) (nota di: GAMBARDELLA)

30 Ancora sul traffico di influenze illecite LOBBYING E RISCHIO PENALE
di Elisa Scaroina(*)

c.p. art. 346-bis

L. 06-11-2012, n. 190, epigrafe

L'autore analizza la nuova fattispecie di traffico di influenze illecite prevista dall'art. 346 bis c.p. evidenziando come l'assenza, allo stato, di una disciplina sostanziale dell'attività di lobbying, nonché, più in generale, di una regolamentazione del procedimento di formazione e partecipazione alle determinazioni dei decisori pubblici, rischi di rendere assai fluido il confine tra condotte lecite e fatti realmente prodromici alla corruzione e quindi meritevoli di sanzione penale.

Sommario: **Certezza delle regole, prevedibilità delle decisioni giudiziarie e rischio penale - Il nuovo reato di traffico di influenze illecite - Il contesto nazionale e internazionale - La fattispecie oggi prevista all'art. 346 bis c.p. - Un primo bilancio della riforma - Traffico di influenze e limiti dell'attività discrezionale e normativa del pubblico agente - I rischi penali dell'attività di lobbying - La prospettiva di regolamentazione sul piano sostanziale dell'attività di lobbying**

Certezza delle regole, prevedibilità delle decisioni giudiziarie e rischio penale

L'attività di *lobbying* è ormai una delle tipiche forme attraverso le quali i portatori d'interessi - e in particolare di quelli di natura economica - si rapportano con i decisori pubblici in modo da influenzarne le determinazioni.

Il tema del difficile bilanciamento tra giustizia e sviluppo economico si prospetta, soprattutto nel momento attuale, particolarmente stimolante per il penalista, ben consapevole di muoversi in questo contesto come il classico elefante in un negozio di cristalli pregiati.

Il compito del diritto penale è infatti quello di rispondere a "bisogni di tutela e (in qualche misura) di giustizia, in parte radicati in strutture elementari ed universali della convivenza fra uomini (non uccidere, non rubare, non imbrogliare), in parte legati a variabili storiche, a strutture di potere, a concezioni diverse (anche molto diverse) dell'uomo e del mondo. Il catalogo dei reati e delle pene è un luogo di scelte politiche che presentano costanti di lunga durata, e variabili legate a indirizzi politici contingenti"⁽¹⁾. Quest'ultima notazione vale in particolar modo per quanto riguarda il diritto penale dell'economia, terreno di elezione dei *mala quia prohibita* e ontologicamente fortemente condizionato dalle scelte della politica che se ne avvale quale strumento di lotta (ovvero, talvolta, di propaganda mediatica di lotta) nei

confronti dei vari e contingenti "nemici": il malaffare sistemico, i pericoli della società del rischio, la circolazione dei capitali illeciti, la lesione dei (più vari) interessi dei consumatori e degli operatori del mercato⁽²⁾. La presenza massiccia dell'arma della pena in pressoché tutti gli interventi legislativi di maggior rilievo succedutisi negli ultimi anni assolve ad una funzione pedagogica⁽³⁾ e, insieme, "rassicurante" della collettività che, particolarmente sensibile al risuonare della sua minaccia, pare però poi totalmente disinteressata alle ricadute in termini di effettività e reale efficacia della sanzione⁽⁴⁾. In sostanza, si è osservato, il diritto penale è stato eletto "come unico terreno di governo del paese, di legittimazione degli amici e di delegittimazione degli avversari"⁽⁵⁾. Piuttosto che farsi carico dell'arduo compito di "mettere mano" alle reali cause dei comportamenti che minacciano la collettività (rivedendo le regole sostanziali, intervenendo sulla formazione e sulla cultura, accentuando i controlli preventivi), si preferisce la strada - popolare e soprattutto a buon mercato - dell'intervento penalistico assunto a simbolo della serietà e del rigore con cui il legislatore mostra di voler affrontare i problemi⁽⁶⁾.

Senonché, si osserva, "gli uomini colgono solo il volto amichevole del Leviatano, quello che restituisce sicurezza, ignorando il pericolo della sua tirannia"⁽⁷⁾. Occorre invece guardare con lucidità e disincanto ai danni - potenzialmente enormi - che un uso "disinvolto" e massivo del diritto penale (in sede legislativa e giudiziaria) può provocare in particolare rispetto al settore dell'economia a cui le sue attenzioni sono sempre più - in teoria a fin di bene - rivolte.

Indipendentemente infatti da quelli che saranno nel lungo periodo gli effetti (curativi o nocivi) di questa massiccia somministrazione della medicina penalistica sugli operatori economici, già da ora è possibile formulare alcune considerazioni sui risultati che essa rischia di produrre da un lato sulla corretta evoluzione delle dinamiche economiche; dall'altro su quelli che sono i principi fondamentali della materia penalistica su cui ci siamo tradizionalmente formati.

Sotto il primo profilo, un diritto penale ipertrofico, che si accompagna a discipline sostanziali lacunose, confuse e a tratti addirittura in contraddizione tra loro ovvero destinate a "sgomitare" per ritagliarsi uno spazio, finisce inevitabilmente e paradossalmente con il favorire l'illegalità che si alimenta di cavilli, eccezioni a principi generali, attribuzione di plurime competenze agli organi amministrativi più disparati, con grave danno dell'intero sistema economico.

E in questo scenario il pericolo dell'errore in buona fede (ovvero dell'interpretazione strumentale delle norme) aumenta in modo esponenziale, accrescendo a dismisura il rischio penale connesso all'esercizio delle attività imprenditoriali⁽⁸⁾ e rendendo una mera utopia l'obiettivo - fondamentale per la crescita dell'economia del nostro Paese - della prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁽⁹⁾.

Il tutto non può che costituire un limite alla libertà e alla crescita dell'impresa, valore che riceve diretta tutela dall'art. 41 della nostra Costituzione e che è stato con fermezza ribadito in una recente e assai significativa - anche per il contesto in cui è stata resa - sentenza della Corte costituzionale che ha richiamato gli operatori del diritto ad attuare un corretto bilanciamento tra le ragioni dell'impresa e quelle della

giustizia, evitando di dare anche soltanto l'impressione di chiudersi in un mondo autoreferenziale e formalistico, insensibile alle esigenze concrete di quello reale⁽¹⁰⁾.

Sotto un secondo profilo, a questa riflessione di natura sistematica se ne aggiunge un'altra di ordine più strettamente giuridico: l'eccessiva esposizione cui il diritto penale è stato costretto in questi ultimi anni rischia di compromettere e contaminare la sua stessa natura, i suoi valori fondanti. E non mancano del resto voci autorevoli volte a evidenziare alcuni aspetti particolarmente emblematici di tale forma di consunzione (per abuso) del mezzo: "i "beni giuridici" diventano fluidi e altamente astratti, col che cessano di svolgere la classica funzione di limite alla punibilità; le fattispecie si limitano spesso a descrivere condotte di pericolo astratto; si prescinde dal requisito del dolo di danno o di pericolo, essendo sufficiente il semplice comportamento colposo a giustificare la punibilità; le persone giuridiche diventano titolari di responsabilità penali. Ma soprattutto si viene trasformando la funzione di minaccia e di esecuzione delle sanzioni penali: esse non sono più (soltanto) al servizio delle regole fondamentali della convivenza associata, bensì vengono impiegate per assicurare e rafforzare regole di comportamento, a loro volta, funzionali a disparati interessi e che, in linea generale, dovrebbero assicurare l'ordinato svolgersi della vita economica"⁽¹¹⁾. Così facendo, conclude l'Autore, si perde "il tratto distintivo del diritto penale" che finisce per rappresentare un - costoso e solo apparentemente più incisivo - puntello delle discipline che dovrebbero avere una vocazione più marcatamente regolatoria (diritto civile, diritto amministrativo, diritto tributario ecc.).

Per far sì che il rapporto tra diritto penale ed economia torni ad essere in equilibrio è necessario un deciso passo indietro del primo che deve riprendere ad assolvere alla sua tradizionale funzione di *extrema ratio*⁽¹²⁾, rinunciando a quell'improprio ruolo di protagonista cui si faceva prima riferimento. Ruolo che non gli compete e che - proprio per questo - rischia di non essere in grado di svolgere efficacemente, mancando degli strumenti (anzitutto di quelli che attengono alla fase del controllo, con conseguente aumento del ricorso alle misure cautelari e di prevenzione) e con il concreto pericolo di creare gravi conflitti con i principi costituzionali che lo presidiano.

In questa prospettiva, si badi, non si intende legittimare la deregolamentazione dei comportamenti, ma piuttosto e al contrario evidenziare l'importanza della creazione di chiare regole di natura sostanziale che dovrebbero precedere, limitare e, soprattutto, rendere più certi e prevedibili i presupposti dell'intervento penale.

Il nuovo reato di traffico di influenze illecite

Un esempio che mi sembra di particolare attualità quanto alla fondatezza delle considerazioni fin qui esposte, è quello dei confini - potenzialmente assai labili - tra l'attività di *lobbying* e i reati di corruzione e, soprattutto, di traffico di influenze illecite.

La questione della regolamentazione di detta attività - da tempo ormai all'attenzione del legislatore - è diventata di urgente attualità a seguito della riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione operata con la **L. n. 190 del 2012**⁽¹³⁾.

Nel momento in cui, anche in ragione delle ormai ineludibile richieste di riforma provenienti dal contesto internazionale, il legislatore ha deciso di mettere mano alla disciplina della corruzione, si è posto anche il problema della criminalizzazione del *traffico di influenze illecite*, ovvero dell'intermediazione illecita presso il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, come efficacemente evidenziato dall'*Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, consiste in un "*corrupt behaviour of those persons who are in the neighbourhood of power and try to obtain advantages from their situation, contributing to the atmosphere of corruption. It permits Contracting Parties to tackle the so-called "background corruption", which undermines the trust placed by citizen on the fairness of public administration*" (art. 12, par. 64).

Il contesto nazionale e internazionale

Che si trattasse per la verità di un intervento non più procrastinabile emerge chiaramente dall'analisi non soltanto delle Convenzioni internazionali in materia di corruzione, ma anche degli ordinamenti di altri Paesi europei che da tempo hanno adottato una disciplina della materia.

Quanto alle prime viene anzitutto in considerazione l'art. 18 della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003, ratificata dall'Italia con **L. 3 agosto 2009, n. 116** (c.d. Convenzione di Merida) che imponeva al legislatore italiano l'adozione di misure legislative necessarie "per conferire il carattere di illecito penale" al "fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità dello Stato parte". Analogamente, sotto l'espressa rubrica di "Traffico d'influenza", l'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa del 1999, ratificata dal nostro Paese con la **L. 28 giugno 2012, n. 110** (c.d. Convenzione di Strasburgo), richiedeva di punire il "fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza" su un pubblico agente, "così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettare l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure la supposta influenza sortisca l'esito ricercato"⁽¹⁴⁾.

Le "istruzioni" erano, dunque, di assoluta chiarezza così come il rimprovero immediatamente seguito al loro mancato recepimento lapidariamente espresso nella relazione del GRECO del 20-23 Marzo 2012⁽¹⁵⁾ e non si vede come il nostro Governo - pure firmatario (senza apporre riserve⁽¹⁶⁾) delle suddette Convenzioni - avrebbe potuto continuare a sottrarsi alla loro concreta esecuzione⁽¹⁷⁾. Semmai, potrebbe imputarsi al legislatore italiano di aver recepito una versione "minimalista" della "fattispecie modello" di traffico di influenze, laddove, in particolare, ha scelto di non estendere la punibilità anche al privato che dia o prometta un'utilità ad un soggetto che - semplicemente - millanti credito presso un pubblico agente ai sensi **dell'art. 346**

c.p.; di non prevedere, intervenendo sull'art. 322 *bis* c.p., la rilevanza penale anche del traffico di influenze che coinvolga un pubblico agente straniero, nonché di escludere l'art. 346 *bis* c.p. (così come l'art. 346 c.p.) dai reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001. Non può poi non sottolinearsi, quanto alle differenze rispetto alla fattispecie "attesa" in ambito internazionale ed europeo, lo sforzo di maggiore tipizzazione compiuto dal legislatore nazionale che non soltanto ha introdotto un doppio requisito di illecità speciale (richiedendo sia che il mediatore riceva "indebitamente" un compenso per la propria attività, sia che detta attività di mediazione sia "illecita"⁽¹⁸⁾), ma ha anche ristretto la rilevanza penale del fatto esclusivamente alle ipotesi in cui oggetto della mediazione sia "un atto contrario ai doveri di ufficio" ovvero l'omissione o il ritardo di un atto dell'ufficio" e il relativo prezzo "denaro o altro vantaggio patrimoniale", in luogo di qualsiasi utilità⁽¹⁹⁾.

La mancanza - nel sempre più complesso mosaico di disposizioni (penali e sostanziali) volte alla prevenzione e repressione a tutto campo dei fenomeni di corruzione (secondo la prospettiva del *comprehensive approach*⁽²⁰⁾) - di una fattispecie di traffico di influenze illecite era peraltro stata messa in evidenza anche dalla giurisprudenza nazionale.

L'inadempimento del nostro Paese rispetto agli obblighi posti dalla Convenzione di Merida veniva ad esempio espressamente rilevato dalla Cassazione nel contesto della nota ed articolata vicenda processuale relativa al c.d. "Lodo Mondadori" che, come noto, riguardava un magistrato romano accusato di corruzione per aver messo in contatto una delle parti di un processo civile con altra persona in grado di avvicinare un componente del collegio della Cassazione investito della causa. In quell'occasione, nell'assolvere l'imputato sul presupposto che l'atto oggetto di mercimonio non fosse riconducibile all'esercizio delle funzioni svolte dal magistrato, la Suprema Corte evidenziava che "il caso in esame per come contestato e ricostruito, è inquadrabile nel c.d. 'traffico di influenza'", fattispecie che era all'epoca, "al di fuori della tipicità della norma incriminatrice presente nel nostro ordinamento, la quale presuppone un nesso tra il pubblico ufficiale e l'atto d'ufficio oggetto del mercimonio e non può essere dilatata fino al punto da comprendervi, con una operazione analogica non consentita in materia penale, anche la mera venalità della carica"⁽²¹⁾.

In tale contesto, mentre da parte di taluno si caldeggiava l'introduzione del reato di traffico di influenze illecite⁽²²⁾, non erano mancati tentativi di conquistare spazi di punibilità rimodellando la fattispecie di millantato credito secondo una logica proattiva e in una prospettiva "più adatta ai bisogni di una società come la nostra"⁽²³⁾. In questa prospettiva, si suggeriva dunque una lettura dell'art. 346 c.p. che consentisse di intendere la fattispecie come non più limitata solo a intercettare le condotte di *venditio fumi* ma in grado di colpire i casi di credito esistente, ma amplificato. Lettura, quest'ultima che dopo aver ricevuto consensi in dottrina⁽²⁴⁾, è stata fatta propria dalla giurisprudenza⁽²⁵⁾ che, muovendo anche dalla constatazione che la tradizionale struttura bilaterale su cui si fonda l'accordo corruttivo (corrotto-corruttore) era stata da tempo superata dall'intervento illecito di ulteriori soggetti

con una precisa funzione d'intermediazione tra il privato e il pubblico agente⁽²⁶⁾, aveva ampliato l'ambito applicativo sia della corruzione (in particolare accogliendo una nozione quanto mai estesa dell'"atto d'ufficio") che del millantato credito (svilendo la - invero chiara - connotazione del requisito di fraudolenza e ritenendo la sussistenza del reato anche nel caso in cui il rapporto con il pubblico ufficiale fosse effettivo e non solo vantato).

Rimanevano tuttavia comunque fuori i casi in cui - come appunto quello "Lodo Mondadori" - non risultavano elementi tali da poter ritenere sussistente un millantato credito, restando inoltre comunque esclusa la possibilità di punire anche chi effettuava la dazione indebita.

D'altra parte, la scelta della criminalizzazione del traffico di influenze risulta tutt'altro che indolore. Essa pone infatti delicati problemi di bilanciamento tra interessi contrastanti e determina il rischio di turbare il sempre precario e delicato equilibrio tra potere giudiziario e poteri legislativo ed esecutivo. Ciò è dimostrato anche dal variegato atteggiamento assunto al riguardo nel contesto del panorama internazionale⁽²⁷⁾: a fronte di Paesi che già da tempo hanno introdotto tale reato nei rispettivi ordinamenti - quali in particolare la Spagna⁽²⁸⁾, la Francia⁽²⁹⁾ e il Portogallo⁽³⁰⁾ - ve ne sono invece altri che, pur avendo aderito alle Convenzioni di Merida e Strasburgo, hanno ritenuto di non prevedere una fattispecie *ad hoc*, sul presupposto, non sempre effettivamente esistente, della sufficienza degli strumenti interni ai fini della lotta "a tutto campo" alla corruzione⁽³¹⁾.

Altri ancora - e ciò è di particolare rilievo ai fini della presente indagine - si sono invece espressamente rifiutati di punire la condotta di traffico di influenze illecite, sul presupposto che la relativa fattispecie sarebbe caratterizzata da un insuperabile *deficit* di tassatività: questo è in particolare il caso della Svizzera che ha apposto una specifica riserva in merito, impegnandosi a dare applicazione all'art. 12 soltanto nella misura in cui i fatti ivi descritti costituiscano già corruzione secondo il proprio diritto interno⁽³²⁾. Al di là del rischio di sovrapposizione della fattispecie con quelle di corruzione già previste dal codice penale svizzero agli artt. 322 *ter*, 322 *quater*, 322 *quinquies* e 322 *sexies*⁽³³⁾, si oppone soprattutto la preoccupazione che la definizione di traffico d'influenza di cui all'art. 12 della Convenzione non sia sufficientemente dettagliata e possa tra l'altro tradursi in una limitazione dell'attività di *lobbying*, pienamente riconosciuta e praticata in Svizzera. Netta sul punto è la posizione del Consiglio federale svizzero secondo il quale "le relazioni personali e sociali descritte esistono ovunque e non si può pertanto escludere che una stretta connessione fra politica, economia e amministrazione pubblica, come la conosciamo anche in Svizzera, porti a una sorta di cameratismo o addirittura, in casi particolari, al traffico d'influenza. Tali legami si instaurano soprattutto nell'ambito di amicizie reciproche o della comune appartenenza a gruppi d'interesse e costituiscono anzitutto un fenomeno di società che non dovrebbe necessariamente diventare oggetto di un intervento del diritto penale"⁽³⁴⁾. In sostanza, l'influenza astrattamente esercitabile da soggetti esterni alla pubblica amministrazione non deve considerarsi necessariamente nociva e, addirittura, penalmente rilevante, potendo assumere

valenza positiva in considerazione del contributo conoscitivo e propositivo che da essa può derivare.

In definitiva il messaggio è che in contesti - quale per l'appunto quello svizzero - dove si riconosce la piena legittimità dell'opera dei gruppi di pressione, ma dove nel contempo esiste una rigida disciplina volta ad assicurare la trasparenza dell'attività politica, sia avendo riguardo a eventuali conflitti d'interesse⁽³⁵⁾, sia all'attività di *lobbying*⁽³⁶⁾, la tendenza è nel senso di una drastica riduzione degli spazi di intervento del giudice penale.

La fattispecie oggi prevista all'art. 346 bis c.p.

Il contesto storico e internazionale fin qui tracciato vale a fornire utili spunti per il corretto inquadramento del delitto di traffico di influenze introdotto, come noto, all'art. 346 bis c.p. dalla **L. n. 190 del 2012** a seguito di un *iter* significativamente molto travagliato⁽³⁷⁾.

Tra i due modelli astrattamente "importabili" di traffico di influenze, quello incentrato sullo "scopo" che l'attività mira a realizzare (condizionare indebitamente le scelte del pubblico agente) e quello invece focalizzato sui "mezzi" di persuasione (abusivi) adoperati dal facilitatore⁽³⁸⁾, la scelta del legislatore italiano è caduta sul primo: introducendo il reato di cui all'art. 346 bis c.p., si mira a eliminare il pericolo di "contatti" indebiti - potenzialmente prodromici a una vera e propria attività corruttiva - con il pubblico agente. Ai fini della consumazione del reato, non è dunque richiesto, diversamente da quanto avviene per esempio nel modello spagnolo, l'effettivo esercizio dell'influenza illecita, essendo la punibilità anticipata al momento della mera retribuzione ovvero della sua semplice promessa in vista del (futuro ed eventuale) approccio del pubblico ufficiale⁽³⁹⁾.

Il traffico di influenze illecite può dunque assumere oggi due vesti: nel caso della c.d. mediazione onerosa, l'accordo prevede che il *faccendiere* trattenga per sé il compenso illecito che è dunque interamente volto a remunerare l'impegno da lui assunto a creare il contatto con il pubblico agente; nel caso invece della c.d. mediazione gratuita il vantaggio è finalizzato a retribuire il pubblico agente per l'atto contrario ai doveri d'ufficio⁽⁴⁰⁾.

Il nuovo reato aspira all'evidenza ad occupare lo spazio - invero ristretto⁽⁴¹⁾ - lasciato libero da un lato dai reati di corruzione, nel ruolo di loro "sorella minore"⁽⁴²⁾; dall'altro dal delitto di millantato credito punito dal - non a caso - contiguo **art. 346 c.p.** che, tornato finalmente nel suo naturale alveo di delitto contro il patrimonio del "truffato", si configura allorquando un soggetto, per l'appunto millantando un'inesistente credito presso un pubblico agente, riceva o si faccia promettere, per sé o per altri, denaro o altra utilità, come prezzo per la propria mediazione ovvero a titolo di remunerazione del pubblico agente. Quanto in particolare ai rapporti con quest'ultima fattispecie, non si è peraltro rinunciato a rimarcare "il risultato paradossale che una riforma presentata all'insegna del rafforzamento della repressione dei reati contro la pubblica amministrazione ha prodotto, almeno in questo caso, l'esito contrario", posto che la modifica normativa conduce a punire meno gravemente - e quindi tra l'altro a precludere l'applicazione di misure cautelari personali - chi vanti un'influenza sul

pubblico ufficiale effettivamente esistente⁽⁴³⁾, condotta potenzialmente più pericolosa di quella del semplice millantatore che non ha alcuna possibilità di "arrivare" al pubblico agente⁽⁴⁴⁾. In realtà, la differenza sanzionatoria ben potrebbe spiegarsi alla luce del fatto che il millantato credito ha, a differenza del traffico di influenze, natura plurioffensiva e dunque lede, accanto al prestigio della pubblica amministrazione, anche il patrimonio o, quanto meno, la libertà del consenso del soggetto interessato al contatto con il pubblico agente⁽⁴⁵⁾. Da ciò discende anche la scelta - coerente con quella già operata in materia di concussione - di punire soltanto nel caso di traffico di influenze il soggetto che vuole stabilire il contatto con il pubblico agente, considerandolo invece vittima di una sorta di truffa in atti illeciti nel caso in cui l'influenza sia per l'appunto solo millantata⁽⁴⁶⁾.

L'ambito di operatività dell'art. 346 *bis* c.p. è dunque ben definito e limitato a condotte comunque astrattamente rilevanti e meritevoli di tutela penale. La fattispecie anticipa la soglia della protezione nei confronti di comportamenti non integranti di per sé né una corruzione consumata, né tentata, ma comunque potenzialmente idonei a ledere il buon andamento dell'attività amministrativa e la corretta competizione in ambito economico che rischiano di essere lesi sia nel caso in cui l'atto illegittimo sia frutto di un *pactum sceleris* diretto tra il privato e il pubblico ufficiale, sia allorquando la distorsione sia conseguenza di una pressione di quest'ultimo da parte di un terzo. Come è stato efficacemente evidenziato, "il messaggio che il codice penale dovrebbe, allora, convogliare ai consociati ci parrebbe semplicemente il seguente: non si deve ricevere, né dare o promettere ad alcuno denaro o altra utilità, allo scopo di influire indebitamente sull'attività dei pubblici funzionari"⁽⁴⁷⁾.

Ne è risultato un quadro sanzionatorio potenzialmente più completo e armonico rispetto al passato, dove il pagamento del pubblico ufficiale (eventualmente anche insieme all'intermediario) integra la corruzione; l'intermediazione illecita che non dia luogo alla retribuzione del pubblico agente (nemmeno in termini di mero tentativo), ma che sia fondata su "relazioni esistenti" con il pubblico agente⁽⁴⁸⁾, il traffico d'influenze e la semplice vanteria volta a sollecitare una illecita remunerazione il millantato credito⁽⁴⁹⁾. Si è parlato dunque, in questa prospettiva, di un reato di pericolo astratto, definizione che, tuttavia, è stato correttamente osservato, più opportunamente si attaglia alla c.d. mediazione gratuita, condotta che si colloca in effetti "all'inizio dell'itinerario criminoso che marcia verso la corruzione, ovviamente in un contesto di concorso di persone". Più incerta appare invece la concreta materialità dell'ipotesi di c.d. mediazione onerosa, laddove "a rigore non è presente uno sbocco corruttivo, l'illecito finisce così per concentrare il suo disvalore nel momento dello scambio addirittura tra due privati e addirittura in vista di un lontano illecito del pubblico agente che potrebbe anche non essere criminoso. Insomma il disvalore evapora al di là del pericolo, pur generico e remoto, di un comportamento pubblico ispirato a corruzione; e finisce per radicarsi nella tessitura di una maglia di "relazioni pericolose" che avvolgono i pubblici agenti in un clima di illeciti condizionamenti"⁽⁵⁰⁾.

Consapevole di tale rischio, il legislatore penale, nell'introdurre la fattispecie di traffico di influenze, si è preoccupato - in controtendenza rispetto alla dilagante "giurisdizionalizzazione" della fase genetica delle norme⁽⁵¹⁾ - di tracciare in termini per quanto possibile netti il confine tra il reato e le - lecite e a volte anche utili - condotte volte a facilitare un dialogo con gli amministratori della cosa pubblica, quale in particolare, come si dirà, l'attività di *lobbying*.

In questa prospettiva deve essere inteso l'insistente ricorso a elementi di illiceità speciale: l'avverbio "indebitamente" che accompagna la condotta di dazione o di promessa, e, soprattutto⁽⁵²⁾, l'aggettivo "illecita" che definisce il presupposto della mediazione⁽⁵³⁾. Lungi dal rappresentare il mero e automatico riflesso di una condotta da considerare già intrinsecamente tipica, tali incisi valgono anzitutto a esprimere l'intenzione del legislatore di circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante a comportamenti che non siano in alcun modo riconosciuti dall'ordinamento come legittimi. Si è al riguardo evidenziato che "può considerarsi lecita l'intermediazione unicamente basata sul "prestigio professionale", e cioè sulla competenza tecnica, sulla positiva esperienza acquisita e sulla perizia e solerzia dimostrate (*know how*), e per converso illecita l'interposizione che trovi anche parzialmente causa in un ascendente extraprofessionale del mediatore (*know who*)"⁽⁵⁴⁾

Ancora volta a restringere l'ambito applicativo della fattispecie sembra essere la (consapevole) scelta di non fare riferimento all'art. 318 c.p.⁽⁵⁵⁾ nella clausola di consunzione posta in apertura della norma, nonché e di riflesso l'indicazione per cui dovrà attribuirsi rilevanza penale alle sole mediazioni finalizzate - indipendentemente dalla loro natura onerosa o gratuita⁽⁵⁶⁾ - al compimento di "un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio", con conseguente inapplicabilità dell'art. 346 *bis* c.p. ai casi in cui la remunerazione sia corrisposta per l'asservimento della funzione⁽⁵⁷⁾.

Argini che, in assenza di una compiuta regolamentazione in chiave sostanziale dei conflitti d'interesse degli amministratori della cosa pubblica e dell'attività di *lobbying*, rischiano però di risultare troppo fragili e probabilmente insufficienti a contenere la già manifestatasi tendenza della giurisprudenza a svilire la tipicità della fattispecie⁽⁵⁸⁾.

Un primo bilancio della riforma

Mentre infatti la riforma (nel suo complesso) sembrerebbe aver positivamente influito sulla percezione che l'opinione pubblica ha dei fenomeni corruttivi⁽⁵⁹⁾, la realtà applicativa pare aver dato finora ragione alle preoccupazioni espresse dalla dottrina, sia per quanto riguarda il ristretto spazio applicativo riconosciuto al traffico di influenze illecite rispetto alle contigue e ingombranti fattispecie di corruzione, sia quanto ai rischi connessi alla carenza di determinatezza della norma.

Sotto il primo profilo, il rapporto tra le fattispecie - impostato in termini di progressione criminosa - appariva astrattamente chiaro nella prospettiva della dottrina, per la quale il traffico d'influenze era destinato attribuire rilievo penale agli preparatori ad una corruzione, laddove sia il tentativo (art. 56 c.p.) che l'istigazione (art. 322 c.p.) che, infine, la consumazione (artt. 319 e 319 *ter* c.p.), sono già adeguatamente presidiati⁽⁶⁰⁾. Il problema, dunque, stante la linearità e coerenza

astratta del quadro normativo, si spostava piuttosto sulle difficoltà insite nell'accertamento concreto, non risultando sempre agevole ricostruire il quadro dei rapporti che coinvolgono il facilitatore, il privato e il potenziale corrotto al fine di ascrivere lo specifico fatto alla sua propria fattispecie astratta (corruzione, traffico d'influenze, millantato credito)⁽⁶¹⁾: emblematico il caso in cui il facilitatore faccia leva su un rapporto realmente esistente con il pubblico agente per accreditarsi presso il privato senza tuttavia avere alcuna intenzione di avvalersene in concreto.

In tale contesto la scarsa casistica giurisprudenziale che caratterizza la fattispecie dimostra già di per sé che il traffico di influenze è stato - soprattutto nella forma c.d. "gratuita" - fagocitato nella prassi dalla contigua figura della corruzione propria (a cui la fattispecie è espressamente "subordinata" in virtù della clausola di consunzione).

In giurisprudenza si è ad esempio affermato che "dal punto di vista strutturale, elemento differenziale tra le fattispecie corruttiva e quella del traffico di influenze è la connotazione causale del "prezzo", destinato - nel traffico di influenze - a retribuire l'opera di mediazione, e non potendo detto prezzo, neppure in parte, essere destinato all'agente pubblico, altrimenti realizzandosi un concorso nella corruzione attiva"⁽⁶²⁾. A prescindere dalla correttezza della soluzione del caso concreto⁽⁶³⁾, il principio qui espresso non pare condivisibile: sussiste infatti corruzione se la somma è non solo destinata astrattamente al pubblico agente, ma se ne è stata accettata concretamente la promessa o la dazione, anche ove l'accordo criminoso, per qualsiasi motivo, non vada a buon termine. E d'altra parte nel caso della c.d. mediazione gratuita è ben possibile (e anzi espressamente previsto) che la remunerazione sia in tutto o in parte destinata al pubblico agente.

La giurisprudenza - non senza una certa riluttanza - si è invece arresa di fronte alla linearità del rapporto che oggi esiste tra millantato credito e traffico d'influenze, rinunciando a forzare il principio di legalità come fin qui avvenuto: in discontinuità con il passato, l'art. 346 c.p. trova oggi applicazione solo nel caso in cui il soggetto attivo "venda" una relazione in realtà inesistente con un pubblico ufficiale, risultato che, come già visto, non ci si astiene dal valutare "paradossale", stante la minore gravità della pena prevista per il nuovo traffico di influenze illecite⁽⁶⁴⁾.

Traffico di influenze e limiti dell'attività discrezionale e normativa del pubblico agente

La pronuncia menzionata offre lo spunto per una riflessione circa un ulteriore aspetto che rischia di determinare non pochi problemi rispetto alla definizione dei corretti ambiti applicativi della fattispecie. La vicenda - come detto finora risolta nel senso della sussistenza del traffico di influenze - aveva infatti a oggetto la presunta attività di mediazione esercitata dall'allora consulente giuridico di un ex Ministro dell'economia al fine di influire sullo stanziamento di finanziamenti statali a opera del CIPE a favore di un consorzio impegnato nella realizzazione di un'importante opera pubblica. Occorre dunque, alla luce della novella, (tornare a) interrogarsi in merito alla effettiva possibilità che, ai fini dell'integrazione della fattispecie, oggetto della

mediazione illecita sia il compimento di un atto discrezionale⁽⁶⁵⁾, se non addirittura - ipotesi tutt'altro che remota - l'attività normativa del pubblico agente.

Il tema - già ampiamente scandagliato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla previgente formulazione dell'art. 319 c.p. rispetto alla quale era stata accolta una nozione quanto mai ampia dell'atto d'ufficio, idonea a ricomprendere anche il c.d. asservimento della funzione nonché gli atti discrezionali⁽⁶⁶⁾ - merita oggi di essere nuovamente affrontato alla luce delle modifiche della fattispecie di corruzione, nonché dell'introduzione del reato di traffico di influenze illecite.

Pur non potendo in questa sede approfondire nel dettaglio le scelte del legislatore del 2012 in punto di rimodulazione dei rapporti tra i reati di cui agli artt. 318 e 319 c.p.⁽⁶⁷⁾, si deve però notare come emerga precisa e chiara la volontà di (ri)tracciare una netta linea di confine tra il generico asservimento della funzione e il più pregnante "atto contrario ai doveri d'ufficio"⁽⁶⁸⁾ e, più in generale, di favorire un recupero della determinatezza e di un'interpretazione rigorosamente restrittiva di tale nozione. Tale intenzione rischia però nuovamente di scontrarsi con la tendenza giurisprudenziale a estendere l'ambito applicativo della fattispecie della corruzione (propria), facendo leva ancora una volta sulla dilatazione, per quanto oggi ancora consentito, proprio della nozione di atto d'ufficio⁽⁶⁹⁾.

Senonché non può trascurarsi di considerare che l'atto d'ufficio assume nelle intenzioni del legislatore una fondamentale valenza tipizzante (non soltanto in vista della regolamentazione dei rapporti tra artt. 318 e 319 c.p., ma anche) per l'individuazione dell'ambito del penalmente rilevante ai fini del traffico di influenze, essendosi scelto, come si è visto, di ancorare proprio all'atto oggetto di mercimonio l'obiettivo di minimizzare "il rischio che l'elevato tasso di anticipazione della tutela, così come concepito dall'art. 346 *bis* c.p., porti ad una eccessiva "smaterializzazione della fattispecie", rendendo oltremodo sfumati i profili di offesa ai beni tutelati"⁽⁷⁰⁾. In tale prospettiva l'atto dovrà essere necessariamente determinato (e non soltanto determinabile), nonché - ed è questo il tema più delicato - valutabile in termini di contrarietà o meno ai doveri d'ufficio.

Posta in questi termini, stante anche il peculiare terreno di elezione della fattispecie di traffico di influenze illecite, la questione si prospetta soprattutto con riferimento all'attività normativa al cui condizionamento - in termini tendenzialmente propositivi e positivi - l'attività di *lobbying* è fisiologicamente diretta.

La dottrina penalistica si è come noto in passato interrogata sulla possibilità di applicare ai parlamentari lo statuto penale della pubblica amministrazione, possibilità che sembrerebbe trovare conferma nella formulazione dell'art. 357 c.p., che per l'appunto annovera tra i pubblici ufficiali coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa. Possibilità che deve essere valutata alla luce dell'art. 68 Cost., nonché, avendo specifico riguardo alla fattispecie di corruzione propria, tenendo conto della natura assolutamente discrezionale dell'atto legislativo⁽⁷¹⁾.

Al riguardo, non si può concordare con la tesi della radicale esclusione dei parlamentari dal novero dei soggetti attivi dei reati contro la pubblica amministrazione⁽⁷²⁾ in ragione della sua contrarietà non soltanto, a ben vedere, alla

stessa disciplina posta dall'art. 68 Cost.⁽⁷³⁾, ma anche a criteri di equità e ragionevolezza. Ferma dunque la punibilità di fatti che esulino dalle prerogative dell'insindacabilità⁽⁷⁴⁾, pare comunque che ammettere il sindacato del giudice penale quanto alla contrarietà o meno al dovere d'ufficio degli atti più tipici dell'esercizio del potere legislativo, ovvero l'espressione del voto o l'iniziativa legislativa, oltre a risultare discutibile sul piano della tassatività, ponga problemi di non facile soluzione quanto all'equilibrio - costantemente precario - dei poteri dell'ordinamento democratico che proprio l'art. 68 mira a realizzare⁽⁷⁵⁾. È del resto questa la posizione assunta anche dalla Corte costituzionale per la quale "sono infatti coperti da immunità non tutti i comportamenti dei membri delle Camere, ma solo quelli strettamente funzionali all'esercizio indipendente delle attribuzioni proprie del potere legislativo, mentre ricadono sotto il dominio delle regole del diritto comune i comportamenti estranei alla *ratio* giustificativa dell'autonomia costituzionale delle Camere"⁽⁷⁶⁾.

Senonché il citato orientamento della giurisprudenza, conforme a quello già seguito in passato⁽⁷⁷⁾, quanto alla ravvisabilità del reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.) piuttosto che di quello di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) in relazione a casi di mercimonio della funzione pubblica finalizzato all'esercizio di poteri discrezionali e, soprattutto, di scelte di natura politica⁽⁷⁸⁾, rischia di influenzare altresì i criteri di delimitazione dell'ambito applicativo della fattispecie di traffico di influenze illecite⁽⁷⁹⁾.

In tale contesto il rischio è che i baluardi eretti dal legislatore per evitare che la fattispecie di cui all'art. 346 *bis* c.p. possa tra l'altro diventare strumento di controllo dell'attività normativa siano travolti dalle "buone intenzioni" di una giurisprudenza che mira ad attuare in termini estensivi lo stimolo del legislatore ad attuare una lotta a tutto campo della corruzione.

I rischi penali dell'attività di *lobbying*

Alla luce dei profili problematici appena evidenziati, la mancanza di una compiuta disciplina sostanziale delle modalità di gestione degli interessi del pubblico agente e dell'attività di *lobbying*⁽⁸⁰⁾ (volta, per sua natura, a condizionare la produzione normativa) rende concreto il rischio che tali attività vengano risucchiate nel perimetro applicativo della fattispecie di traffico di influenze illecite⁽⁸¹⁾. E ciò, si badi, ancorché lo stesso *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* del Consiglio di Europa del 1999 precisi che, considerato che "*'improper' influence must contain a corrupt intent by the influence peddler*", "*acknowledged forms of lobbying do not fall under this notion*".

Non a caso tuttavia il legislatore del 2012 ha in più modi mostrato di avere ben presente l'esigenza di preservare la fisiologia delle dinamiche di formazione delle decisioni pubbliche: nel corso dei lavori parlamentari, il Ministro della Giustizia Severino aveva infatti evidenziato i problemi che la fattispecie di traffico di influenze avrebbe potuto determinare in ragione della mancanza di una regolamentazione del *lobbying*, accogliendo, nella seduta del 14 luglio 2012, due ordini del giorno volti, per l'appunto, a impegnare il Governo a predisporre un

provvedimento finalizzato a introdurre nel nostro ordinamento una disciplina specifica della materia, impegno che - anche a seguito della modifica dell'esecutivo - non è stato ancora attuato. In ogni caso, come già osservato, questa preoccupazione ha avuto un chiaro riflesso anche sul piano normativo, essendosi manifestata nell'inserimento - pure ritenuto da taluno ridondante e pleonastico - dei requisiti di illiceità speciale riferiti, rispettivamente alla (indebita) dazione o promessa e alla (illecita) mediazione, nonché in primo luogo nella limitazione dell'oggetto dell'accordo ai soli atti contrari ai doveri d'ufficio.

Ed in effetti i numeri del fenomeno danno ragione alla cautela mostrata dal legislatore penale: secondo il rapporto della Commissione istituita da Siim Kallas, Commissario per gli Affari Amministrativi dell'UE, nel 2005, solo a Bruxelles operavano tra i 15mila e i 20mila rappresentanti d'interessi e ben 2.600 gruppi di pressione vi hanno istituito veri e propri uffici⁽⁸²⁾. La delicatezza della materia è confermata anche dal Report annuale del GRECO pubblicato il 18 giugno 2015 avente a oggetto la prevenzione della corruzione rispetto ai parlamentari, ai pubblici ministeri e ai giudici: orbene, uno dei punti deboli degli ordinamenti europei (l'Italia non era in questo caso "attenzionata") è stato individuato proprio nell'assenza di misure idonee a ridurre l'influenzabilità dei parlamentari da parte di soggetti terzi e delle *lobby*⁽⁸³⁾.

Non si può peraltro trascurare di considerare che l'attività lobbistica - largamente riconosciuta e praticata in pressoché tutti i Paesi del mondo⁽⁸⁴⁾ - può giovare anche nel nostro ordinamento della copertura costituzionale offerta da tutte quelle disposizioni ([artt. 2, 3, 18, 49, 50, 54, 67, 71, 75, 97 e 98 Cost.](#)) che riconoscono e incoraggiano la partecipazione - nelle varie formazioni sociali previste - ai processi di elaborazione delle leggi e delle decisioni in contesti pubblici⁽⁸⁵⁾. L'influenza dei gruppi d'interesse latamente intesi appare infatti di per sé, correttamente veicolata, funzionale all'assunzione di decisioni politiche equilibrate, maturate sulla base delle informazioni provenienti da fonti specializzate, nonché tenendo conto dell'impatto sui destinatari dell'intervento. Non a caso, la Corte costituzionale, con la sent. n. 379 del 2004, ha affermato che le attività dei portatori d'interessi non sono finalizzate "ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche"⁽⁸⁶⁾.

Analogo principio è espresso nel Trattato dell'UE, in particolare all'art. 11, parr. 1 e 2, dove si garantisce ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione, così da mantenere un dialogo aperto e trasparente. Nello stesso senso si esprime il rapporto di *Transparency International* su *Lobbying in Europe* del 2015: "*lobbying is an integral part of a healthy democracy, closely related to universal values such as freedom of speech and the right to petition of government. It allows for various interest groups to present their views on public decisions that may come to affect them. It has also the potential to enhance the quality of decision-making*

by providing channels for the input of expertise on increasingly technical issues to legislators and decision-makers".

Non è un caso che la dottrina di settore individui la gestione dell'inclusione nei processi decisorii di soggetti non pubblici secondo criteri di trasparenza e di pari opportunità come "uno degli snodi più delicati dei mutamenti politico-istituzionali e giuridici in atto nell'ambito delle dinamiche pubbliche"⁽⁸⁷⁾, afferendo al ruolo che la rappresentanza politica deve assumere nell'odierna società. In un contesto in cui gli ordinamenti paiono sempre più sensibili a orientare le scelte di produzione normativa sulla base delle spinte che vengono dalla società, occorre operare un delicato bilanciamento tra le opportunità che un sapere sempre più sofisticato e specialistico può apportare alle decisioni politiche e il rischio di imbrigliare le scelte democratiche in condizionamenti legati a esigenze contingenti e particolari che, di regola, non si preoccupano delle prospettive future e degli interessi dei soggetti più deboli: emblematico a tale riguardo è il tema dell'ambiente⁽⁸⁸⁾.

Stante l'evidente rilevanza che i gruppi di pressione assumono nei moderni sistemi democratici, il rischio che la loro attività possa essere attratta nell'area applicativa della fattispecie di traffico di influenze illecite deve essere valutato e gestito con estrema cautela. E benché siano certamente sempre possibili correttivi alla fattispecie astratta finalizzati a circoscriverne ulteriormente l'ambito di applicazione⁽⁸⁹⁾, pare piuttosto anzitutto opportuno che il diritto sostanziale recuperi il proprio ruolo di protagonista nella regolamentazione dei rapporti tra i privati, ricacciando il diritto penale in quell'angolo in cui esso stesso aspira, seguendo la sua natura, ad essere confinato⁽⁹⁰⁾.

Non può infatti sottovalutarsi il rischio che, a fronte di fattispecie connotate da scarsa determinatezza, nella voluta prospettiva di attingere anche condotte meramente sintomatiche di comportamenti illeciti e dalla sfumata carica lesiva, si finisca ancora una volta con il devolvere al giudice il compito di delimitare il penalmente rilevante, contribuendo a compromettere il già delicato equilibrio tra potere giudiziario e legislativo.

La prospettiva di regolamentazione sul piano sostanziale dell'attività di *lobbying*

Più che continuare ad alzare il tono di voce della minaccia penalistica per rispondere al comune sentimento di sconcerto e riprovazione di fronte ai ripetuti casi che vengono agli onori della cronaca occorre piuttosto una stringente regolamentazione dei procedimenti di formazione della volontà dei decisori pubblici finalizzata a garantire la trasparenza e l'accesso in condizioni di pari opportunità.

Non pare anzitutto più rinviabile l'introduzione di una disciplina delle attività di *lobbying* lecite e consentite, senza farisaici silenzi su un tema che merita invece di essere affrontato a viso aperto e soprattutto senza aspettare che prima o poi la questione venga affidata - con il conseguente risalto mediatico - al giudice penale⁽⁹¹⁾. Sulla scorta dei due diversi modelli di disciplina elaborati nei vari ordinamenti (regolamentazione-trasparenza e regolamentazione-partecipazione⁽⁹²⁾), nel tempo sono stati presentati numerosi progetti di legge contenenti una disciplina organica

extrapenale del *lobbying*, finalizzata a garantire la correttezza nel dialogo con le istituzioni in un quadro di assoluta trasparenza e integrità, secondo alcune direttrici ricorrenti: 1) istituzione di un registro pubblico dei lobbisti tenuto da un'autorità *super partes* e con l'indicazione di cause di incompatibilità; 2) trasparenza del processo legislativo; 3) tracciabilità degli incontri (anche attraverso la pubblicazione delle audizioni dei portatori d'interessi); 4) norme su conflitto d'interessi e *revolving door* volte a precludere l'assunzione da parte del pubblico agente di incarichi in settori privati contigui a quelli su cui in precedenza si è svolta un'attività di vigilanza o controllo; 5) libero e pieno accesso a informazioni pubbliche e a documenti della pubblica amministrazione; 6) codice deontologico dei lobbisti che contempra anche delle sanzioni amministrative (pecuniarie ovvero, nei casi più gravi, interdittive)⁽⁹³⁾.

Benché dal 1954 a oggi siano state presentate circa 60 proposte di legge sul tema, allo stato, salvo sporadici e frammentari esempi⁽⁹⁴⁾, non esiste una compiuta disciplina dell'attività di *lobbying*. Da ultimo, si segnalano due recenti proposte di legge, entrambe presentate dal Senato, volte per l'appunto a regolamentare l'attività di relazioni istituzionali per la rappresentanza d'interessi, coinvolgendo tra l'altro, e significativamente, l'ANAC⁽⁹⁵⁾; nonché l'invito rivolto dal Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica⁽⁹⁶⁾.

Sotto la spinta, ancora una volta, della notizia relativa all'esistenza di indagini relative ai rapporti tra un esponente del Governo e alcuni gruppi portatori d'interessi, la Giunta per il Regolamento della Camera ha di recente approvato un Regolamento dell'attività di *lobbying*⁽⁹⁷⁾, nel contesto del quale, premesso che "l'attività di rappresentanza di interessi svolta nei confronti dei membri della Camera dei deputati presso le sue sedi si informa ai principi di pubblicità e trasparenza", si prevede anzitutto l'istituzione presso l'Ufficio di Presidenza di un registro dei soggetti cui devono iscriversi coloro che intendano svolgere professionalmente attività di rappresentanza di interessi⁽⁹⁸⁾ nei confronti dei deputati che saranno altresì tenuti a presentare ogni anno una relazione sull'attività svolta. Una disciplina, come si vede, che postula un requisito di "professionalità" dell'attività lobbistica che non trova però riscontro nella attuale regolamentazione e che, nel prevedere come sanzioni la sospensione o la cancellazione dal registro, si rivela nei fatti del tutto inefficace proprio rispetto alle ipotesi più gravi di esercizio "occulto" dell'influenza.

La ragione di tanta esitazione nell'introdurre una chiara e stringente disciplina dell'attività di *lobbying* è di agevole comprensione e risiede nel timore di portare alla luce un complesso di rapporti clientelari finora sommersi e peraltro affidati solo in minima parte alla ufficiale frequentazione delle aule e degli uffici parlamentari. Si prospetta in sostanza a questo punto la scomoda alternativa tra rendere note all'opinione pubblica le dinamiche della formazione della volontà del decisore pubblico, disciplinando le regole della partecipazione dei portatori d'interessi, o consentire che si continui a operare nell'ombra, con il rischio però di esporsi - quanto meno - al sospetto di traffico illecito di influenze.

Alla regolamentazione dell'attività lobbistica non può però affiancarsi una disciplina volta a garantire la tracciabilità del processo legislativo e più in generale decisorio, in modo da rendere trasparenti e intellegibili, in tutte le fasi e rispetto a tutte le possibili forme di influenza, le valutazioni che hanno concorso alle determinazioni aventi rilievo pubblicistico e gli interessi ad esse sottesi.

Un primo - invero molto timido - passo avanti in questo senso è stato compiuto dal **d.lgs. n. 33 del 2013** (c.d. testo unico della trasparenza) che, seppur ancora con molte limitazioni, sancisce, sul modello dei FOIA (*freedom of information act*) diffusi in molti Paesi del mondo, il "diritto civico" di accesso agli atti della pubblica amministrazione anche da parte di soggetti - stampa, gruppi d'interesse e cittadini in genere - che non vantino un diretto interesse rispetto al procedimento cui afferiscono⁽⁹⁹⁾.

Sempre nella prospettiva di una efficace prevenzione della corruzione, sarebbe altresì opportuno proseguire sulla strada - già tracciata dal legislatore del 2012⁽¹⁰⁰⁾ - di prevedere, ancora sulla falsariga di quanto avviene in altri Paesi⁽¹⁰¹⁾, una altrettanto rigorosa declinazione delle regole comportamentali dei decisori pubblici, implementando le norme in tema di conflitti di interessi⁽¹⁰²⁾ ed estendendole anche ai membri del parlamento⁽¹⁰³⁾ e istituendo, tra l'altro, veri e propri registri - disponibili alla pubblica consultazione - degli interessi di cui sono portatori questi ultimi⁽¹⁰⁴⁾, misura che si affianca a quella per certi versi già prevista al livello legislativo proprio in ottica di prevenzione dei fenomeni corruttivi⁽¹⁰⁵⁾, del divieto per coloro che abbiano rivestito incarichi istituzionali di passare senza soluzione di continuità alla rappresentanza di interessi particolari⁽¹⁰⁶⁾.

Da ultimo non è da trascurare il ruolo dei modelli organizzativi delle società private: ancorché il traffico d'influenze illecite non sia previsto tra i reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del **d.lgs. n. 231 del 2001**, in una prospettiva di prevenzione della corruzione sarebbe comunque opportuno e utile prevedere una disciplina, anche sotto questo profilo, dei rapporti con i pubblici agenti, prendendo altresì in esame il caso - tutt'altro che raro - che essi siano intrattenuti per il mezzo di intermediari o lobbisti.

La prevenzione dei fenomeni corruttivi passa dunque, anche e soprattutto, attraverso l'introduzione di una disciplina volta a garantire la massima trasparenza, intesa come possibilità di accesso da parte dei cittadini ai procedimenti di formazione della volontà della P.A.⁽¹⁰⁷⁾: "l'idea che sta al fondo di queste normative è che l'emersione degli interessi finanziari o di altro genere che possono riguardare i parlamentari e la loro attività politica consenta, in ultima analisi, a un'opinione pubblica vigile, sostenuta dalla libertà e dal pluralismo dei mezzi di informazione, di esercitare il necessario controllo diffuso sui propri rappresentanti"⁽¹⁰⁸⁾.

Nella perdurante assenza di una regolamentazione chiara e stringente dei rapporti tra i gruppi di pressione e i decisori pubblici, quest'attività - come detto astrattamente lecita, anzi utile e peraltro riconosciuta in tutti i Paesi del mondo⁽¹⁰⁹⁾ - rischia di

assumere le caratteristiche di una "terra di nessuno", dove il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza risulta sostanzialmente rimesso all'etica individuale.

Ancora una volta, dunque, in una materia quanto mai delicata in quanto investe le scelte politiche del nostro Paese, si profila la prospettiva che sia "il delitto a stabilire il lecito"⁽¹¹⁰⁾: il diritto (e la minaccia) penale si sostituiscono così a valori di etica socio-politica da tempo in crisi nella illusoria prospettiva di rivitalizzarli. In questo contesto è peraltro concreto il rischio che il giudice penale sia chiamato in maniera del tutto discrezionale a valutare la liceità della mediazione o, peggio, la correttezza delle scelte operate dal pubblico agente, alimentando il dibattito, non a caso già da tempo in atto, sul difficile bilanciamento tra potere legislativo e giudiziario.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*. Il presente lavoro riproduce con alcuni ampliamenti e il corredo delle indicazioni bibliografiche la relazione svolta al Convegno *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, tenutosi presso la LUISS Guido Carli in data 6 novembre 2015. Lo scritto è destinato alla pubblicazione negli atti del Convegno.

(1) Pulitanò, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 ottobre 2015, 4.

(2) In questo senso cfr. Weigend, *Dove va il diritto penale? Tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 80. Sul tema si veda anche Donini, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico come "tipo d'autore"*, Modena, 2014, *passim*.

(3) Donini, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico come "tipo d'autore"*, Modena, 2014, 36, nel rimarcare il ruolo di primario rilievo assunto nel nostro Paese dal Pubblico Ministero nel "controllo della legalità della politica e dell'economia", evidenzia come esso svolga altresì "attraverso il sacrificio e la punizione dei singoli coinvolti una forte funzione di prevenzione generale: educa alla legalità e ammonisce tutti mediante pochi, ma significativi processi".

(4) La dottrina penalistica si è ripetutamente interrogata sugli effetti degenerativi di tale tendenza: da ultimo, si vedano gli interventi su *Criminalia*, 2013 di Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, 95 ss., e Pulitanò, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, 123 ss.

(5) Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 199.

(6) Con riguardo proprio alla riforma dei delitti contro la P.A., lo evidenzia Donini, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014 n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 1505-1506. Lo stesso Autore, in *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 30, evidenzia opportunamente peraltro che "una censura in termini non penalistici o non giuridici, ha un impatto assai modesto in un sistema privo di un codice di comportamento autonomo".

- (7) Weigend, *Dove va il diritto penale?*, cit., 85.
- (8) Sul tema si rinvia a Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1991, passim; Id., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.
- (9) Il tema - invero di scottante attualità - della prevedibilità delle decisioni giudiziarie rappresenta nella giurisprudenza di fonte Cedu l'attuale declinazione del più tradizionale principio di legalità: così *sentenza Faltejsek c. République Tchèque*, 15 agosto 2008, §par. 34, nonché *sentenza Beian c. Roumanie*, 6 dicembre 2007, §§ parr. 37-39. Sul tema, si rinvia a O. Di Giovine, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1510.
- (10) Si tratta della sent. n. 85 del 2013 relativa alla nota e complessa vicenda che interessa l'ILVA di Taranto ove si evidenzia che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".
- (11) Weigend, *Dove va il diritto penale?*, cit., 81.
- (12) De Muro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss. Sui criteri di modulazione dell'intervento penale ispirati da questo principio, si rinvia a Pulitanò, *La cultura giuridica*, cit., 8.
- (13) In argomento, si vedano Kildani, *La legge italiana di ratifica della Convenzione di Merida contro la corruzione (l. 3.8.2009 n. 116)*, in *Legisl. Pen.*, 2010, 119 ss.; Andrezza-Pistorelli, *Una prima lettura della l. 6.11.2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*. Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2012; Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, *ivi*, 15 ottobre 2012; Brunelli, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012; Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012; Dolcini - Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione (Versione aggiornata alla luce dell'emendamento governativo presentato il 17.4.2012 alla Camera dei Deputati)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 1, 232 ss.; Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012; Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 783 ss.; Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 227 ss.; Pulitanò, *La legge anticorruzione (L. 6*



novembre 2012, n. 190), Suppl., Cass. pen., 2012, n. 11, 14; Id., *La novella in materia di corruzione*, in Cass. pen., 2012, 11 ss., supplemento al fascicolo; AA.VV., *La legge "anticorruzione". Un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigore. Atti del convegno 9 luglio 2013. Centro studi Alberto Pisani, Camera Penale di Roma, Roma, 2013*; Alessandri, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2013; Bartoli, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in questa *Rivista*, 2013, 353 ss.; Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie e contrasto*, Firenze, 2013; Dolcini, *La Legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 160 ss.; Id., *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 552 ss.; D'Avirro (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, 2013; Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, 1, Bologna, 2013; Garofoli, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 gennaio 2013; Id., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190 e le politiche ancora necessarie*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2013; Mattarella - Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; M. Romano, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1397 s.; Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in questa *Rivista*, 2013, 11 s.; Silvestre, *La riforma novellistica dei reati contro la P.A. nell'ottica del diritto penale sostanziale*, in *Giur. mer.*, 2013, 23078 s.; Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla legge anti-corruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 febbraio 2013; Viganò, *La riforma dei delitti di corruzione*, Libro dell'anno del Diritto, 2013, 2013 ss.; Id., *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*. Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014, 4 ss.; Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016.

(14) Sul tema si veda di Martino, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in Mattarella - Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 378 ss. che, 379, esamina anche le - più apparenti che reali - differenze tra le definizioni prospettate dalle due Convenzioni. In argomento, v. anche Vásquez-Portomeñe Sijas, *El tráfico de influencias y su criminalización en el contexto internacional*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2015.

(15) Nel *Evaluation Report on Italy Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Theme I, il GRECO, nel rimarcare la mancata generale attuazione della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa da parte del nostro Paese, al §par. 111 si sofferma sulla grave lacuna rappresentata dalla mancanza di una disciplina in tema di traffico di influenze, tale non potendosi considerare quella apprestata all'epoca dall'art. 346 c.p. in tema di millantato credito: "the GET notes that the essence of millantato credito is not the influence peddling as such but the deception by the influence peddler on his/her ability to exert influence. The receipt of an advantage by an influence

peddler who is actually in a position to exert influence on public authorities and who actually exerts this influence is not criminalised under Article 346 CC. By contrast, Article 12 of the Convention addresses trading in influence irrespective of "whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result". E d'altra parte lo stesso Governo italiano riconosceva che nessuna sanzione veniva apprestata quanto all'ipotesi di traffico d'influenze attivo, ovvero relativa a colui che promette, dà ovvero offre un vantaggio indebito al "trafficante".

(16) In particolare l'art. 37, par. 1 della Convenzione di Strasburgo stabilisce che ogni Stato può, all'atto della firma o al momento del deposito del suo strumento di ratifica o di approvazione, dichiarare che non definirà come reati nel suo diritto interno (per l'intera fattispecie o solo per certi aspetti della stessa), gli atti rientranti in talune delle ipotesi previste dalla Convenzione. Come si vedrà alcuni Stati (in particolare Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgio, Danimarca, Finlandia, Olanda, Principato di Monaco, Regno Unito, Svezia e Svizzera) avevano formulato riserve proprio con riguardo alla fattispecie di traffico di influenze.

(17) Lo sottolinea Bonini, *Traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2694.

(18) Più precisamente, in realtà, mentre la Convenzione di Merida nulla contemplava al riguardo, la Convenzione di Strasburgo prevedeva la punibilità nel caso in cui il mediatore affermasse di essere in grado di esercitare un'influenza impropria sul processo decisionale di un pubblico funzionario.

(19) Non a caso il *15th General Activity Report* del GRECO adottato in data 23-27 marzo 2015 fa riferimento, quanto al nostro Paese, ad un "*reinforcement of the sanction provided for in cases of trading in influence and/or bribery offences*" (22). D'altra parte, come evidenzia di Martino, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, cit.in Mattarella - Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 369, "il sistema nazionale (in primo luogo il legislatore), nel dare séguito agli obblighi internazionali, dovrà dunque 'tradurre' al proprio interno le esigenze d'incriminazioni opportune, purché l'esito - comunque tecnicamente perseguito - sia tale da consentire la collaborazione (in primo luogo, l'estradizione). La fattispecie-modello, si ribadisce, non deve essere automaticamente trasposta in fattispecie incriminatrice interna; spetterà invece all'ordinamento nazionale atteggiarsi a 'sistema integrato', conformarsi cioè all'obbligo assunto integrandone l'adempimento nelle regole e nei principi (in primo luogo costituzionali) del diritto interno".

(20) Si esprime in particolare in questi termini l'*Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, all'art. 12, § par. 64: nonostante il traffico di influenze "*is somewhat different from the other - bribery-based - offences defined by the Convention*", esso è posto a tutela dei medesimi interessi, ovvero "*transparency and impartiality*". Pertanto, "*its inclusion in the present Convention illustrates the comprehensive approach of the Programme of Action against Corruption, which views corruption, in its various forms, as a threat to the rule of law and the stability of democratic institutions*".

(21) Cass. Pen., Sez. VI, 4 maggio 2006 (dep. 5 ottobre 2006), n. 33435, rv. 234354. È del resto orientamento costante della S.C. quello per cui la corruzione può configurarsi soltanto nel caso in cui il pubblico ufficiale che accetta l'indebita remunerazione svolga una funzione che concretamente consenta l'adozione dell'atto oggetto dell'accordo illecito: così, ad esempio, Cass. Pen., Sez. VI, 6 novembre 2006 (dep. 12 febbraio 2007), n. 5781, rv. 235709; Cass. Pen., Sez. V, 2 maggio 1983 (dep. 8 ottobre 1983), n. 160498, rv. 160498, nonché più di recente, Cass. Pen., Sez. ???, 28 novembre 2014, n. 51688.

(22) Semeraro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, 237 ss.; Spina, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 42 ss.; D'Ambrosio, *I profili penali della corruzione e della maladministration*, in Merloni-Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di, 2010, 149 ss. Proposte di modifica della norma erano state avanzate anzitutto nel contesto della Proposta di Cernobbio (art. 4), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, II, 911 ss., ove ci si era per la verità limitati a suggerire un irrigidimento sanzionatorio della fattispecie di cui all'art. 346 c.p., comunque focalizzata sul "vantato credito"; nonché dalla Commissione Nordio che aveva suggerito l'introduzione di due reati: l'*intromissione indebita* e il *traffico d'influenze*, che si distinguevano in ragione del soggetto attivo (pubblico agente nel primo caso e privato nel secondo): cfr. sul tema Vinciguerra, *Due anni alla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale. Un consuntivo*, in *Dir. pen.*, XXI sec., 2004, 103.

(23) Pedrazzi, *Millantato credito*, trafic d'influence, influence pedling, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 914.

(24) Tale lettura era stata altresì avallata da autorevole dottrina: Tagliarini, *Millantato credito*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 308; Rampioni, voce *Millantato credito*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 688; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive*, Milano, 2000, 63; Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 2001, 310.

(25) Nonostante infatti le perplessità manifestate da una parte della dottrina, che giustamente tra l'altro sottolineava la discendenza della fattispecie dalla figura romanistica della *venditio fumi* e la sua affinità con il delitto di truffa (così, in particolare, Antolisei, *Manuale di diritto penale, pt. Spec.*, II, ed. XIV, Milano, 2003, 398), la giurisprudenza era solita ricondurre alla fattispecie anche ipotesi di vanterie di rapporti - non solo, per l'appunto, millantate, ma anche - effettivamente esistenti con il pubblico agente, facendo in particolare leva sulla collocazione - tra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione - della fattispecie e sulla valenza polisemantica del termine millantare: cfr., ad esempio, Cass. Pen., Sez. VI, n. 9044 del 1975, rv. 130863. Per una valutazione critica di questa lettura, si vedano più di recente Dolcini-Viganò, *Sulla riforma*, cit., 239; Merenda, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *www.archiviopenale.it*, 1, gennaio-aprile 2015, 4.

(26) Prete, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2012, 2.

(27) Per una panoramica del traffico di influenze illecite nei vari Paesi europei, si veda Semeraro, *I delitti di millantato credito*, cit., 135 s.; nonché, quanto in particolare agli ordinamenti francese e spagnolo, Merenda, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 10.

(28) Dolz Lago, *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España*, La Ley, 2014. La previsione del *tráfico de influencias* nell'ordinamento spagnolo risale alla *Ley Orgánica* n. 9 del 1991 che ha novellato l'art. 404 nell'ambito del Titolo XIX del Libro II del *Código Penal*, relativo a *los Delitos contra la administración pública*. La disciplina è poi stata modificata a seguito dell'approvazione, nel 1995 e ad opera della *Ley Orgánica* n 10, del *Código Penal*. Attualmente, il reato di *tráfico de influencias* è previsto dagli artt. 428 e 429 che si differenziano tra loro a seconda che la condotta sia posta in essere da un pubblico ufficiale o da un privato e che condizionano la punibilità del fatto (che si estende anche alle persone giuridiche) all'effettivo (e non solo potenziale) esercizio dell'influenza sul pubblico agente finalizzata ad indurlo a compiere un atto che favorisca l'agente o un terzo ("*prevaliéndose de ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación*"). Detta influenza, si precisa, è fatta coincidere con "*cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro funcionario*". L'art. 430 estende poi la punibilità anche a colui che sollecita, offre ovvero promette il denaro o il beneficio per porre in essere le condotte fin qui descritte.

(29) L'esperienza francese - anche in ragione del suo antico radicamento nell'ordinamento - appare particolarmente significativa, essendo stato il reato di *trafic d'influence* introdotto sin dal 1889. La fattispecie, dopo varie modifiche (le più importanti delle quali risalgono al 1943, 1992 e 2011), è oggi disciplinata agli artt. 432-433 del *Code pénal*, articolandosi a seconda del soggetto (pubblico o privato) agente e dei pubblici ufficiali sui quali viene esercitata l'influenza indebita. In estrema sintesi, la disciplina prevede la punibilità di colui (pubblico o privato) che sollecita o accetta indebitamente, direttamente o indirettamente, promesse, doni o qualsiasi vantaggio, per sé o per altri, per abusare o aver abusato della propria influenza, reale o supposta, al fine di ottenere dal pubblico agente un vantaggio; nonché, nel contempo, di colui che cede alle sollecitazioni o che propone indebitamente ad altri un vantaggio per abusare dell'influenza, reale o supposta, che questi possono esercitare su un'autorità pubblica al fine di ottenere vantaggi. La Francia (formulando apposita riserva sulla fattispecie di cui all'art. 12 della Convenzione di Strasburgo) non ha ritenuto di estendere la fattispecie anche ai pubblici ufficiali stranieri, stante la disparità di trattamento che si sarebbe venuta a creare rispetto ai numerosi Paesi europei che non prevedono detta disciplina.

(30) Il Portogallo ha ratificato la Convenzione di Strasburgo nel 2002, avendo però introdotto sin dal 1995 il delitto di traffico di influenze nel novellato codice penale all'art. 335 che punisce chi riceve in modo indebito ("*Quem obtiver, se que lhe seja devida*") un vantaggio patrimoniale o la sua promessa per ottenere una "*decisão*

illegal" su ordini, premi, contratti, lavoro, sussidi, sovvenzioni o altri benefici. Non è invece punito il traffico di influenze attivo.

(31) Così in particolare la Gran Bretagna che aveva formulato sul punto un'apposita riserva, evidenziando che il traffico di influenza era adeguatamente presidiato nell'ordinamento interno attraverso il *Prevention of Corruption Act* del 1916 che, nella *Section 1*, disciplina - in termini invero assai ampi - il reato di *corruption*. Più in dettaglio, si è ritenuto "*the conduct referred to in Article 12 is covered by United Kingdom law in so far as an agency relationship exists between the person who trades his influence and the person he influences*", con esclusione, dunque, dei casi di influenza meramente supposta. Nel 2011 la Gran Bretagna ha peraltro modificato e integrato la disciplina della corruzione con l'introduzione del *Bribery Act* che, pur non contemplando espressamente il *trading of influence*, ha, tra l'altro, attribuito rilievo penale alla mediazione illecita qualora l'azione o la promessa sia posta in essere per indurre il pubblico ufficiale (corruzione in atti pubblici) o la persona con rilevanti responsabilità (corruzione in atti privati) ad agire impropriamente in relazione all'ufficio di cui è titolare e qualora si ritenga che il vantaggio sia dovuto all'azione impropria commessa nell'esercizio della funzione (*Section 1 e 2*). La normativa in materia di *bribery* è estesa agli agenti pubblici stranieri e di organizzazioni internazionali (*Section 6*), nonché alle *commercial organisations* per i fatti commessi nel loro interesse da agenti e rappresentanti (*Section 7*). Anche gli Stati Uniti (che hanno firmato, ma non ancora ratificato la Convenzione di Merida) non hanno una previsione espressa del *trading of influence*, esistendo però varie disposizioni nel contesto del *United States Code* così come riformato nel 1993 (si vedano in particolare i §§ parr. 203, 210, 211 del *Title 18, part 1 - Crimes, chapter 11 - Bribery, graft, and conflicts of interest*) che riguardano ipotesi di mediazione illecita volte ad ottenere indebiti vantaggi. La disciplina è però fortemente differenziata a seconda che la condotta sia posta in essere da un *public official* ovvero da un privato, che sarà punibile soltanto qualora il *trading of influence* riguardi l'assunzione in posti e in uffici federali (§§ (parr. 210 e 211). Sul tema si veda Mongillo, *La corruzione*, cit., 355 ss. e 407 ss.

(32) Cfr. decreto federale del 7 ottobre 2005.

(33) Ove sono rispettivamente sanzionati i reati di *Corruzione di pubblici ufficiali svizzeri*, *Corruzione attiva*, *Corruzione passiva*, *Concessione di vantaggi* e *Accettazione di vantaggi*. Ai fini che qui rilevano, si evidenzia che il codice penale svizzero punisce il pubblico ufficiale che solleciti o accetti da un privato un indebito vantaggio allo scopo di abusare della propria influenza su un altro pubblico ufficiale o membro di un'autorità, nella misura in cui tale influenza sia esercitata in considerazione dell'espletamento della propria attività ufficiale. Per converso, non è punibile il privato che riceve un vantaggio da un terzo per esercitare la sua influenza su un pubblico ufficiale, salvo sia previsto il coinvolgimento nell'affare anche di quest'ultimo.

(34) Così nel Messaggio del Consiglio federale svizzero concernente l'approvazione e l'attuazione della Convenzione (in <http://www.admin.ch/ch/i/ff/2004/6189.pdf>). Negli stessi termini si esprime il rapporto adottato a seguito dell'adesione alla Convenzione medesima (in www.anticorruzione.it).

(35) L'art. 161, comma 2, Cost. federale e l'art. 11 della legge federale sull'Assemblea federale del 2002 impongono infatti ai parlamentari di dichiarare ogni anno le loro relazioni d'interesse che vengono annotate in un apposito registro pubblicato su internet in modo da informare il corpo elettorale sulle loro motivazioni. I deputati che hanno un interesse personale diretto per un oggetto in deliberazione sono inoltre tenuti a indicarlo quando esprimono il proprio voto alla Camera o in una Commissione.

(36) Ancora la legge federale sull'Assemblea federale, all'art. 69, prevede che i lobbisti siano dotati di un tesserino di riconoscimento per accedere all'Assemblea. Il loro nome e la loro funzione vengono iscritti in un apposito registro consultabile presso i Servizi del Parlamento.

(37) Oltre agli Autori citati alla nota *sub* 123 si vedano Ielo, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in www.rivista231.it, 2012; Palazzo, *Corruzione, concussione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, 122 ss.; Andreazza, *Il traffico di influenze illecite: tra prevenzione e repressione*, in Cingari (a cura di), *Corruzione. Strategie di contrasto*, Firenze, 2013, 91 ss.; Bonini, *Traffico di influenze illecite*, cit., 2694 ss.; Brunelli, *Spunti di riflessione attorno al dibattito sulla novella in materia di corruzione*, in Cingari (a cura di), *Corruzione*, cit., 141 ss.; Di Martino, *Traffico di influenze. Una fattispecie (quasi) nuova, una riforma problematica*, in *Leg. Pen.*, 2013, 663 ss.; Fux, *La natura propedeutica del reato di cui all'art. 346-bis c.p. rispetto a quello di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2642 ss.; Gambardella, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch. pen.*, 2013, 15 ss.; Ielo, *La legge n. 190 e il contrasto alla corruzione*, in *Questione giustizia*, 2013, 115 ss.; Lucibello, *Il delitto di traffico di influenze illecite*, in D'Avirro (a cura di), *I nuovi delitti*, cit., 273 ss.; Macrillò, *La fattispecie di millantato credito ed il traffico di influenze illecite ex art. 346-bis c.p.*, in AA.VV. Macrillò (a cura di), *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione*, Padova, 2013, 317 ss.; M. Romano, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1397 ss.; Losappio, *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cass. pen.*, 2015, 1036 ss.; Benussi, *Art. 346-bis. Traffico di influenze illecite*, in Dolcini - Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 864 ss.; Cingari, *Sul traffico di influenze illecite*, in questa *Rivista*, 2015, 479 s.; Grossi, *Il delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 251 s.

(38) Per un'analisi dei due modelli si rinvia a Cingari, *Sul traffico di influenze illecite*, cit., 480 s.

(39) Così Viganò, *I delitti di corruzione*, cit., 34.

- (40) Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 17; Cingari, *Sul traffico di influenze illecite*, cit., 482.
- (41) Così Merenda, *Traffico di influenze illecite*, cit., 1; Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 793.
- (42) Merenda, *Traffico di influenze illecite*, cit., 1.
- (43) La dottrina ha peraltro rimarcato come, stante la formulazione della norma in cui la condotta è espressamente modulata in termini di "sfruttamento", non rientrerebbero nel fuoco applicativo dell'art. 346 bis i "casi in cui esiste la relazione, ma non il credito": Brunelli, Spunti di riflessione attorno al dibattito sulla novella in materia di corruzione, in Cingari (a cura di), *Corruzione*, cit., 143.
- (44) Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2014, cit. Si esprimono in termini critici in merito a tale scelta Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 10; Cantone, *I riflessi della legge n. 190 sulle indagini in materia di corruzione*, in Cingari (a cura di), *Corruzione*, cit., 137; Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 793. Dolcini - Viganò, *Sulla riforma*, cit., 241, peraltro, rimarcano come "le pene previste per il millantato credito appaiano già oggi irragionevolmente elevate, in rapporto a quelle assai più miti (reclusione da sei mesi a tre anni) previste per la truffa, l'offesa concorrente al (mero) prestigio della P.A. non riuscendo a fornire una ragione convincente di un simile inasprimento sanzionatorio". In realtà, nelle iniziali intenzioni del legislatore, la fattispecie di traffico d'influenze - in coerenza con le indicazioni sovranazionali - era destinata a soppiantare *in toto* quella di millantato credito attraverso l'integrale sostituzione dell'art. 346 c.p., eliminando dunque la differenza tra semplice vanteria e offerta reale di mediazione. Un'ulteriore critica mossa diffusamente al legislatore è quella di non aver esteso la punibilità rispetto alla dazione di qualsiasi utilità, piuttosto che, come ora previsto, di un "vantaggio patrimoniale" (cfr. ad esempio Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 19): pur ignorando la distonia che in questo modo si è venuta a creare rispetto alle previsioni delle Convenzioni cui la disposizione avrebbe dovuto dare attuazione, non può non rimarcarsi che, stante il peculiare rapporto di mediazione che viene in considerazione, rispetto ai tipici casi di prestazione priva di carattere di patrimonialità (quali quella di natura sessuale) la lacuna appare più formale che sostanziale. Parimenti elusiva della Convenzione (ancorché, come si è detto, comune alla Francia) è la scelta di circoscrivere la punibilità "ai casi in cui l'attività d'influenza riguardi pubblici agenti nazionali, visto che l'art. 346 bis c.p. non è richiamato dall'art. 322 bis cp.": così Cingari, *Sul traffico d'influenze illecite*, cit., 484.
- (45) Così Severino, *La legge anticorruzione*, cit., 11; M. Romano, *Legge anticorruzione*, cit., 1404. Lo stesso Autore, a 1405, esprime piuttosto perplessità rispetto alla lievità della pena prevista per il traffico d'influenze che comunque si connota - in termini di maggiore incisività rispetto al millantato credito - come comportamento prodromico ad una teorica corruzione.

(46) Brunelli, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., 17. Anche tale scelta, evidenziano però Dolcini - Viganò, *Sulla riforma*, cit., 240, si pone in contrasto con gli obblighi sovranazionali che la norma pure mira ad attuare e che impongono - indipendentemente dalla natura reale o fittizia del rapporto con il pubblico agente - la punizione sia del mediatore che dell'aspirante corruttore. L'aspirazione, in definitiva, è quella ad una previsione di una fattispecie unitaria di traffico d'influenze che assommi in sé le fattispecie ora previste agli artt. 346 e 346 bis c.p.: così anche Garofoli, *Il contrasto alla corruzione*, cit., 10; M. Romano, *Legge anticorruzione*, cit., 1408. Propende invece per un migliore coordinamento tra le due fattispecie Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 10.

(47) Dolcini - Viganò, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 240.

(48) Una parte della dottrina, al fine anche di meglio segnare il confine con il millantato credito, richiede che le relazioni tra mediatore e pubblico ufficiale siano non soltanto esistenti, ma anche idonee a influenzarne le scelte nonché "effettivamente messe a frutto": Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 7; Valentini, *Dentro lo scrigno*, cit., 124.

(49) In questo senso, M. Romano, *Legge anticorruzione*, cit., 1403. Viganò, *I delitti di corruzione*, cit., 9, parla di un "sistema di contrasto alla corruzione per così dire 'a gradini', con un *range* di pene modulato a seconda dell'intensità offensiva della condotta rispetto al bene, o ai beni giuridici tutelati. Al *gradino più basso* sta proprio la nuova fattispecie di *traffico di influenza*, punita con la reclusione da uno a tre anni, destinata a colpire condotte di soggetti privati (o comunque condotte non caratterizzate dalla strumentalizzazione dei poteri connessi alla funzione), che creano il *pericolo* di effettivo asservimento dell'attività amministrativa ad interessi privati. Su un *gradino intermedio* si colloca la fattispecie di *corruzione per l'esercizio delle funzioni* di cui al nuovo art. 318 c.p. Al *vertice* della scala di gravità si colloca invece il delitto di *corruzione propria* ..., caratterizzato direttamente dalla compravendita dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, e dunque - oltre che dalla lesione del dovere di probità del pubblico agente - dalla *effettiva distorsione* dell'attività amministrativa a beneficio del privato".

(50) Palazzo, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in Mattarella - Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 19. Nello stesso senso, Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 17; Castaldo, *Antioccorruzione, non è tutto oro quello che luccica*, in *Lex 24*, 1° luglio 2012, 16. Analogo timore era stato espresso nel contesto dei lavori parlamentari: si veda in particolare l'intervento dell'on. D'Anna (Popolo e Territorio) nella seduta dell'Assemblea della Camera 14 giugno 2012, n. 650.

(51) La definizione è di De Francesco, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 855 e vale ad indicare una certa tendenza a legiferare con l'intento di "porre una pezza" alle lamentele della prassi (in ciò influenzata anche dallo stato di allarme presso i consociati) assicurandola del fatto

che i percorsi che seguirà potranno, per intanto, trovare un avallo nella formula di volta in volta escogitata".

(52) Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 20, dubita dell'efficacia selettiva del requisito di illiceità speciale riferito alla natura indebita del compenso in quanto "è da escludere che qualunque compenso non sia indebito solo perché retribuisce l'attività svolta, giacché il reato sarebbe insussistente anche in presenza di una mediazione per la corruzione, sol che il mediatore dimostri di aver regolarmente messo in contatto il privato con il p.a.". Analogamente

Merenda, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 6, esprime scarsa fiducia nella "capacità evocativa dell'aggettivo "illecita", riferito alla mediazione c.d. a titolo oneroso dovendosi tale qualità ritenere *in re ipsa* nella destinazione "criminosa" cui è finalizzato il contatto".

(53) Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 19.

(54) Bonini, *Traffico di influenze illecite*, cit., 2697. Così anche Semeraro, *I delitti di millantato credito*, cit., 68.

(55) Nel contesto di un emendamento presentato in Senato *in limine* all'approvazione della legge, in data 4 ottobre 2012, il Governo aggiunse infatti l'inciso "in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio" e correlativamente eliminò il riferimento all'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva. M. Romano, *Legge anticorruzione*, cit., 1406, riconduce tale scelta proprio al timore "che la norma si prestasse altrimenti a reprimere anche legittime attività di *lobbying*, come quelle che altri ordinamenti, europei e no, hanno provveduto a disciplinare". Nondimeno, e ancora una volta, l'Autore sottolinea come tale intervento, pur di per sé comprensibile, finisca con l'acuire i problemi di coordinamento con la fattispecie di millantato credito che continua ad essere riferibile anche ai casi di corruzione impropria e si ponga comunque in contrasto con le indicazioni sovranazionali.

(56) Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 18, valorizzando la collocazione dell'inciso, ritiene al contrario che il riferimento al compimento dell'atto contrario debba intendersi limitato ai soli casi di c.c. mediazione gratuita. Ammettono la possibilità del concorso tra il delitto di traffico di influenze e quello di corruzione per la funzione Andreazza-Pistorelli, *Novità legislative*, cit., 18 ss.

(57) Così anche Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 9;

Cingari, *Sul traffico di influenze illecite*, cit., 483; Garofoli, *La nuova disciplina*, cit., 19;

Merenda, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 6; Valentini, *Dentro lo scrigno*, cit., 5.

Propende per questa lettura anche Pellissero, *La nuova disciplina*, cit., 349.

(58) Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 20, a proposito del requisito di illiceità speciale (indebitamente) riferito alla mediazione, evidenzia del resto che "il termine pecca per indeterminatezza e non mette al riparo da letture "estensive", capaci di oltrepassare le stesse esigenze di tutela che in sede internazionale insistentemente si segnalavano".

(59) L'Italia, secondo i dati forniti da *Transparency International*, nel 2012 si trovava al 73° (su 168 Paesi) posto per corruzione percepita, mentre nei dati aggiornati al 2015, risulta essere in (una più confortante, anche se niente affatto soddisfacente) 44° posizione. Si noti, peraltro, che i dati relativi alla corruzione "percepita" riflettono, per l'appunto, soltanto il dato della soggettiva convinzione degli intervistati quanto alla diffusione del fenomeno nel Paese.

(60) Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 3.

(61) Lo evidenzia anche Cingari, *Sul traffico d'influenze illecite*, cit., 484.

(62) Cass. Pen., Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 29789 (dep. 11 luglio 2013), rv. 255618, in *Cass. pen.*, 2014, 846 s., con nota di Notargiacomo, *La differenza tra i delitti di corruzione e di traffico di influenze illecite*. In termini analoghi si è affermato che "il delitto di traffico di influenze di cui all'art. 346 bis cod. pen., così come introdotto dall'art. 1, comma 75, L. n. 90 del 2012, è una fattispecie che punisce un comportamento propedeutico alla commissione di una eventuale corruzione e non è, quindi, ipotizzabile quando sia già stato accertato un rapporto, paritario o alterato, fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato": Cass. Pen., Sez. VI, sent. 11 febbraio 2013, n. 11808 (dep. 12 marzo 2013), rv. 254442, con nota di Fux, *Osservazioni a Corte di Cass., Sez. VI, n. 11808, 11 febbraio 2013*, in *Cass. pen.*, 2013, 2642 ss. Nello stesso senso anche Cass. Pen., Sez. II, 1° aprile 2014, n. 18074 (dep. 30 aprile 2014), in *www.iusexplorer.it*.

(63) La vicenda riguardava un consigliere comunale imputato per aver accettato di esprimere un voto favorevole alla adozione di un atto amministrativo a favore del corruttore il quale si sarebbe a sua volta impegnato ad intercedere presso un altro pubblico agente al fine di garantire al primo una progressione di carriera, intercessione poi concretamente e ripetutamente attuata.

(64) Così Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2014, Milanese, in *www.archiviopenale.it*, ove si afferma che "i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, nei quali il soggetto attivo ha ottenuto la promessa o dazione del denaro vantando un'influenza sul pubblico ufficiale effettivamente esistente, che pacificamente ricadevano sotto la previsione dell'art. 346 cod. pen., devono ora essere ricondotti nella nuova fattispecie descritta dall'art. 346 bis cod. pen., che, comminando una pena inferiore, ha realizzato un caso di successione di leggi penali regolato dall'art. 2, comma quarto, cod. pen., con applicazione della norma più favorevole al reato". Tale decisione, emessa nel contesto del procedimento cautelare, è stata poi confermata nel merito dal Trib. Milano, Sez. IV, con sent. 13 aprile 2016.

(65) In argomento si veda anche Cingari, *Sul traffico di influenze illecite*, cit., 485.

(66) Sul tema si veda in particolare Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 924 ss., il quale già all'epoca ricordava che "fulcro della tipicità (in astratto) del reato di corruzione è [...] (...) un collegamento funzionale tra la ricezione e l'atto in base a cui possa dirsi che la prima è causa del secondo", di talché "è facile concludere che l'interpretazione giurisprudenziale (e dottrinale) che non pone nel giusto rilievo l'elemento di fattispecie al centro

dell'indagine viola il principio di legalità e il corollario che, in sede di applicazione, ne garantisce il valore: il principio di tipicità" (962-963). Più di recente, Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016, 15, evidenzia come l'ascrizione, prima della riforma del 2012, della corruzione per la funzione alla fattispecie astratta prevista dall'art. 318 c.p. rappresentasse un tipico esempio di "lotta ermeneutica contro fenomeni che non si ritengono adeguatamente tutelati dalla legge": una vera e propria forma di diritto penale "di lotta". Per l'orientamento della giurisprudenza si veda in particolare, seppur con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 319 *ter* c.p. (che attribuiva rilievo sia alla corruzione propria che a quella impropria), la già citata sentenza Battistella (Cass. Pen., Sez. VI, 4 maggio 2006, cit.) in relazione alla posizione del giudice Metta, accusato di aver ricevuto somme di denaro per decidere la causa affidatagli in relazione alla vicenda del Lodo Mondadori: "non è, pertanto, il contenuto dell'atto giurisdizionale in sé considerato, data appunto la fisiologica opinabilità che lo caratterizza, a qualificare come propria o impropria la corruzione del giudice, ma il metodo attraverso il quale costui perviene alla decisione: il giudice che riceve da una parte in causa denaro o altra utilità o ne accetta la promessa, in relazione all'operatività delle sue specifiche attribuzioni, viene meno per ciò solo ai suoi doveri funzionali di probità, indipendenza, imparzialità e correttezza e rimane inevitabilmente condizionato nei propri orientamenti valutati sul portato al suo esame, la cui soluzione, se pur accettabile sul piano della formale correttezza giuridica, soffre comunque dell'inquinamento metodologico a monte".

(67) Oltre agli autori indicati alla nt. 123, si richiamano anche Amato, *Corruzione: si punisce il mercimonio della funzione*, in *Guida dir.*, 2012, 48 ss.; Padovani, *La "messa" a libro paga del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, 48 ss.; Gargani, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il sentiero interrotto della tipicità del fatto*, in questa *Rivista*, 2014, 1029 ss.; M. Mantovani, *Corruzione e "funzionario a libro paga", la riforma operata dalla L. 190/2012 e il muro della giurisprudenza-fonte*, in *L'indice penale*, 2015, 110 ss.; Stampanoni Bassi, *Le differenze tra i reati previsti dagli artt. 318 e 319 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2015, 1415 ss.

(68) Cfr. per tutti Dolcini - Viganò, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 236.

(69) Si vedano ad esempio Cass. Pen., Sez. VI, sent. 4 febbraio 2014, n. 23354 (dep. 4 giugno 2014), rv. 260533; Cass. Pen., Sez. VI, 25 settembre 2014, n. 47271 (dep. 17 novembre 2014), in *Cass. pen.*, 2015, 1419 ss.: "lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, ovvero mediante l'omissione o il ritardo di atti dovuti, integra il reato di cui all'art. 319 c.p. e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p., il quale ricorre, invece, quando l'oggetto del mercimonio sia costituito dal compimento di atti dell'ufficio". Nello stesso senso Cass. Pen., Sez. VI,

9 febbraio 2016, n. 6849, in *www.iusexplorer.it*, secondo la quale "il reato di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio è configurabile anche quando la condotta, oggetto dell'illecito rapporto tra privato e pubblico ufficiale, si realizzi in ragione delle competenze assegnate all'ufficiale, così permettendo di ricomprendere una pluralità di atti non preventivamente fissati". In questo senso è peraltro orientata anche una parte della dottrina: cfr. in particolare Cingari, *Gli incerti confini*, cit., 961, e Gambardella, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l'esercizio della funzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 3872 ss. Ritiene da ultimo rilevante ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 319 c.p. in relazione ai compimenti di atti discrezionali Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 7731, in *www.iusexplorer.it*, con nota di Capitani, in *D&G*, 2016, 26 ss.

(70) Merenda, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 7.

(71) Sul tema si veda Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973; G. Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della responsabilità dei membri del parlamento*, in *Giust. pen.*, 1973, 193 ss.; Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983; Amisano, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 209 ss.; La Rosa, *Attività parlamentare e "statuto penale della pubblica amministrazione"*, in AA.VV., *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*. Atti del convegno di Messina, 11 marzo 2011 (a cura di D'Andrea - Risicato - Saitta), Torino, 2013, 149 ss.; Ubiali, *In tema di corruzione del parlamentare: la sentenza del Tribunale di Napoli sul leading-case Berlusconi-De Gregorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 maggio 2016.

(72) È questa, come noto, la tesi di Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., 211 ss. e 217 ss.

(73) Sono invero numerose le norme costituzionali poste a presidio dell'autonomia dell'attività legislativa: oltre all'art. 68, rilevano infatti gli artt. 61, comma 2, che prevede il regime della *prorogatio* del Parlamento che pure non sia più espressione della volontà popolare; 64, comma 2, in tema di diritto all'eventuale riservatezza delle adunanze; nonché, e soprattutto, 67, per il quale i parlamentari rappresentano la nazione senza vincolo di mandato.

(74) La Rosa, *Attività parlamentare*, cit., 156, fa ad esempio il caso del parlamentare che riceva una tangente allo scopo di esercitare pressioni su altri colleghi per indurli a votare in un certo modo o assumere determinate posizioni, condotte che, oggi, integrerebbero per l'appunto il reato di cui all'art. 346 bis c.p.

(75) Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 92 ss. In senso contrario si veda La Rosa, *Attività parlamentare*, cit., 157.

(76) Corte cost., sent. n. 379 del 1996. Si tratta della decisione che ha risolto il conflitto di attribuzione relativo al noto caso dei cc.dd. "pianisti", ovvero dei parlamentari che avevano espresso il voto anche in luogo dei colleghi assenti, comportamento qualificato dalla Procura precedente come rilevante ai sensi

degli artt. 479 e 494 c.p. Al di là della soluzione del caso concreto (non pare potersi dissentire da chi evidenzia che "lasciare impunito il "pianista" non significa affatto garantire il libero esercizio del voto parlamentare": così La Rosa, *Attività parlamentare*, cit., 154), preme evidenziare che il criterio qui espresso si pone a fondamento del principio di separazione dei poteri e, dunque, dei moderni ordinamenti democratici.

(77) Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 30 novembre 2005, n. 21117 (dep. 19 giugno 2006), rv. 234495, riferita ad una ipotesi corruzione propria di un consigliere regionale che si assumeva aver accettato benefici di varia natura in vista dell'approvazione di un progetto di legge. Nel riformare il provvedimento del Tribunale del riesame che aveva annullato il sequestro sul presupposto che "nell'ambito della cennata attività non può configurarsi l'atto contrario ai doveri di ufficio di cui all'art. 319 c.p., in quanto tale nozione, che presuppone un'attività amministrativa dai fini vincolati mal si concilia con un'attività libera nel fine come quella legislativa, peraltro coperta dall'immunità prevista dall'art. 122, 4° comma della Costituzione con riferimento alle opinioni espresse ed ai voti dati nell'esercizio delle funzioni", la S.C. afferma il più generale principio per cui non può escludersi la ricorrenza di un "mercanteggiamento della funzione" "qualora venga concretamente in rilievo che la scelta discrezionale non sia stata consigliata dal raggiungimento di finalità istituzionali e dalla corretta valutazione degli interessi della collettività, ma da quello prevalente del privato corruttore". La pronuncia riecheggia il principio espresso nella sentenza relativa al noto caso Lockheed (Corte cost. 1° marzo 1979, in *Cass. pen. mass. Ann.*, 979, 1368 ss.) avente ad oggetto la condotta - non di un legislatore, ma - dell'allora Ministro della Difesa Mario Tanassi, ritenuto colpevole del reato di corruzione impropria per essersi impegnato a "rimuovere e superare ogni ostacolo che si frapponeva o si sarebbe nel futuro eventualmente frapposto all'acquisto di quattordici aerei C130 Hercules. Con tale comportamento, infatti, il Ministro ha rinunciato preventivamente alla valutazione comparativa degli interessi contrapposti cui era deputato quale capo del dicastero della difesa" e, si osservava, "ciò basta a ravvisare un assorbente profilo di contrasto con i doveri di ufficio, onde consegue la qualificazione del reato come corruzione propria".

(78) Si veda ad esempio Trib. Napoli, sez. I, 8 luglio 2015, n. 11917, imp. Berlusconi, Lavitola, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 maggio 2016, con nota di Ubiali, *In tema di corruzione del parlamentare*, cit., relativamente alla corruzione (per atto contrario ai doveri d'ufficio) di un parlamentare dell'Ulivo (il Sen. De Gregorio) che, in cambio della somma di tre milioni di euro, si era impegnato con Silvio Berlusconi, capo dell'opposizione, per contrastare, in particolare votando in modo contrario alle indicazioni della propria maggioranza, le iniziative del governo Prodi. In tale contesto si afferma che "l'illecito compiuto da De Gregorio non consisté nell'aver ricevuto denaro per passare da uno schieramento all'altro, naturalmente, né nel compiere una vivace opposizione alla coalizione dell'Ulivo con cui era stato eletto in parlamento, ma nell'aver abdicato in cambio di denaro, precisamente di tre milioni di

euro, alla sua libera e incoercibile facoltà di scegliere se fare eventualmente anche proprio tutto ciò, laddove egli lo avesse ritenuto meglio rispondente all'interesse della Nazione, o di non farlo nei casi in cui non ne ricorressero le condizioni". Si aggiunge che "quel che connota la corruzione, insomma, non è il corrispondere denaro o altre utilità e vantaggi, né che proprio questo influisca o determini le scelte e le alleanze dei politici, ma solo e unicamente l'aver il parlamentare rinunciato alla propria libera determinazione e scelta in cambio e in stretta e inscindibile correlazione con queste promesse e dazioni".

(79) Come dimostra Cass. Pen., Sez. VI, sent. 28 novembre 2014, n. 51688, cit., relativa, come detto, alla mediazione prezzolata finalizzata ad ottenere l'inserimento in una delibera del CIPE di un finanziamento per un'opera pubblica.

(80) Non è del resto un caso che nel corso della sola XVII Legislatura (ovvero quella nel contesto della quale è stata varata la [l. 190 del 2012](#)) siano stati presentati ben 9 disegni di legge in materia presso il Senato e 8 presso la Camera, facendo diventare ben 58 le proposte normative presentate e mai approvate. La stretta connessione tra la novella e l'attività dei gruppi di pressione è stata evidenziata anche da Merenda, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 16; Amato, *Traffico di influenze illecite e lobbying: il sottile crinale tra commercio indebito di relazioni e legittima rappresentanza di interessi*, in AA.VV., *Stato legale sotto assedio fra legislazione di emergenza, traffico di influenze illecite, lobbies e subculture devianti*, a cura di Forestieri, Roma, 2015, 139. Il termine lobbista viene dal latino *lobium*, chiostro, e con la parola "lobby" si designava la stanza d'ingresso della House of Commons di Londra, aperta al pubblico, ove per l'appunto i soggetti portatori d'interessi tentavano di avvicinare i parlamentari per esporre le proprie esigenze. Per un'analisi del fenomeno si veda Macrì, *Lobbies*, voce in *Dig. disc. pubb., Agg.*, Milano, 2012, 472 s.

(81) Evidenziano questo rischio in particolare Ielo, *Prime note*, cit., 26; Ronco, *Note per l'audizione avanti alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, in www.senato.it/documenti, 6. La stretta connessione tra la novella e l'attività dei gruppi di pressione è stata evidenziata anche da Merenda, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 16; Amato, *Traffico di influenze illecite e lobbying: il sottile crinale tra commercio indebito di relazioni e legittima rappresentanza di interessi*, in AA.VV., *Stato legale sotto assedio fra legislazione di emergenza, traffico di influenze illecite, lobbies e subculture devianti*, a cura di Forestieri, Roma, 2015, 139. Non è del resto un caso che nel corso della sola XVII Legislatura (ovvero quella nel contesto della quale è stata varata la [l. 190 del 2012](#)) siano stati presentati ben 9 disegni di legge in materia presso il Senato e 8 presso la Camera, portando a 58 le proposte normative presentate e mai approvate.

(82) Ferioli, *L'attività dei gruppi di pressione nell'Unione Europea*, in AA.VV., *Lobby come democrazia*, Padova, 2012, 91 s.; Sassi, *Processo legislativo europeo e centri di influenza*, ivi, 111 s.

(83) Il *Report* è pubblicato su www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2015. Al tema (*Lobbying and corruption*) è dedicato anche il *Thirteenth General Activity Report*

(2012) adottato dal GRECO il 18-22 marzo 2013. Del resto, come ricorda anche B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna 2007, 24, il primo disegno di legge organico in materia di gruppi di pressione in Italia è stato presentato proprio in occasione dell'introduzione di misure volte al contrasto della corruzione.

(84) Negli USA l'attività di *lobbying* ha un chiaro fondamento costituzionale nel Primo Emendamento del 1791 che, nell'affermare il c.d. *right of petition* di ogni cittadino, riconosce il potere di gruppi di pressione di esercitare la propria influenza nei confronti dei decisori pubblici. Dal 1938 i *petitioners* incaricati dalle imprese e associazioni sono iscritte in un apposito registro, secondo il *Federal Agents Registration Act* e nel 1946 il *Federal Regulation of Lobbying Act* ha compiutamente disciplinato la pratica del *lobbying*. Con il *Lobbying Disclosure Act* del 1995 la disciplina dell'attività di *lobbying* - originariamente prevista in relazione all'attività parlamentare - è stata estesa alla funzione amministrativa ed esecutiva. A seguito di alcuni riscontrati abusi nell'attività di *lobbying*, la materia è stata ulteriormente regolamentata - in senso ancor più restrittivo - dal *Honest Leadership Open Government Act* del 2007 e dal *Recovery and Reinvestment Act* del 2009: cfr. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, 234 ss.

(85) In questo senso Petrillo, *L'irresistibile (ed impossibile) regolamentazione del lobbies in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 471.

(86) Sempre in tema di riconoscimento della rilevanza costituzionale dell'attività di *lobbying* si vedano anche le sent. n. 1 del 2004 e n. 379 del 2004.

(87) A. Romano, *Traffico di influenze illecite e lobbying*, cit., 150, cui si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina pubblicistica.

(88) È assai significativo, ad esempio, che il Tribunale di Torino, nel motivare la sentenza di condanna emessa in primo grado nel processo Eternit, si soffermi lungamente sul ruolo rivestito dalle *lobbies* dell'amianto nella scelta di nascondere all'opinione pubblica gli effetti nefasti connessi a un determinato impiego della sostanza, noti sin dagli anni '30, spingendo anche sui legislatori nazionali affinché non fossero emanate disposizioni restrittive sul punto, cosa che in effetti avvenne fino agli anni '90: Trib. Torino, Sez. I pen., 13 febbraio 2012, Schmidheiny, in *www.penalecontemporaneo.it*, 388 s.

(89) Dolcini - Viganò, *Sulla riforma*, cit., 240, propongono ad esempio l'inserimento di un *dolo specifico* consistente nello "scopo di influire indebitamente sull'esercizio delle funzioni di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio".

(90) In senso opposto a quanto qui si afferma sembra invece muoversi il legislatore: significativa a tale riguardo la scelta di aumentare ulteriormente le -- già significative -- pene previste per i delitti di corruzione: sul tema v. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla l. n. 69 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015 e in *Libro dell'anno del diritto*

Treccani, 2016. Per una sottolineatura dell'esigenza di un approccio combinato al contrasto della corruzione, prima delle modifiche operate dalla **L. n. 190 del 2012**, v. i contributi pubblicati nel volume *Corruzione pubblica. Repressione e prevenzione amministrativa*, a cura di Palazzo, Firenze, 2011. Diffusamente v. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012.

(91) In questo senso anche Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 20; M. Romano, *Legge anticorruzione*, cit., 1408; Ronco, *Note per l'audizione*, cit., 6.

(92) Sulla distinzione si veda Petrillo, *Democrazia sotto pressione*, cit.: nella prima prospettiva si mira a garantire la trasparenza del processo di formazione delle decisioni pubbliche, regolando sia l'attività degli organi deputati, sia quella dei lobbisti; nella seconda, si cerca di favorire, accanto alla trasparenza, anche la proficua e lecita partecipazione dei portatori d'interessi alle decisioni. Sono peraltro stati prospettati altri modelli di regolamentazione, quali ad esempio quello basato sugli "incentivi", che collega alla scelta di registrarsi in un apposito registro, il vantaggio di una posizione privilegiata nel rapporto con il decisore pubblico; ovvero quello basato sulla "gabbia", in virtù del quale si vieta l'esercizio dell'attività di *lobbying* fuori dalle ipotesi regolamentate; ovvero infine quello della "inclusione" che tende a favorire la partecipazione alle decisioni pubbliche: in argomento si veda Sgueo, *Gli "incentivi", la "gabbia", l'"inclusione": tre ipotesi per regolare le lobby*, in AA.VV., *Rules Research Unit Law and Economics Studies*, a cura di Cuocolo-Sgueo, Università Commerciale Luigi Bocconi, *Paper No. 2014-13*, 30 s.

(93) Per un'analisi dei vari progetti di legge presentati nel tempo, si rinvia a Sgueo, *Lobbying e lobbismi. Le regole del gioco in una democrazia reale*, Milano. 2012, 145.

(94) Si segnalano in particolare il D.M. 6 febbraio 2012, n. 2284 del Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, nonché le leggi regionali della Toscana, Abruzzo, Marche e del Molise. Dal 2011 presso la Commissione e il Parlamento europeo è inoltre istituito un Registro per la Trasparenza per la registrazione - su base volontaria - delle organizzazioni, delle persone giuridiche e dei lavoratori autonomi impegnati nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione.

(95) Si tratta del d.d.l. n. 1782 presentato in data 24 febbraio 2015 dal Sen. Francesco Verducci e del d.d.l. n. 1522 presentato in data 12 giugno 2014 dal Sen. Luis Alberto Orellana, entrambi all'esame della Commissione Affari Costituzionali.

(96) Nella Relazione finale del 12 aprile 2013, si propone infatti una disciplina delle attività delle *lobbies* fondata su tre caratteri fondamentali: "a) si istituisce presso la Camera, il Senato e presso le Assemblee regionali l'albo dei portatori d'interessi; b) costoro hanno diritto a essere ascoltati nella istruttoria legislativa relativa a provvedimenti che incidono su interessi da loro rappresentati; c) il decisore deve rendere esplicite nella relazione al provvedimento le ragioni della propria scelta e deve evitare ogni possibile situazione di potenziale o attuale conflitto di interessi".

(97) Il Regolamento, licenziato dalla Giunta il 26 aprile 2016, è consultabile sul sito della Camera www.camera.it.

(98) L'art. I fornisce altresì una definizione dell'attività di rappresentanza di interessi, identificata, ai fini della disciplina, in "ogni attività svolta nelle sedi della Camera dei deputati professionalmente dai soggetti di cui al paragrafo III attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale e scritta, intesa a perseguire interessi leciti propri o di terzi nei confronti dei membri della Camera dei deputati".

(99) Savino, *La trasparenza amministrativa e la sua efficacia preventiva della corruzione*, in Cingari, *Corruzione*, cit., 33 ss. Le principali riserve sulla reale efficacia della normativa riguardano l'oggetto del diritto a conoscere (limitato a "i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente") e il rapporto tra le tecniche di *disclosure* previste: a fronte di un obbligo di pubblicare, spetta al singolo il diritto a conoscere che, in caso di omessa pubblicazione, è azionabile avanti al giudice amministrativo nelle forme del rito sull'accesso.

(100) Come noto la prima parte della legge (ben 74 sul totale di 83 commi dell'art. 1) è dedicata alla prevenzione amministrativa della corruzione. Inoltre, in esecuzione della delega conferita ai commi 49 e 50 del citato comma 1, è stato emanato il [d.lgs. n. 39 del 2013](#) relativo alle cause di inconferibilità e incandidabilità politiche al conferimento di incarichi amministrativi. Sul tema, si veda Merloni, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in Cingari, *Corruzione*, cit., 7 ss.

(101) Si veda ad esempio il modello britannico descritto da Petrillo, *Gruppi di pressione e Parlamenti in Gran Bretagna tra Westminster e Holyrood*, in AA.VV., *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari. Dal Regno Unito all'Europa*, (a cura di Torre), Torino, 2007, 103 ss.

(102) Il riferimento è alla [L. n. 215 del 20 luglio 2004](#) che ha disciplinato il conflitto d'interessi dei membri del Governo. Sul tema si rinvia a Marchetta, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, Milano, 2013.

(103) Le iniziative sono allo stato limitate e al riguardo hanno finora riguardato forme di autoregolamentazione dei parlamentari. In particolare, è stato approvato in data 12 aprile 2016 dalla Giunta per il Regolamento il Codice di condotta dei deputati che contempla, all'art. III, l'obbligo di dichiarare al Presidente della Camera eventuali interessi del deputato con riguardo ad altre cariche rivestite in enti pubblici o privati, nonché le funzioni e attività imprenditoriali o professionali svolte. È altresì previsto, all'art. 4, il divieto di accettare doni o benefici, salvo quelli di valore inferiore a €uro 250, offerti conformemente alle consuetudini di cortesia. Tali dichiarazioni sono destinate ad essere pubblicate sul sito *internet* della Camera. Di recente è stata altresì proposta l'introduzione di un codice etico dei parlamentari su iniziativa dei deputati Binetti e Nicoletti, proponendosi - sulla falsariga dell'esperienza americana dell'OCE (*Office of Congressional Ethics*), di quella francese

del *Code de déontologie de l'Assemblée nationale*, di quella tedesca del *Regolamento del Bundestag*, l'introduzione di norme finalizzate ad assicurare maggiore trasparenza e pubblicità alle attività finanziarie dei deputati ed a prevenire e rimuovere situazioni di conflitto di interessi, procedure di accertamento delle infrazioni e di applicazione delle conseguenti sanzioni.

(104) Sul tema si veda Lalli, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 155 ss. che ricorda come la Francia abbia nel 2011 approvato un Codice deontologico del parlamentare, ove, tra l'altro, si afferma che i deputati devono agire nel solo interesse della nazione e dei cittadini, senza perseguire alcun interesse privato o cercare di ottenere un beneficio finanziario o materiale personale o per i propri congiunti e hanno il dovere di rendere noto ogni interesse personale che possa interferire con la loro azione pubblica. Analogamente in Germania l'Allegato 1 al Regolamento del *Bundestag* contempla un codice di condotta dei parlamentari che prevede, tra l'altro, incisivi obblighi di trasparenza sulle attività patrimoniali sottoposti al controllo del Presidente del *Bundestag* e dell'Ufficio di presidenza. Anche l'attività dei parlamentari inglesi è regolata da codici di condotta e sono stati anche introdotti registri nei quali i parlamentari e i loro collaboratori devono dichiarare i propri interessi.

(105) Cfr. art. 1, comma 42, L. n. 190 del 2012 che ha modificato l'art. 53 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

(106) Per un esame dettagliato degli strumenti di prevenzione della corruzione introdotti dalla l. 190 del 2012, si rinvia a AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 25 ss.

(107) Il valore della trasparenza dei processi decisionali pubblici è stato espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale in più occasioni ai sensi degli artt. 64, 73, 97 e 98 Cost.: così sent. n. 262 del 1997, n. 300 del 2000, n. 372 del 2004, n. 175 del 2005.

(108) Lalli, *Conflitti di interessi*, cit., 165.

(109) Negli USA il *Lobbying Disclosure Act* del 29 dicembre 1995 prevede comunque regole rigorose all'esercizio del *right to lobby* (tra le quali l'iscrizione in un apposito registro). Più di recente, nel contesto delle misure anticrisi contenute nel *Recovery and Reinvestment Act* del 20 marzo 2009, la disciplina è stata resa più stringente, essendo vietato ai funzionari governativi di avere contatti personali con i lobbisti e essendosi imposta la comunicazione con i medesimi in forma esclusivamente scritta. Analogamente, in Gran Bretagna, la materia è disciplinata sin dal 1860 in un regolamento della House of Commons che tra l'altro, dal 2010, prescrive l'iscrizione del lobbista in un apposito registro istituito presso l'*UK Public Affairs Council*. Il Trattato dell'UE riconosce, a sua volta, all'art. 11, la liceità dell'attività dei gruppi di pressione dei quali è prevista la registrazione - su base però volontaria - in un apposito registro. Per una panoramica delle varie discipline si vedano Mazzone, *Lobbying and American Law*, in AA.VV., *Lobby come democrazia*, cit., 141 s.; Meny, *Lobbies a la française: de l'illégitimité de principe à la prise de contrôle de L'Etat*, ivi,

145; Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit. 234 s.; Pizzolo, *Il lobbismo in America Latina, un lungo cammino da percorrere*, in AA.VV., *Lobby come democrazia*, cit., 165; Tal, *Regulation Lobbying activity in Israel*, ivi, 153 s. Anche l'OCSE/OECD ha elaborato dei principi guida in materia di lobbying: *Lobbyists, government and Public Trust*, 3, dicembre 2014.

(110) Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 13.

31 REATI DI ABUSIVO ESERCIZIO DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Art. 347.

Usurpazione di funzioni pubbliche.

Chiunque usurpa una funzione pubblica o le attribuzioni inerenti a un pubblico impiego è punito con la reclusione fino a due anni.

Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale o impiegato il quale, avendo ricevuta partecipazione del provvedimento che fa cessare o sospendere le sue funzioni o le sue attribuzioni, continua ad esercitarle.

La condanna importa la pubblicazione della sentenza.

Art. 348.

Abusivo esercizio di una professione. (1)

Chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 10.000 a euro 50.000.

La condanna comporta la pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, nel caso in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata.

Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 15.000 a euro 75.000 nei confronti del professionista che ha determinato altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero ha diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 12, comma 1, L. 11 gennaio 2018, n. 3, a decorrere dal 15 febbraio 2018.

Esercizio abusivo della professione vale anche per le attività caratteristiche, Cassazione penale, sez. II, sentenza 22 novembre 2018 n° 52619;

Cassazione penale, sez. VI, sentenza 22 gennaio 2018 n° 2691, Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 6 settembre 2007, n. 34200, Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 3 giugno 2008, n. 22144 e Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 30 gennaio 2009, n. 4294 in Altalex Massimario.

Art. 349.

Violazione di sigilli.

Chiunque viola i sigilli, per disposizione della legge o per ordine dell'autorità apposti al fine di assicurare la conservazione o l'identità di una cosa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032

Se il colpevole è colui che ha in custodia la cosa, la pena è della reclusione da tre a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 3.098.

Cfr. Cassazione Penale, sez. III, sentenza 17 gennaio 2008, n. 2461 in Altalex Massimario. Vedi anche Simone Marani, Fermo amministrativo: custode usa l'auto? E' violazione dei sigilli, nota a Cass. Pen., sez. III, sent. 18 luglio 2012, n. 28979.

Art. 350.

Agevolazione colposa.

Se la violazione dei sigilli è resa possibile, o comunque agevolata, per colpa di chi ha in custodia la cosa, questi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 154 a euro 929.

Art. 351.

Violazione della pubblica custodia di cose.

Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora corpi di reato, atti, documenti, ovvero un'altra cosa mobile particolarmente custodita in un pubblico ufficio, o presso un pubblico ufficiale o un impiegato che presti un pubblico servizio, è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto, con la reclusione da uno a cinque anni.

Art. 352.

Vendita di stampati dei quali è stato ordinato il sequestro.

Chiunque vende, distribuisce o affigge, in luogo pubblico o aperto al pubblico, scritti o disegni, dei quali l'autorità ha ordinato il sequestro, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 103 a euro 619.

32 . INCANTI Art. 353. Turbata libertà degli incanti.

Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni (1) e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

(1) Le parole: "fino a due anni" sono state così sostituite dall'art. 9 della l. 13 agosto 2010 n. 13.

Art. 353-bis.

Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (1)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032

1) Articolo aggiunto dall'art. 10 della l. 13 agosto 2010 n. 136

Art. 354.

Astensione dagli incanti.

Chiunque, per denaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a euro 516.

LE FATTISPECIE DI TURBATA LIBERTA' DEGLI INCANTI E DI
TURBATA LIBERTA' DEL PROCEDIMENTO ALLA LUCE DELLA L.
136/2010

Giordanengo Guglielmo ; Valentini Stefano

L. 13-08-2010, n. 136

c.p. art. 353

c.p. art. 353-bis

La L. 13 agosto 2010 n.136 è intervenuta a modificare la pena edittale della fattispecie semplice del reato di "turbata libertà degli incanti", di cui al comma 1 dell'art.353 c.p., e ha inserito, l'inedito art. 353-bis c.p. recante la nuova fattispecie criminosa della "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente". Con la novella il Legislatore ha ridisegnato la disciplina penale relativa alle aggiudicazioni dei lavori da parte della p.a. non senza talune criticità.

Sommario: **La fattispecie di turbata libertà degli incanti - La fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente**

La fattispecie di turbata libertà degli incanti

L' *art. 9 della L. 13 agosto 2010 n. 136* ha sostituito il primo comma *dell'art. 353 c.p.* nella parte in cui comminava a chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni, o con altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di p.a., ovvero ne allontana gli offerenti, la pena della reclusione fino a due anni e quella della multa da 103 a 1.032 euro, novellando la misura della sola pena detentiva.

Gli originari limiti edittali sono stati modificati con una forbice sanzionatoria più grave che prevede ora la pena della reclusione da sei mesi a cinque anni e che, conseguentemente, comporta l'applicabilità, alla fattispecie in esame, di tutta una serie di istituti di natura processuale.

A seguito della modifica in punto pena, infatti, laddove si proceda per il reato di cui all'art. 353, comma 1, è possibile ora invocare l'applicazione delle misure coercitive (in particolare, divieto di espatrio; obbligo di presentazione alla P.G.; divieto e obbligo di dimora) atteso che i nuovi limiti sanzionatori rientrano nella previsione soglia del

comma 2 *dell'art. 280 c.p.p.* (pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni).

Non solo, ma, potrà trovare applicazione anche la misura della custodia cautelare in carcere (e pertanto anche quella degli arresti domiciliari) che, a mente *dell'art. 280, comma 3, c.p.p.*, può essere disposta solo per i delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.

A questo proposito, si segnala che i novellati limiti edittali offrono anche la possibilità di fondare la misura della custodia cautelare in carcere sul pericolo di reiterazione di reati della stessa specie di quello per cui si procede dal momento che l'art. 274, comma 1, lett. c) circoscrive il ricorso a tale esigenza ai delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni.

L'inasprimento della previsione sanzionatoria consente inoltre, in caso di flagranza di reato, di procedere all'arresto facoltativo che, ai sensi *dell'art. 381 c.p.p.*, è facoltà concessa agli ufficiali e agli agenti di p.g. in caso di delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

Da ultimo, come disposto dall'art. 266, comma 1, lett. b), c.p.p., con riferimento ai delitti contro la p.a., anche la fattispecie di cui *all'art. 353 comma 1, c.p.*, rientra ora nel novero di quelle ipotesi di reato per le quali è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche.

Sorprende che non si sia ritenuto opportuno intervenire anche sulla pena comminata dal comma 2 del medesimo *art. 353 c.p.*, che prevede la pena della reclusione da uno a cinque anni e la multa da 516 a 2.065 euro allorché il colpevole sia persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni private.

La fattispecie descritta dal comma 2, secondo l'opinione prevalente, non costituisce una figura autonoma di reato, ma una circostanza aggravante speciale, la cui *ratio* è evidentemente quella di perseguire con maggior durezza quei soggetti che svolgono funzioni essenziali all'interno dell'*iter* dell'incanto e della licitazione e che, pertanto, dovrebbero garantirne il corretto e regolare svolgimento.

Di fatto con la novella il regime sanzionatorio dell'ipotesi semplice e di quella aggravata è stato livellato - a parità di massimi, sopravvive una lieve differenza tra i minimi edittali previsti (6 mesi per il primo comma, un anno per il secondo) e tra le rispettive pene pecuniarie - così snaturando l'architettura originaria della fattispecie.

La fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

L'*art. 10 della L. n. 136/2010* dispone che dopo *l'art. 353 c.p.* sia inserito l'*art. 353-bis* recante la nuova fattispecie incriminatrice della turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in virtù della quale, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di

scelta del contraente da parte della p.a. è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da 103 a 1.032 euro.

In buona sostanza il Legislatore, riproponendo le condotte e le sanzioni *dell'art. 353, comma 1, c.p.*, descrive un'ipotesi di condizionamento del procedimento amministrativo, dedicata in particolare alle attività di disturbo poste in essere nella fase di predisposizione del bando, con l'intenzione, evidentemente, di perseguire quelle interferenze che possono portare alla formazione dei cd. bandi fotografia e, conseguentemente, violare il normale gioco della concorrenza ed il regolare svolgimento di una gara il cui esito è in radice scontato in quanto i requisiti richiesti per l'ammissione coincidono con quelli del contraente illecitamente favorito.

Soggetto attivo del reato è chiunque e la condotta incriminata consiste nel turbare il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente mediante violenza, minaccia, doni, promesse, collusione o altri mezzi fraudolenti, perseguendo il fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della p.a.: si tratta pertanto di una fattispecie comune punita a titolo di dolo specifico.

Diversamente da quanto disciplinato in tema di turbata libertà degli incanti non è previsto un regime sanzionatorio più gravoso per i soggetti preposti agli incanti o alle licitazioni private.

Quanto alle modalità con cui deve essere realizzata l'azione, immediatamente intuitive appaiono essere la violenza, la minaccia, i doni, le promesse; per collusione deve intendersi ogni accordo illecito tra privati e pubblici ufficiali finalizzato evidentemente al turbamento del procedimento amministrativo; gli altri mezzi fraudolenti, infine, consistono in tutti quegli artifici, raggiri ed altri inganni idonei a realizzare il turbamento. Turbamento del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando che si pone quale evento del reato in esame e che, argomentando sulla base della giurisprudenza formatasi in materia di turbata libertà degli incanti, si realizza allorché viene disturbata la regolarità dell' *iter* amministrativo che, senza l'intervento perturbatore, avrebbe potuto portare ad un atto diverso.

In realtà, sulla concreta portata innovativa di tale disciplina e sul suo ambito di operatività pare opportuno svolgere alcune brevi considerazioni dal momento che, in generale, la fase del procedimento amministrativo che si è voluta tutelare con la novella non era certo priva di protezione in assoluto.

Infatti, il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di turbata libertà degli incanti estendeva la portata della fattispecie ben oltre al momento stretto della gara, avendo avuto modo di specificare in diverse occasioni che la turbativa può verificarsi anche nella procedura che precede la gara stessa, attraverso la realizzazione di irregolarità rispetto all'ordinario *iter* procedimentale previsto dalla legge. Ciò in quanto determinate anomalie procedurali possono integrare quei "altri mezzi fraudolenti" mediante i quali il reato di cui *all'art. 353 c.p.* può essere realizzato, in alternativa alle altre condotte tipiche descritte dalla norma, a condizione, però, che sia possibile dimostrarne la specifica finalizzazione al turbamento della gara ⁽¹⁾.

In altre parole, secondo la lettura ermeneutica della Suprema Corte, il reato si integra non soltanto nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche durante il complesso procedimento che porta alla gara o fuori di questa: ciò che rileva è che le condotte realizzate vadano a ledere l'interesse tutelato dalla norma, ovvero il libero e normale svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private e, quindi, il normale gioco della concorrenza e la libertà di partecipazione.

Ancora recentissimamente la Corte di Cassazione si è espressa in questo senso: "le condotte alternativamente indicate dalla norma incriminatrice, attraverso le quali si può impedire o turbare la gara non devono necessariamente essere perpetrate nel momento preciso in cui la gara si svolge, ben potendo realizzarsi in qualunque momento dell' *iter* procedimentale che porta alla gara o anche fuori di questa. Ciò che conta è solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi la lesione di quegli interessi che la norma intende tutelare" ⁽²⁾.

Sotto questo profilo allora, una condotta contraria alla libertà degli incanti può configurarsi, ai sensi *dell'art. 353 c.p.*, nella stessa predisposizione del bando.

Con altra pronuncia, infatti, la Suprema Corte, nell'annullare l'ordinanza con cui il Tribunale del riesame aveva a sua volta annullato il sequestro preventivo di un'area, sostenendo che non fosse stato indicato alcun disturbo al regolare svolgimento di una gara, non aveva esitato ad affermare che il Tribunale avesse fatto mal governo della legge penale, trascurando che una condotta contraria alla libertà degli incanti può configurarsi, ai sensi *dell'art. 353 c.p.*, nella stessa predisposizione del bando. Se infatti il bene tutelato dalla norma in esame è quello di assicurare all'amministrazione il miglior risultato attraverso una gara, ogni espediente ("altri mezzi fraudolenti") inteso a ridurre il numero dei possibili partecipanti a questa gara integra il reato. E tale espediente può essere posto in essere sia durante lo svolgimento dell'asta, ma anche, per così dire, a monte, confezionando condizioni di offerta tali da ridurre la platea degli offerenti, in modo da favorire un ben individuato soggetto ⁽³⁾.

Il che è proprio quanto la nuova fattispecie sembrerebbe oggi proporsi di perseguire. Nei documenti relativi ai Temi dell'attività parlamentare, a proposito degli interventi di diritto penale sostanziale e sul procedimento penale effettuati con il cd. "Piano Mafie", si legge infatti che la *L. n. 136/2010*, introducendo il reato di cui all'art. 353-bis c.p., mira a colpire condotte che intervengono già nella fase della determinazione del contenuto del bando, con la finalità di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della p.a.: di tale che il nuovo reato nulla di nuovo parrebbe aggiungere, anzi rischia di alimentare difficoltà di coordinamento con la previgente disciplina cui sembra in parte sovrapporsi.

V'è però da osservare che, alla luce dell'interpretazione offerta dal Giudice di legittimità, la struttura complessiva della figura criminosa della fattispecie di turbativa d'asta evidenzia che l'evento (di pericolo) del reato ha come oggetto specifico la gara, che si pone quale cornice imprescindibile del reato di cui *all'art. 353 c.p.*, e che non può considerarsi iniziata prima che sia pubblicato il bando mediante il quale la p.a. regola il procedimento e assume un impegno *de contrahendo* con i concorrenti

prescelti al suo esito⁽⁴⁾. Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, il GIP aveva applicato all'indagato la misura degli arresti domiciliari tra gli altri per il reato di cui all'art. 353, commi 1 e 2, per aver concorso al turbamento della gara per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle principali strade comunali. La Cassazione aveva annullato l'ordinanza applicativa della misura nella parte in esame poiché il bando di gara non era mai stato pubblicato e pertanto le condotte contestate, secondo la lettura sopra richiamata, non erano idonee a configurare il reato di cui *all'art. 353 c.p.* neppure a livello di tentativo.

Oggi invece, con l'introduzione della nuova disciplina, le medesime condotte ben potrebbero configurare il reato di cui all'art. 353-*bis*, la cui sussistenza sembra prescindere dall'evenienza che la gara venga indetta.

In questo senso la nuova fattispecie incriminatrice, il cui oggetto materiale, si badi bene, non è l'impedimento o il turbamento della gara o l'allontanamento degli offerenti, ma il turbamento del procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, verrebbe effettivamente a colmare un vuoto normativo.

Di più, la nuova disciplina non fa riferimento esclusivo ai bandi, ma anche agli atti equipollenti e, diversamente da quanto contemplato *nell'art. 353 c.p.*, non viene effettuato nessun esplicito richiamo ai pubblici incanti e alle licitazioni private. Di tale che pare ragionevole argomentare che la fattispecie in esame possa trovare applicazione anche per quelle procedure di aggiudicazione per le quali la ricerca della controparte contrattuale non si risolve in una gara, come nel caso delle trattative private, e che siano svincolate da ogni schema concorsuale.

Pertanto, ogni illecita interferenza realizzata con le modalità descritte dalla fattispecie tipica che sia idonea a riverberarsi sulla procedura di formazione dell'atto introduttivo di una aggiudicazione di appalti pubblici potrebbe essere suscettibile di rientrare oggi nello schema del reato in esame, se la gara non si verifica o se la gara non è prevista.

La fattispecie di turbata libertà di scelta del contraente, peraltro, troverà applicazione sempre che la condotta posta in essere dal reo non configuri un più grave reato.

All'esito di questa disamina e in attesa di apprezzare l'applicazione in concreto della nuova fattispecie criminosa nelle aule di giustizia, s'impone un'ultima considerazione.

Come sopra evidenziato, e come pacificamente emerge dal tenore letterale della norma, il Legislatore, con l' *art. 10 della L. n. 136/2010*, ha voluto introdurre nell'ordinamento una disciplina che specificatamente andasse a sanzionare quelle condotte tese a turbare il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Se si dovesse ritenere che l'art. 353-*bis* operi anche laddove la gara si sia poi tenuta, si potrebbe allora ragionevolmente sostenere che, fino all'entrata in vigore della novella, una tale attività non avesse rilevanza penale e che, pertanto, quelle condotte perturbatrici realizzate ai fini di condizionare l'atto introduttivo dei pubblici incanti o delle licitazioni private, che la giurisprudenza consolidata in tema di turbata libertà

degli incanti faceva ricadere sotto la previsione normativa *dell'art. 353 c.p.*, non fossero in realtà previste dalla legge come reato.

Di tale che la giurisprudenza avrebbe effettuato una interpretazione analogica in *malam partem* con le inevitabili conseguenze tanto nella fase di esecuzione, per le condanne passate in giudicato, quanto per i procedimenti pendenti.

(1) Così Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2003, n. 25705. In materia di turbata libertà degli incanti - argomenta Cass. pen., sez. VI, 20 settembre 1991, n. 9845 - la turbativa può essere posta in essere non soltanto nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara o fuori di questa: ciò che ha rilievo è solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi quella lesione del principio della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica Amministrazione. La turbativa può realizzarsi non solo nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara, del quale sono protagonisti gli stessi concorrenti, o fuori della gara medesima. Ciò che assume rilievo è solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi quella lesione della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica Amministrazione (così Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 2000, n. 4293).

(2) In questi termini *Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11005*, in *Cass. Pen.*, 2010, 5, 1780 ss.

(3) *Cass. pen., 8 aprile 2008, n. 15506*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4, 1530.

(4) Cfr. ancora Cass. pen., sez. VI, n. 11005/2009, cit.

33. Art. 355. Inadempimento di contratti di pubbliche forniture.

Chiunque, non adempiendo gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103.

La pena è aumentata se la fornitura concerne:

- 1) sostanze alimentari o medicinali, ovvero cose od opere destinate alle comunicazioni per terra, per acqua o per aria, o alle comunicazioni telegrafiche o telefoniche;
- 2) cose od opere destinate all'armamento o all'equipaggiamento delle forze armate dello Stato;
- 3) cose od opere destinate ad ovviare a un comune pericolo o ad un pubblico infortunio.

Se il fatto è commesso per colpa, si applica la reclusione fino a un anno, ovvero la multa da euro 51 a euro 2.065.

Le stesse disposizioni si applicano ai subfornitori, ai mediatori e ai rappresentanti dei fornitori, quando essi, violando i loro obblighi contrattuali, hanno fatto mancare la fornitura.

Art. 356.

Frode nelle pubbliche forniture.

Chiunque commette frode nell'esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a euro 1.032.

La pena è aumentata nei casi preveduti dal primo capoverso dell'articolo precedente.

Cassazione penale , sez. VI , 05/06/2018 , n. 51760

Nell'ipotesi di reato di **frode** in **pubbliche forniture**, al direttore dei lavori spettano solamente meri compiti di verifica dell'idoneità di preparazione dei materiali da utilizzare nella realizzazione dei manufatti, in relazione alle previsioni contrattuali.

Fonte:

Diritto & Giustizia 2018, 16 novembre

Cassazione penale , sez. III , 04/07/2017 , n. 36822

L'ente risponde del reato posto in essere da persone che rivestono funzioni di amministrazione direzione o vigilanza, o che comunque esercitano, anche di fatto, la gestione dello stesso se, prima della commissione del reato, non vi sia prova certa che sia stato adottato ed efficacemente attuato, un modello organizzativo idoneo a scongiurare la commissione di reati. È, quindi, lecito il sequestro preventivo per equivalente finalizzato alla confisca, avente ad oggetto beni dell'ente, per il quale l'indagato aveva rivestito dapprima la carica di direttore tecnico e poi quella di direttore generale con delega ambientale, potendosi configurare in capo al medesimo il concorso formale tra le fattispecie di truffa aggravata dall'aver commesso il fatto a danno di ente pubblico e **frode nelle pubbliche forniture**.

Fonte:

Ilpenalista.it 2017 (nota di: Bonifacio)

Cassazione penale , sez. VI , 23/11/2017 , n. 9081

In tema di **frode nelle pubbliche forniture**, il mero inadempimento contrattuale non determina la consumazione del reato di cui all' art.356 cod.pen. , in quanto la condotta tipica presuppone anche la fraudolenta dissimulazione operata in danno del contraente pubblico, sicchè, nel caso di prestazioni complesse e progressive, la consumazione del reato coincide con il momento in cui la P.A. è messa in condizione di compiere le attività di verifica e controllo. (Fattispecie in cui la Corte ha individuato la data di consumazione del reato di cui all' art. 356 cod. pen. e la conseguente decorrenza della prescrizione, con riferimento alla presentazione del

conto finale da parte dell'impresa appaltatrice e l'emissione del certificato di regolare esecuzione da parte del direttore dei lavori).

Fonte:

CED Cass. pen. 2018

Cassazione penale , sez. VI , 25/10/2016 , n. 6905

Ai fini della configurabilità del delitto di **frode** in **pubbliche forniture** è sufficiente il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di consegnare cose in tutto od in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità) in modo significativo dalle caratteristiche convenute, o disposte con legge o con atto amministrativo, non occorrendo necessariamente la dazione di "aliud pro alio" in senso civilistico o un comportamento subdolo o artificioso. (In motivazione, la Corte ha precisato che la nozione di **frode** si riferisce ad ogni condotta che, nei rapporti con la P.A., viola il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, sancito dall'art. 1375 cod. civ., e, trattandosi di un fatto oggettivo che danneggia l'interesse pubblico, sono irrilevanti le condizioni psicologiche dei contraenti, ma contano soltanto le modalità di presentazione del bene in relazione a quanto oggettivamente convenuto o disposto con legge o con atto amministrativo).

Fonte:

CED Cass. pen. 2017

Ufficio Indagini preliminari , S.Maria Capua V. , 21/04/2016 , n. 780

Il depuratore di acque provenienti da complessi abitativi che per questioni contingenti legate a precipitazioni meteoriche eccezionali e a guasti elettrici non funziona, non può integrare il delitto di **frode nelle pubbliche forniture** trattandosi di un inadempimento contrattuale e non di un inganno tale da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti.

Fonte:

Redazione Giuffrè 2016

Capo III

Disposizioni comuni ai capi precedenti

Art. 357.

Nozione del pubblico ufficiale.

Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione

della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

Art. 358.

Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio.

Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

Cfr. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 06 marzo 2017 n° 10875, Cassazione penale, sez. VI, sentenza 28 marzo 2017 n° 15482.

Art. 359.

Persone esercenti un servizio di pubblica necessità.

Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:

- 1) i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;
- 2) i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione.

Art. 360.

Cessazione della qualità di pubblico ufficiale.

Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, o di esercente un servizio di pubblica necessità, come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude l'esistenza di questo né la circostanza aggravante se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato.