

V e VI settimana di diritto penale

Seconda parte



TRACCE

I Tema: Profili sostanziali e processuali della messa alla prova

II Tema: Il regime delle pene principali e di quelle accessorie.

III Tema: Rapporti fra l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione e le cause di esclusione dalla gara così come disposte dal codice degli appalti

IV Tema: Gli strumenti penali di contrasto predisposti dal legislatore per fatti di corruzione internazionale, con particolare riguardo alla responsabilità degli enti

I compitino (o tema): il lavoro di pubblica utilità. Natura giuridica e disciplina

II compitino (o tema): la prescrizione del reato e le riforme previste dal DDL Bonafede

III compitino (o tema) : le pene accessorie collegate alla condanna per il reato di corruzione con particolare riguardo all'incapacità di contrattare con la P.A.

IV compitino (o tema) i requisiti di moralità di accesso ai contratti con pa.

V Compitino (o tema) Aspetti civilistici e penalistici della responsabilità genitoriale.

Sommario: 1. Le pene principali (p.1).2. La pena detentiva p.7. 3. Le misure alternative alla detenzione. 4. Riforma dell'ordinamento penitenziario (p. 16). 5. Riforma dell'ordinamento penitenziario (p.16) 5. Ancora sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario. Assistenza sanitaria e Lavoro penitenziario (p.39) . 6. Messa alla prova (p.43) 7. Il lavoro di pubblica utilità (p.53). 8. Alcuni profili della sostituzione della pena detentiva pecuniaria con i Lvori p.u (p.56) 9. Le pene accessorie e loro applicazione ai reati di corruzione specificatamente esaminati (p. 58) 10. Il DDL Bonafede (p.101) . 11. Riforma della corruzione e della prescrizione (p.107) 12. L'interdizione da una professione o un'arte (p. 112). 13. L'incapacità di contrattare con la p.a. (p. 114) 14. Indebita percezione di erogazioni a danno dello stato (p.119) . 15.

Turbata della libertà degli incanti (p.122) 16. Frode nelle pubbliche forniture (p. 121).
17. Codice dei contratti degli appalti (p.127) 18. La moralità professionale nel nuovo codice degli appalti (p. 135) 19. L'estinzione dei rapporti di impiego e di lavoro (p. 143) 20. La decadenza o la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori (p.149)
21. La responsabilità genitoriale (p.154) 22. La daspo (p.163)

Le pene principali

Nel nostro ordinamento le pene si suddividono in pene principali ed accessorie. L'articolo 17 del codice penale riconosce come pene principali stabilite per i «delitti»: la pena di morte, l'ergastolo, la reclusione e la multa; e come pene principali stabilite per le «contravvenzioni»: l'arresto e l'ammenda.

A sua volta, l'articolo 18 definisce come pene detentive o restrittive della libertà personale: l'ergastolo, la reclusione e l'arresto; e quali pene pecuniarie: la multa e l'ammenda.

Per concludere, l'articolo 20 precisa che le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna, mentre quelle accessorie conseguono di diritto alla condanna, in quanto effetti penali della stessa.

Accanto a quelle appena indicate previste dal codice penale, il d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 ha introdotto due nuove pene principali di applicazione limitata ai soli reati di competenza del giudice di pace: la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità. Queste nuove sanzioni penali si applicano a numerosi reati, tassativamente previsti dall'art. 4 del decreto citato (ad esempio furti punibili a querela, percosse ecc.).

La pena di morte (tra le pene principali è la più grave ed irreversibile)

Nell'articolo 17 del codice penale, all'inizio delle pene principali figurava la pena di morte. Essa venne soppressa, prima per i delitti previsti dal codice penale (art. 1 commi 1° e 2° d.lgt.lt. 10 agosto 1944, n. 224), poi per i delitti previsti dalle leggi speciali diverse da quelle militari di guerra (art. 1, commi 1° e 3°, d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 21), infine per gli illeciti preveduti dalle stesse leggi militari di guerra (art. 1, 1.13 ottobre 1994, n. 589), oggi la pena di morte è assorbita nell'ergastolo.

La soppressione della pena di morte ha comunque trovato il riconoscimento più elevato nella Costituzione: l'articolo 27, comma 4° della Costituzione, modificato dalla legge Costituzionale n. 2 del 2 ottobre 2007, stabilisce infatti che «Non è ammessa la pena di morte».

In realtà, nel testo originario del 4° comma figuravano le parole: «se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». La circoscritta ammissibilità costituzionale della massima pena, limitatamente alle ipotesi di emergenza bellica trovava la sua

spiegazione proprio in considerazione della loro eccezionalità: in situazioni estreme qual è la guerra poteva accadere che venissero commessi reati di tale gravità, da esporre a rischio la stessa sicurezza dello Stato. È anche vero però che l'articolo 27, comma 4° della Costituzione, non prevedeva un obbligo di ricorso alla pena di morte in riferimento alle situazioni belliche, ma lasciava discrezionalità al legislatore ordinario di valutarne o meno l'opportunità di mantenerla nell'ambito delle predette situazioni. Ciò spiega come, con la maturazione di un clima politico-culturale favorevole, il legislatore abbia potuto completare la scelta di civiltà compiuta dalla Costituzione del 1948, cancellando la pena di morte persino nelle leggi militari di guerra.

La scelta dell'abrogazione della pena di morte, espressione di una recuperata superiorità morale e culturale della società e dello Stato nei confronti del delinquente, non è tuttavia considerata all'unanimità, strumento di conservazione della società. Qualche tempo fa è stata addirittura presentata una proposta di legge costituzionale di modifica dell'articolo 27 della Costituzione, volta appunto a reintrodurre la pena di morte.

Ad ogni modo nell'ambito della più accreditata scienza penalistica moderna, predomina il convincimento che la pena di morte costituisca, dal punto di vista teorico, un residuo arcaico di superate concezioni della pena, e in quanto tale tassativamente incompatibile con le dimensioni costituzionali dello Stato di diritto e di un moderno diritto penale. Dal punto di vista pratico, la pena di morte, contrariamente alla comune opinione, risulta un strumento di controllo della criminalità del tutto inefficace, come hanno dimostrato complesse ed approfondite indagini empiriche condotte soprattutto negli Stati Uniti.

L'ergastolo (tra le pene principali è la più grave ma reversibile)

Secondo il disposto dell'articolo 22 «la pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. – Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto».

Particolarmente discussa è la questione della compatibilità dell'ergastolo con i principi della Costituzione, ed in particolare con il principio di rieducazione manifestato dall'articolo 27 comma 3° della Costituzione stessa. La Corte costituzionale ha però ritenuto legittimo l'ergastolo, sostenendo a motivazione che, la funzione della pena «non è soltanto il riadattamento sociale dei delinquenti, ma pure la prevenzione generale, la difesa sociale, e la neutralizzazione a tempo indeterminato di determinati delinquenti». Comunque al di là della concezione «polifunzionale» della pena sostenuta dalla Corte, bisogna riconoscere che la natura perpetua dell'ergastolo è in

concreto pressoché superata, per cui il problema della sua costituzionalità ha finito con lo sdrammatizzarsi. Infatti, oltre alla possibilità del lavoro all'aperto, il condannato all'ergastolo può – se abbia tenuto un comportamento tale da ritenere sicuro il suo ravvedimento – essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato 26 anni di pena (articolo 176, comma 3°, del codice), e l'essere ammessi a tale beneficio, quando è accertato il ravvedimento è «dovuto», a seguito dell'avvenuta giurisdizionalizzazione dell'istituto (da sentenza costituzionale n. 204/74). In seguito tuttavia, ulteriori interventi hanno inciso sul carattere astrattamente perpetuo dell'ergastolo: la sentenza n. 274 del 27 settembre 1983 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo vietare agli ergastolani di godere degli sconti di pena consentiti dall'istituto della liberazione «anticipata», con conseguente riduzione dei tempi necessari ai fini della scarcerazione condizionale.

Successivamente, gli articoli 14 e 18 della legge n. 663 del 1986 hanno espressamente esteso agli ergastolani l'applicabilità dei due istituti della semilibertà (col limite dell'espiazione di almeno venti anni di pena) e della stessa liberazione anticipata.

Più precisamente, la legge n. 663 del 1986 consente che, ai fini del computo dei vent'anni di pena espiata, che occorrono da presupposto all'ammissibilità al regime di semilibertà, possano venir detratti 45 giorni per ogni semestre di pena scontata, se il condannato partecipa all'opera di rieducazione. Vi è di più, trascorsi dieci anni – che possono essere ridotti di un quarto per effetto dell'ultimo beneficio accennato – possono inoltre essere concessi permessi-premio per un totale di 45 giorni all'anno. Dunque, dal momento che il nuovo art. 53 bis dell'ordinamento penitenziario stabilisce che il tempo trascorso in permesso (o licenza) è ad ogni effetto computato nella durata della pena espiata, può di fatto persino accadere che un ergastolano venga rimesso in libertà dopo 15 anni avendo già beneficiato di 225 giorni di permesso e venga liberato condizionalmente dopo 19 anni e sei mesi, avendo già usufruito di 428 giorni di permesso.

Il problema della costituzionalità dell'ergastolo è stato invece risolto, in tempi più recenti, dai giudici di legittimità, in termini contrari, con riguardo ai minorenni imputabili. Con sentenza 28 aprile 1994, n. 168, la Corte costituzionale ha ravvisato un'incompatibilità insanabile tra la pena perpetua e la minore età, insistendo sul particolare significato che la rieducazione finisce con l'assumere ove venga riconsiderata, alla stregua della speciale protezione che l'art. 31 della Costituzione accorda all'infanzia e alla gioventù.

L'ergastolo potrebbe risultare illegittimo anche in virtù della sua natura «fissa», tanto più che la stessa Corte costituzionale si è pronunciata a favore della tesi che assume come costituzionalmente imposta una commisurazione «individualizzata» della sanzione punitiva: ed infatti la Corte ha affermato che «in linea di principio, previsioni

sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale, salvo che appaiono proporzionate all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato» (Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, 725, con nota di Paliero, Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi.). Seguendo questo punto di vista, occorre dunque verificare se le attuali previsioni normative dell'ergastolo risultino, sebbene prive di elasticità, proporzionate o congrue rispetto all'intera gamma dei fatti tipizzati nelle fattispecie sanzionate con la massima pena.

La reclusione (tra le pene principali è quella detentiva per i delitti)

L'articolo 23 del codice penale stabilisce che «la pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. – il condannato alla reclusione, che ha scontato almeno un anno della pena, può essere ammesso al lavoro all'aperto».

La pena della reclusione è temporanea, i limiti, minimo (quindici giorni) e massimo (ventiquattro anni), rappresentano una soglia invalicabile solo per la scelta della pena, che il giudice applica al caso concreto. Il legislatore al contrario può fissare liberamente tali limiti, per esempio nella recente legislazione dell'emergenza, per il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, la pena è stata fissata in venticinque anni nel minimo – cioè in una quantità superiore al massimo di cui all'articolo 23 – ed in trenta anni nel massimo.

Oggi l'esecuzione della reclusione è disciplinata dalla legge sull'ordinamento penitenziario (legge del 26 luglio 1975 n. 354), sulla base dei seguenti principi:

- 1) l'esecuzione della pena della reclusione avviene nelle case di reclusione;
- 2) è previsto l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno;
- 3) il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità del condannato;
- 4) il trattamento si fonda sull'istruzione, sul lavoro, sulla religione, sulle attività culturali ricreative e sportive;
- 5) sono agevolati i rapporti con il mondo esterno e con la famiglia;
- 6) il lavoro non deve avere carattere affittivo e deve essere remunerato in misura non inferiore a due terzi delle tariffe sindacali.

Il codice prevede anche alcune cause di differimento dell'esecuzione della reclusione. Il differimento è obbligatorio, se l'esecuzione deve aver luogo nei riguardi di una donna incinta o di una donna che ha partorito da meno di sei mesi, o nei riguardi di una persona affetta da infezione da HIV, nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione ai sensi dell'articolo 286 bis, comma 1, c.p.p. (art.146). Il differimento è facoltativo se è stata presentata domanda di grazia, se il soggetto versa in condizioni di grave infermità fisica e se la donna ha partorito da più di sei mesi e da meno di un anno, e non vi è modo di affidare il figlio a persone diverse dalla madre (art. 147).

L'arresto (tra pene principali è quella detentiva per le contravvenzioni)

L'articolo 25 dispone che «la pena dell'arresto si estende da cinque giorni a tre anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati o in sezioni speciali degli stabilimenti di reclusione, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. – Il condannato all'arresto può essere addetto a lavori anche diversi da quelli organizzati nello stabilimento, avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni».

L'arresto configura la pena detentiva per le contravvenzioni. Per l'arresto valgono sostanzialmente gli stessi principi stabiliti per la reclusione. L'unica reale differenza tra esecuzione dell'arresto ed esecuzione della reclusione riguarda la disciplina della semilibertà (Il regime di semilibertà si discosta dallo schema delle misure alternative: il fine di tale istituto è consentire una modalità di esecuzione della pena detentiva favorendo un'evoluzione positiva della personalità del reo, supportando un suo reinserimento, controllato e parziale, nell'ambiente libero. L'art. 48, comma primo, dell'Ordinamento penitenziario stabilisce che: «Il regime di semilibertà consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'Istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale». È bene evidenziare che il regime di semilibertà non configura una misura alternativa alla detenzione, poiché il condannato mantiene lo status di persona privata della libertà ed inserita in istituto penitenziario).

La multa (tra le pene principali è quella pecuniaria per i delitti)

L'articolo 24 del codice penale stabilisce che «la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a euro 5, né superiore a euro 5.164. – Per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da euro 5 a euro 2.065». Tale

formulazione dell'art. 24 è dovuta alla legge di Modifiche al sistema penale (l. 689/81), che non ha solo modificato i limiti minimi e massimi della multa, che per effetto della svalutazione monetaria sono divenuti scarsamente significativi, ma ha anche introdotto nella disciplina rilevanti modifiche.

La multa è la pena pecuniaria prevista per i delitti. Essa può essere pagata, in relazione alle condizioni economiche del reo, in rate mensili da un minimo di tre ad un massimo di trenta. L'articolo 133 ter stabilisce che l'ammontare di ciascuna rata non può essere inferiore ai 15 euro.

Se il condannato risulta insolvente, la multa si converte in una sanzione c.d. di conversione, che nella previsione originaria del codice era la pena detentiva. In realtà tale forma di conversione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima perché operava «una traslazione della pena dai beni alla persona del condannato insolubile, retaggio di concezioni arcaiche, basate sulla fungibilità tra libertà e patrimonio personale». Con la citata legge di Modifiche al sistema penale, il legislatore ha introdotto due nuove sanzioni di conversione: la libertà controllata ed il lavoro sostitutivo. Per quanto riguarda la «libertà controllata» si tratta di una forte limitazione della libertà personale accompagnata da una serie di obblighi. Il «lavoro sostitutivo» consiste invece nella prestazione di un'attività non retribuita, a favore della collettività, la quale può effettuarsi presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, o presso enti, organizzazioni o corpi di assistenza, di istruzione, di protezione civile e di tutela dell'ambiente naturale o di incremento del patrimonio forestale.

La conversione viene stabilita secondo un ragguaglio fissato dalla legge: il computo si effettua calcolando 12 euro, o frazioni di 12 euro, di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata e 25 euro, o frazioni di euro 25, per un giorno di lavoro sostitutivo (art. 102, comma 3, l. N. 689/81 e Corte cost. n. 432/94).

A sua volta, la multa è prevista in modo fisso (senza un minimo e un massimo) o in modo proporzionale.

L'importo della multa deve essere adeguato alle capacità economiche del condannato.

La norma dell'articolo 24, comma 2° è stata pensata per i reati determinati in concreto da motivi di lucro, essa mira a colpire la particolare avidità del singolo delinquente nei casi in cui, per il fatto di reato è prevista la sola pena della reclusione. Di fatto però questa disciplina non ha incontrato il favore della prassi.

L'ammenda (tra le pene principali è quella pecuniaria per le contravvenzioni)

Secondo il disposto dell'articolo 26, «la pena dell'ammenda consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a euro 2 né superiore a euro 1.032». Questa

formulazione dell'articolo 26 risale anch'essa alla legge di Modifiche del sistema penale.

L'ammenda è la pena pecuniaria prevista per le contravvenzioni. Giuridicamente, la sua regolamentazione ricalca quella della multa: per quanto concerne il pagamento, la conversione e le varie forme (fissa e proporzionale) si rinvia dunque alla disciplina appena esposta; per ciò che riguarda invece la commisurazione dell'ammenda si fa riferimento all'apposita trattazione.

La pena detentiva

Da Diritto .it

Con il termine pena detentiva si fa riferimento ad una pena che consiste nella privazione della libertà personale del condannato, protratta per un periodo di tempo determinato, l'intera vita o a tempo indeterminato, quando la fine è stabilita durante l'esecuzione, in base al comportamento del condannato.

Si tratta del tipo di pena utilizzato più di frequente negli ordinamenti contemporanei, alcuni dei quali conoscono la pena detentiva a vita e altri quella a tempo indeterminato.

Le pene detentive possono essere eseguite in apposite istituzioni, variamente denominate (carcere, prigione, penitenziario, istituto di pena), oppure, in determinati casi, nella dimora del condannato. La privazione della libertà personale dà luogo ad una situazione di detenzione, la quale può, però, derivare anche da altre misure, come quelle cautelari decise nell'ambito del processo penale oppure, in determinati ordinamenti, le misure di sicurezza disposte dal giudice o le misure di prevenzione disposte dall'autorità amministrativa.

Il condannato ad una pena detentiva può essere obbligato a svolgere, durante la detenzione, un lavoro rivolto alla sua rieducazione e al suo reinserimento nella società, come avviene per lo più negli ordinamenti attuali, oppure, come avveniva soprattutto in passato, ad aggravare l'afflizione derivante dalla pena, era il caso dei lavori forzati a vita e a tempo, previsti dal Codice penale italiano del 1865.

Il condannato può subire la perdita o la limitazione di altri diritti, ad esempio, dei diritti politici, sino ad arrivare, in ordinamenti del passato, alla privazione della capacità giuridica.

I vari ordinamenti possono usare diverse denominazioni per le pene detentive, reclusione, detenzione, arresto, le quali possono essere attribuite a diversi tipi di pena detentiva presenti in un ordinamento, differenziati per gravità del reato, modalità di esecuzione, conseguenze accessorie.

Queste differenziazioni, frequenti in passato negli ordinamenti di civil law in collegamento con la distinzione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni.

Il Codice penale italiano del 1865 distingueva tra reclusione per i crimini, carcere per i delitti, e arresti per le contravvenzioni, che tendono oggi ad essere superate, anche negli ordinamenti che hanno mantenuto la distinzione dei reati in più categorie.

Il Codice penale italiano vigente prevede tre diverse pene detentive:

L'arresto, privazione della libertà personale per un periodo determinato di tempo inflitta a chi ha commesso una contravvenzione (ex art. 25 c.p.).

La reclusione, privazione della libertà personale per un periodo determinato di tempo inflitta a chi ha commesso un delitto (ex art. 23 c.p.).

L'ergastolo, privazione della libertà personale perpetua inflitta a chi ha commesso un delitto (ex art. 22 c.p.).

Ne parliamo singolarmente.

L'arresto, in diritto, indica un atto con il quale si priva una persona della sua libertà, al fine di prevenire la ulteriore commissione di crimini, tutelare lo sviluppo delle indagini, prevenire che la persona possa fuggire sottraendosi alla giustizia o assicurare l'esecuzione della pena inflitta a carico di una persona condannata.

Il termine ha origine anglo-normanna e deriva dalla parola francese arrêt.

Nel diritto italiano, il termine arresto indica più istituti diversi e distinti tra loro:

l'arresto in flagranza di reato, la pena dell'arresto, l'arresto per l'esecuzione di un ordine di custodia cautelare, l'arresto per l'esecuzione di un ordine di carcerazione in esecuzione di una condanna penale definitiva alla pena della reclusione o dell'arresto.

La legge parla di arresto sia nel caso di reclusione in carcere come anche nel caso di persona alla quale viene intimato di restare nella propria abitazione.

In questo caso si definisce la custodia cautelare come arresti domiciliari e la sostituzione della pena della reclusione come detenzione domiciliare.

Esso deve essere disposto seguendo le prescrizioni imposte dalla legge, altrimenti si potrebbe trattare di arresto illegale.

L'arresto in flagranza di reato è una misura precautelare, eseguita dalla forza pubblica, e in alcune circostanze dagli stessi privati, nei casi previsti dalla legge, in questo caso sarebbe più esatto il meno usato termine di fermo o fermo di polizia.

La pena dell'arresto è una pena detentiva prevista dalla legge penale italiana per le contravvenzioni, a differenza della reclusione che è prevista per i delitti.

Come nel caso della reclusione, anche la pena dell'arresto prevede la privazione della libertà del condannato e la sua detenzione in un'apposita struttura per un determinato periodo di tempo.

L'arresto può essere eseguito su richiesta del pubblico ministero e su ordine del giudice per le indagini preliminari (Gip) per porre in custodia cautelare un indagato, cioè una persona sospettata di aver commesso un reato, per uno di questi tre possibili scopi:

evitare che la persona si dia alla fuga per sfuggire alla punizione penale, evitare che la persona possa inquinare le prove del reato contattando testimoni, nascondendo prove o documenti o valori provento del reato, oppure reiteri il reato, cioè commetta un reato dello stesso tipo.

Con la parola reclusione in Italia si intende la pena detentiva per la commissione di un delitto, cioè un reato di particolare gravità.

La reclusione è la pena prevista dall'articolo 23 del codice penale italiano, e consiste nella limitazione della libertà personale, che deve essere eseguita in carcere o in un altro istituto a questo espressamente deputato in regime di detenzione, quando una sentenza di condanna a pena detentiva per un delitto sia passata in giudicato e non sia stato possibile ottenere l'applicazione di misure alternative.

Il recluso ha l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.

Il condannato alla reclusione che ha scontato almeno un anno della pena può essere ammesso al lavoro all'aperto.

La reclusione può, a determinate condizioni, tra le quali la disponibilità di un domicilio ritenuto idoneo, e su autorizzazione del Tribunale di sorveglianza, essere scontata anche in regime di detenzione domiciliare per condanne inferiori a due anni (quattro anni in casi particolari), periodo che può essere anche la parte finale di una pena più lunga, e può durare da un minimo di 15 giorni a 24 anni (ex art. 23 Comma 1 c.p.) salvo quando previsto diversamente dalla legge.

La reclusione si distingue dalla pena dell'ergastolo la cui durata – tendenzialmente – è per tutta la vita, pur essendo anch'esso la pena per un delitto.

La reclusione si distingue dall'arresto, che è la pena detentiva per una contravvenzione e dalla custodia cautelare in carcere, la quale è una misura cautelare, e anche se consiste in una limitazione della libertà personale in concreto uguale a quella posta in essere con la reclusione, non presuppone un accertamento definitivo della

responsabilità penale, ma esclusivamente la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e la pericolosità del soggetto sottoposto alla restrizione della libertà ovvero il pericolo di fuga per sottrarsi agli effetti di una futura condanna penale.

L'ergastolo è una pena detentiva a carattere perpetuo inflitta a chi ha commesso un delitto ed equivale alla reclusione a vita.

Nel 2013 una sentenza della Corte europea dei diritti umani ha stabilito che questa pena viola i diritti umani quando la scarcerazione sia espressamente proibita o quando non sia previsto nell'ordinamento che, non oltre i 25 anni di detenzione, il condannato possa chiedere a un organismo indipendente dal governo una revisione della sentenza o un alleggerimento di pena.

Il termine "ergastolo" deve il suo nome al luogo fisico nel quale il condannato scontava le condanne classificate nel gergo burocratico carcerario con l'espressiva locuzione "fine pena: mai". Nella Roma antica, il termine ergastulum indicava un campo di lavoro al quale venivano diretti gli schiavi puniti che non potevano uscirne.

L'origine greca del nome dalla quale è mediato il termine latino si riferisce proprio al lavoro, in questo caso forzato.

In Italia l'ergastolo è la massima pena prevista nell'ordinamento giuridico penale per un delitto, spesso, nella prassi, esso non supera i 30 anni di carcere, ed è previsto dall'articolo 22 del codice penale.

La pena è perpetua, cioè a vita, ed è scontata in uno degli stabilimenti a questo diretti, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. L'articolo 22 del codice penale, si deve intendere implicitamente modificato in parte, perché l'articolo 6 comma 2 della legge 26 luglio 1975 n° 354 (Legge di Riforma del Diritto Penitenziario) dispone che "i locali diretti al pernottamento dei detenuti consistono in camere dotate di uno o più posti senza distinguere la pena da eseguire".

Ne deriva che l'isolamento notturno non è più attuato, mentre quello diurno resta vigente per via del sopra menzionato articolo. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.

Dal Diritto.it

Diritto penitenziario. Le misure alternative alla detenzione.

Le misure alternative alla detenzione, caratteristiche e disciplina giuridica

Alessandra Concas Referente Aree Diritto Civile, Commerciale e Fallimentare e Diritto di Famiglia

13 novembre 2013

Le misure alternative alla detenzione sono dirette a realizzare la funzione rieducativa della pena, in ottemperanza dell'articolo 27 della Costituzione.

Incidono sulla fase esecutiva della pena principale detentiva, in relazione ai presupposti e alle modalità di applicazione sono previste e disciplinate dalla legge 26 luglio 1975, n. 354.

Ne sentiamo parlare spesso dalle cronache giornalistiche, vediamo quali sono e in che consistono.

Le misure alternative alla detenzione sono:

l'affidamento i prova ai servizi sociali, la semilibertà, la liberazione anticipata, la detenzione domiciliare.

L'affidamento in prova ai servizi sociali è previsto e disciplinato dall'art. 47 del Dpr n354/1976 che stabilisce, che se la pena detentiva inflitta non supera i tre anni, il condannato ha la possibilità di essere affidato ai servizi sociali fuori dell'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare.

Il provvedimento viene adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, nei casi nei quali si può ritenere che lo stesso, anche attraverso le prescrizioni delle quali al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati.

Il comma 3 dell'art. 47: recita testualmente:

“l'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2“. (vedi riforma dell'ordinamento penitenziario)

Le prescrizioni relative all'affidamento in prova, modificabili, nel corso dell'esecuzione della misura, da parte del magistrato di sorveglianza, sono redatte su apposito verbale nel quale si può disporre che durante l'intero o parte del periodo di affidamento in prova il condannato non soggiorni in uno o più comuni, o soggiorni in un comune determinato, stabilendo in particolare, prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati.

Nel verbale si deve anche stabilire che l'affidato si adoperi nei limiti del possibile in favore della vittima del suo reato e adempia puntualmente agli obblighi di assistenza

familiare. Il servizio sociale controlla la condotta del soggetto aiutandolo a reinserirsi nella vita sociale e riferisce periodicamente al magistrato di sorveglianza sul suo comportamento.

I commi 11 e 12 dell'art. 47 regolano rispettivamente la revoca dell'affidamento in prova e i suoi effetti stabilendo che esso:

“...è revocato qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova” e che: “l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale“. All'affidato in prova al servizio sociale che abbia dato prova nel periodo di affidamento di un suo concreto recupero sociale, deducibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità, può essere concessa la detrazione di pena della quale all'articolo 54 (che consiste in 45 giorni di pena detratta per ciascun semestre di pena scontata).

La semilibertà è prevista e disciplinata dagli artt. 48 e seguenti dell'Ordinamento Penitenziario e consiste nella possibilità per il condannato e per l'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto.

A mente dell'art. 48 i condannati e gli internati ammessi al regime di semilibertà sono assegnati in appositi istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari e indossano abiti civili.

I presupposti per l'ammissione al regime di semilibertà sono fissati dagli artt 50 e seguenti dell'Ordinamento Penitenziario.

A norma dell'articolo 50, possono essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale.

Fuori dei casi previsti dal comma 1, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà dopo l'espiazione di almeno metà della pena, cioè, se si tratta di condannato per qualcuno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4 bis, di almeno due terzi di essa.

L'internato può essere ammesso in ogni tempo, però, nei casi previsti dall'articolo 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova ai servizi sociali, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'articolo 4 bis può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena.

Per il computo della durata delle pene non si tiene conto della pena pecuniaria inflitta, congiuntamente a quella detentiva.

L'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società.

Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo avere espiato almeno venti anni di pena.

Nei casi previsti dal comma 1, se il condannato ha dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale, la semilibertà può anche essere disposta successivamente all'inizio dell'esecuzione della pena.

Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, lei ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà della quale all'ultimo comma dell'articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431.

A norma dell'articolo 50 bis, la semilibertà può essere concessa ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, comma 4, del codice penale, dopo l'espiazione dei due terzi della pena, oppure, se si tratta di un condannato per qualcuno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4 bis della presente legge, di almeno tre quarti di essa.

Il provvedimento di semilibertà può essere in ogni tempo revocato quando il soggetto non si manifesti idoneo al trattamento.

Il condannato, ammesso al regime di semilibertà, che rimane assente dall'istituto senza giustificato motivo, per non più di dodici ore, è punito in via disciplinare e può essere proposto per la revoca della concessione.

Se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, il condannato è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del codice penale ed è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dello stesso articolo.

La denuncia per il delitto di cui al precedente comma importa la sospensione del beneficio e la condanna ne importa la revoca.

All'internato ammesso al regime di semilibertà che rimane assente dall'istituto senza giustificato motivo, per oltre tre ore, si applicano le disposizioni dell'ultimo comma dell'articolo 53.

La liberazione anticipata è regolata dall'art. 54 della L. n. 354/1975 che stabilisce la possibilità che venga concessa al condannato a pena detentiva che abbia dato prova di partecipazione alla sua rieducazione.

Consiste in una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata, valutando anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare, di detenzione domiciliare o di affidamento in prova al servizio sociale.

Agli effetti del computo della misura di pena che bisogna avere espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, anche in favore dei condannati all'ergastolo, la parte di pena detratta ai sensi del comma 1 si considera come scontata.

La misura della liberazione anticipata era oggetto di automatica revoca a norma dell'art. 54, comma 3 in caso di condanna per delitto non colposo commesso durante l'esecuzione della misura.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma in questione nella parte nella quale prevede l'automatismo della revoca.

La detenzione domiciliare è prevista dall'art. 47 ter della L. n. 354/1975 per particolari casistiche e consiste nella possibilità di espiare la pena della reclusione nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza.

Secondo l'47 ter, la pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis della presente legge, può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza nè sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale.

La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di:

- a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente.
- b) Padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

- c) Persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.
- d) Persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente.
- e) Persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

Al condannato, al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, può essere concessa la detenzione domiciliare se la pena detentiva inflitta, anche se costituente parte residua di maggior pena, non supera tre anni.

1-bis. La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-bis e a quelli cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale.

Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.

Se l'istanza di applicazione della detenzione domiciliare è proposta dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, il magistrato di sorveglianza cui la domanda deve essere rivolta può disporre l'applicazione provvisoria della misura, quando ricorrono i requisiti di cui ai commi 1 e 1 bis. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 47, comma 4.

Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall'articolo 284 del codice di procedura penale. Determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare.

Nel disporre la detenzione domiciliare il tribunale di sorveglianza, quando ne abbia accertato la disponibilità da parte delle autorità preposte al controllo, può prevedere modalità di verifica per l'osservanza delle prescrizioni imposte anche mediante mezzi

elettronici o altri strumenti tecnici. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 275 bis del codice di procedura penale.

Il condannato nei confronti del quale è disposta la detenzione domiciliare non è sottoposto al regime penitenziario previsto dalla presente legge e dal relativo regolamento di esecuzione. Nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica del condannato che trovasi in detenzione domiciliare.

La detenzione domiciliare è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure.

Deve essere inoltre revocata quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1 bis.

Il condannato che, essendo in stato di detenzione nella propria abitazione o in un altro dei luoghi indicati nel comma 1, se ne allontana, è punito ai sensi dell'articolo 385 del codice penale. Si applica la disposizione dell'ultimo comma dello stesso articolo.

La denuncia per il delitto di cui al comma 8 importa la sospensione del beneficio e la condanna ne importa la revoca.

Se la misura di cui al comma 1 bis è revocata ai sensi dei commi precedenti la pena residua non può essere sostituita con altra misura.

Massimo Ruaro

Da Diritto penale contemporaneo

Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria

Decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 (G.U. 26 ottobre 2018)

1. L'attuazione delle direttive della legge delega in materia di semplificazione dei procedimenti della magistratura di sorveglianza (d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, Capo II, artt. 3-8) comporta la modifica di numerose disposizioni dell'ordinamento penitenziario (artt. 18-ter, 30, 35-bis, 47, 51-bis, 51-ter, 57, 58 e 69-bis), di due disposizioni del codice di rito (artt. 656 e 678), e l'introduzione di un nuovo articolo nella legge penitenziaria (art. 51-quater). In relazione alle competenze dell'u.e.p.e. e della polizia penitenziaria (Capo III, artt. 9 e 10), vengono modificati l'art. 72 ord. penit. e l'art. 5 legge 15 dicembre 1990, n. 395.

L'art. 3 comma 1 lett. a) modifica la competenza ad emettere i provvedimenti che dispongono nei confronti del detenuto la limitazione della corrispondenza e della ricezione della stampa, oppure la sottoposizione della corrispondenza in entrata o in uscita a visto di controllo (art. 18-ter ord. penit.). In base alla precedente formulazione dell'art. 18-ter comma 3 ord. penit., a fungere da "spartiacque" per la ripartizione delle competenze tra l'autorità giudiziaria procedente (art. 279 c.p.p.) e il magistrato di sorveglianza era la pronuncia della sentenza di primo grado.

Così come avvenuto in materia di ricoveri in luogo esterno di cura (con la nuova formulazione dell'art. 11 comma 4 ord. penit. e l'abrogazione dell'art. 240 disp. coord. c.p.p.), la novella sposta in avanti la linea di demarcazione tra le competenze del giudice di cognizione e della magistratura di sorveglianza, facendola coincidere con la sentenza di condanna definitiva. L'applicazione del "visto di censura" per tutti gli imputati (anche "appellanti" e "ricorrenti") è quindi da oggi demandata all'autorità giudiziaria individuata ai sensi dell'art. 279 c.p.p., con la precisazione secondo cui, in caso di organo collegiale (non solo, quindi, tribunale e corte d'assise, ma anche corte d'appello e corte d'assise d'appello), il provvedimento è adottato dal presidente.

Va segnalato che la redistribuzione delle competenze per quanto riguarda il provvedimento di applicazione delle limitazioni non è stata accompagnata da una corrispettiva riconfigurazione delle competenze in tema di reclamo (art. 18-ter comma 6 ord. penit.). Con la conseguenza che anche il visto di censura disposto dal presidente della corte d'appello è reclamabile al «tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento»: cioè – almeno così sembrerebbe – ad un giudice di grado inferiore (quasi una sorta di tribunale della libertà ... di corrispondenza). A prescindere dalla singolarità di tale forma di impugnazione, si tratta di una disciplina disallineata rispetto a quella applicabile ai permessi c.d. "di necessità": infatti, in caso di provvedimento adottato dal presidente della corte d'appello (art. 30 comma 1 ord. penit., che richiama l'art. 11 comma 4 ord. penit.), sul reclamo provvede la corte d'appello (art. 30-bis comma 3 ord. penit.).

2. Con l'art. 3 comma 1 lett. b) il legislatore delegato ridefinisce, attraverso un richiamo al novellato art. 11 comma 4 ord. penit. (disposizione "modernizzata" eliminando i riferimenti alle fasi procedurali e agli organi giudiziari risalenti al c.p.p. 1930 e non più previsti), la competenza a disporre il permesso c.d. "di necessità". La modifica non ha effetti innovativi, ma soltanto di razionalizzazione e sistematizzazione: istituti in un certo qual modo somiglianti per finalità e struttura, permessi umanitari e trasferimenti in luogo esterno di cura vengono quindi completamente uniformati anche in punto di competenza.

3. L'art. 3 comma 1 lett. c) apporta modifiche al procedimento per reclamo giurisdizionale previsto dall'articolo 35-bis ord penit. e, di riflesso, il procedimento attinente al rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. penit. In relazione alla vocatio in iudicium dell'amministrazione interessata – normalmente quella penitenziaria – si prevede anzitutto che, contestualmente all'avviso di fissazione dell'udienza di fronte al magistrato di sorveglianza (o al collegio, in relazione al reclamo “di secondo grado” ex art. 35-bis comma 4 ord. penit.) all'amministrazione venga comunicato il reclamo presentato dal detenuto. La ratio sembrerebbe quella di consentire alla parte “convenuta” una discovery anticipata dell'atto di reclamo (in ipotesi, presentato dal difensore, oppure dal detenuto stesso, ma “in busta chiusa”, direttamente al magistrato di sorveglianza), per predisporre le controdeduzioni attraverso una memoria ex art. 666 comma 3 c.p.p., o, comunque, per partecipare ex informata coscienza all'udienza camerale. Si prevede inoltre espressamente che l'amministrazione, oltre a trasmettere osservazioni e richieste, possa comparire con un proprio funzionario – senza ricorrere, quindi, all'Avvocatura dello Stato – all'udienza camerale (sia quella monocratica che quella collegiale ex art. 35-bis comma 4 ord. penit.). La previsione si pone in linea di continuità con i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, ad avviso della quale il rimedio risarcitorio (ma lo stesso vale per il genus del reclamo giurisdizionale) configura «un paradigma procedimentale ispirato a criteri di rapidità ed effettività di tutela, nell'ambito di una giurisdizione di prossimità»; ragion per cui «l'Amministrazione penitenziaria interviene nel procedimento che occupa quale titolare, e responsabile, del trattamento dei detenuti» (Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 3775, Tuttolomondo).

4. L'art. 3 comma 1 lett. d) sancisce la scomparsa di un istituto già abrogato “per desuetudine”, in quanto scarsamente utilizzato nella pratica (cfr. la Relazione allo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, p. 18) : vale a dire la facoltà di estensione ex officio dell'oggetto del procedimento di sorveglianza di fronte al collegio – ad esempio di quello finalizzato all'applicazione di una misura alternativa – alla concessione della liberazione anticipata, fisiologicamente di competenza del magistrato di sorveglianza (art. 69-bis comma 5 ord. penit.). Tale ultima disposizione, pur avendo ricoperto un ruolo non marginale nella fase di transizione tra il vecchio e il nuovo modello processuale, è sempre stata oggetto di critiche: si prevedeva infatti una competenza giurisdizionale alternativa senza l'indicazione di un criterio idoneo ad orientare il tribunale di sorveglianza nella scelta tra l'estensione della trattazione alla liberazione anticipata e la trasmissione degli atti al magistrato di sorveglianza. Questa seconda soluzione è ormai l'unica consentita: il collegio conserva la competenza a pronunciarsi sulla liberazione anticipata soltanto a seguito di reclamo, mentre in tutti gli altri casi di investitura, diretta o “incidentale”,

deve dichiarare la propria incompetenza funzionale e trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza.

5. L'art. 3 comma 1 lett. e) racchiude l'unico intervento della novella sull'art. 656 c.p.p. A tale riguardo va preliminarmente sottolineato che l'art. 11 d. legisl. 2 ottobre 2018, n. 121 prevede (art. 10 e 11), in materia di esecuzione penale minorile, altre due forme di sospensione dell'ordine di esecuzione, le quali integrano, in quanto disciplina speciale *ratione aetatis*, la previsione codicistica generale. Va inoltre evidenziato che il legislatore delegato non ha ritenuto – pur avendone la facoltà, ai sensi dell'art. 1 comma 85 lett. c) della legge-delega – di elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione dell'ordine di esecuzione, in modo da assorbire nel tessuto normativo il dictum della sentenza costituzionale n. 41 del 2018 (contrariamente, ad esempio, alla previsione della pubblicità dell'udienza di sorveglianza, anch'essa riconducibile ad una decisione della Consulta, ma esplicitamente ribadita dalla novella: v. infra). Che si tratti di una scelta non casuale, alla luce delle linee di politica criminale dell'attuale esecutivo – antitetiche rispetto all'ampliamento di operatività della sospensione ex art. 656 comma 5 c.p.p. operato della Consulta – pare evidente; è altrettanto ovvio, però, che il mancato recepimento non determina alcuna conseguenza sul piano pratico. A testimonianza del fatto che l'unico limite di pena da prendere in considerazione per l'accesso *ab externo* alle tre misure alternative previste dalla legge penitenziaria è ormai quello dei quattro anni, si può osservare che tale limite è stato espressamente inserito nel già citato art. 11 d. legisl. 121/2018, inerente alla sospensione dell'ordine di esecuzione per il condannato “giovane adulto”.

Tornando all'unica interpolazione dell'art. 656 c.p.p., essa riguarda l'introduzione di un termine dilatorio di 30 giorni, decorrente dalla ricezione dell'istanza, per la decisione del tribunale di sorveglianza sulla concessione della misura alternativa richiesta *ab externo*. Tale termine si va ad aggiungere a quello – di natura invece acceleratoria – di quarantacinque giorni, entro il quale tale decisione dovrebbe essere adottata (senza dimenticare l'ulteriore termine dilatorio di almeno dieci giorni per l'avviso di fissazione dell'udienza, ai sensi dell'art. 666 comma 3 c.p.p.). La ratio della modifica in esame è riconducibile all'art. 1 comma 85 lett. d) della legge-delega, ove si prescrive al legislatore delegato di prevedere «una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire» (cfr. la Relazione, p. 18). Il novellato art. 656 comma 6 c.p.p. ha dunque la funzione di quantificare la durata minima di tale attività di indagine personologica, in termini del tutto equivalenti a quella dell'osservazione intramuraria (almeno un mese: art. 47 comma 2 ord. penit.).

Ci si può chiedere se tale termine dilatorio possieda altresì una finalità lato sensu difensiva (potrebbe servire al condannato, ad esempio, per reperire un'occupazione o

un'abitazione idonea, o per presentare un'offerta reale di risarcimento alla vittima): se così fosse – ma tale non sembra essere la ratio della modifica – la fissazione dell'udienza prima del termine potrebbe dare luogo ad una nullità a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178 lett. c e 180 c.p.p.

6. La disposizione appena esaminata va letta congiuntamente all'art. 7 comma 1 lett. a) del decreto legislativo in esame, che interviene sull'art. 47 comma 2 ord. penit. Anche in questo caso, si tratta dell'unica modifica **alla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale**. **Ai fini della concessione di tale misura, alla “tradizionale” osservazione scientifica della personalità da compiersi ad opera del g.o.t. «per almeno un mese in istituto» in relazione al soggetto in vinculis , si affianca, come si è visto, la medesima attività di indagine personologica compiuta dall'u.e.p.e. «se l'istanza è proposta da soggetto in libertà», con le cadenze temporali indicate nell'art. 656 comma 6 c.p.p. Contestualmente (art. 9) l'art. 72 ord. penit., relativo ai compiti dell'u.e.p.e., è stato integrato con l'attribuzione della nuova è più impegnativa funzione: la quale, peraltro, dovrebbe essere espletata ... “a costo zero”, non essendo previsti ulteriori oneri di spesa a carico dello Stato, se non per l'ammodernamento delle strutture penitenziarie (art. 12).**

A prescindere dal fatto che non è stata presa in considerazione la situazione – assai frequente – di chi si trova agli arresti domiciliari al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna (si deve ritenere che anche in questo sia necessaria l'osservazione ad opera dell'u.e.p.e.), ad una prima lettura si può constatare che i propositi del legislatore delegante di dare vita ad un'attività di osservazione scientifica della personalità ab externo sono stati tradotti in modo solo parziale. Infatti, in assenza di un'adeguata disciplina di raccordo (v. invece lo schema di decreto legislativo trasmesso alla Camera il 20 marzo 2018, che modificava anche gli artt. 47-ter e 50 ord. penit.), la necessaria osservazione extramoenia risulta confinata solo nell'art. 47 comma 2 ord. penit. e quindi – almeno sul piano strettamente formale – destinata soltanto a chi richieda l'affidamento in prova al servizio sociale, con esclusione della semilibertà e, soprattutto, della detenzione domiciliare.

7. Assai corpose sono le modifiche apportate alla disciplina del procedimento di sorveglianza (art. 678 c.p.p.) dall'art. 4 comma 1 lett. b) del decreto legislativo in commento. Tale disposizione dà attuazione all'art. 1 comma 85 lett. a) della legge-delega, che prevede la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del Tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione».

Già con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 alcune materie di competenza collegiale (richieste di riabilitazione, declaratoria di esito positivo dell'affidamento in prova, anche se disposto ai sensi dell'art. 94 t.u. stup.) erano transitate dal modello a contraddittorio pieno a quello semplificato ex art. 667 comma 4 c.p.p. – adozione de plano, con eventuale opposizione delle parti che instaura il contraddittorio camerale – in ragione della non particolare complessità della regiudicanda e dell'elevata frequenza statistica delle decisioni di accoglimento. A tali materie la disposizione in commento, interpolando l'art. 678 comma 1-bis c.p.p., aggiunge – stante l'eadem ratio – la declaratoria di estinzione della pena (sicuramente attribuibile ad una svista l'utilizzo dell'espressione «estinzione del reato») all'esito della liberazione condizionale ai sensi dell'art. 177 comma 2 c.p. e 236 disp. coord. c.p.p.

7.1. Ha carattere totalmente innovativo, invece, l'introduzione, tra le materie che il tribunale di sorveglianza può trattare de plano ai sensi dell'art. 667 comma 4 c.p.p., il differimento obbligatorio della pena per la donna incinta o madre di prole di età inferiore ad un anno (art. 146 comma 1 n. 1 e 2 c.p.). Anche in questo caso la ragion d'essere della semplificazione del rito parrebbe consistere nella natura obbligatoria della sospensione (Corte cost. n. 145 del 2009) e nella limitata attività istruttoria da espletare (essendo la decisione basata sulle certificazioni sanitarie relative allo stato di gravidanza e su quelle anagrafiche (cfr. la Relazione, p. 19). Tuttavia, se il giudizio del tribunale di sorveglianza appare effettivamente “a rime obbligate” per quanto riguarda l'an (ancorché l'istruttoria potrebbe essere ben più complicata, qualora si estendesse all'accertamento delle condizioni ostative di cui all'art. 146 comma 2 c.p. , come ad esempio lo stato di abbandono dell'infante), in relazione al quomodo resta pur sempre in capo al collegio un ampio margine di discrezionalità nella scelta tra il differimento dell'esecuzione della pena e la sua prosecuzione nelle forme della detenzione domiciliare c.d. surrogatoria (art. 47-ter comma 1-ter ord. penit.). Tale delicata decisione dipende in larga parte dall'indagine sulla personalità dell'interessata (cfr. Cass. sez. I, 3/3/2015 n. 12565, CED n. 262301), le cui sfumature meglio potrebbero essere apprezzate già in prima battuta nel pieno contraddittorio di fronte al giudice specializzato. Tanto più che, per accelerare i tempi di risposta nelle situazioni urgenti che legittimerebbero il differimento, sono già previsti meccanismi di applicazione provvisoria ad opera del magistrato di sorveglianza (art. 684 comma 2 c.p.p. e art. 47-ter comma 1-quater ord. penit.).

7.2. L'introduzione del comma 1-ter nell'art. 678 c.p.p. segna invece un significativo punto di svolta nella configurazione della c.d. “giurisdizione rieducativa”. Fino ad oggi, come si è visto, il processo di arretramento del modello a contraddittorio camerale “pieno” (art. 666 c.p.p.), a vantaggio di quello a contraddittorio eventuale e differito, era stato condotto, per così dire, ratione materiae, presumendo cioè che talune istanze – come la declaratoria di esito positivo

dell'affidamento in prova – siano più facilmente trattabili (e...“accoglibili”) rispetto ad altre. Adottando un nuovo criterio per la semplificazione procedurale – quello dell’entità della pena da espiare – la novella rende applicabile la procedura de plano trasversalmente a tutte le istanze di concessione di una misura extramuraria (affidamento in prova, anche in casi particolari, detenzione domiciliare, semilibertà e sospensione ex art. 90 t.u. stup.) purché presentate ab externo a seguito di sospensione dell’ordine di esecuzione e riferibili ad una pena detentiva da espiare non superiore ad un anno e sei mesi.

In sostanza, se l’istanza è presentata dallo stato di detenzione, indipendentemente dal quantum di pena da espiare, oppure se riguarda un ordine di esecuzione sospeso relativo ad una pena compresa tra un anno, sei mesi più un giorno e quattro anni, resta ferma l’adozione del contraddittorio camerale ex art. 666 c.p.p.

Se, invece, la pena da espiare (calcolata ai sensi degli artt. 657 e 663 c.p.p., ma anche tenendo conto dell’eventuale liberazione anticipata “pre-esecutiva” concessa ai sensi dell’art. 656 commi 4-bis e 4-quater c.p.p.) ricade all’interno del limite sopra indicato, e il condannato presenta l’istanza ex art. 656 comma 5 c.p.p., si instaura un nuovo modello di procedimento di sorveglianza, diverso sia dall’archetipo di cui all’art. 666 c.p.p., sia dal rito de plano di cui all’art. 667 comma 4 c.p.p. Per la verità il rito in esame rappresenta una new entry sia nell’ambito del codice di rito, sia prendendo come riferimento la legge penitenziaria.

Una volta che il condannato abbia presentato l’istanza al p.m. ai sensi dell’art. 656 comma 6 c.p.p., il procedimento si snoda lungo i consueti binari fino agli atti preliminari all’udienza; in questa fase, come noto, il presidente del tribunale di sorveglianza effettua il vaglio di ammissibilità dell’istanza (art. 666 comma 2 c.p.p.) e procede alla c.d. istruttoria pre-camerale, acquisendo «i documenti e le necessarie informazioni», che da oggi comprendono, come già visto, i risultati dell’osservazione scientifica della personalità compiuta dall’u.e.p.e. A questo punto, anziché procedere alla fissazione della data dell’udienza (art. 666 comma 3 c.p.p.), «il presidente designa il magistrato relatore e fissa un termine entro il quale questi, con ordinanza adottata senza formalità, può applicare in via provvisoria» una delle misure alternative previste dall’art. 656 comma 5 c.p.p.

Il magistrato di sorveglianza, ricevuta la designazione, può ovviamente procedere ad integrare la documentazione già acquisita con nuovi elementi, ai sensi della previsione generale di cui all’art. 666 comma 5 c.p.p. Se ritiene di poter concedere una delle misure alternative previste dall’art. 656 comma 5 c.p.p. – non necessariamente quella richiesta dal condannato – emette de plano un’ordinanza di applicazione provvisoria.

A scanso di equivoci, va osservato che tale ordinanza non ha niente a che vedere con quella – egualmente denominata – prevista dall’art. 47 comma 4 ord. penit.: non sembra infatti sufficiente il *fumus boni iuris*, poiché i presupposti soggettivi per l’applicazione della misura devono risultare già sussistenti nella loro interezza, e non soltanto a livello di «concrete indicazioni»; per converso, non sembra sussistere alcun onere di allegazione specifico da parte dell’interessato (eccezion fatta, naturalmente, per le misure terapeutiche previste dal t.u. stup.), né è necessario soddisfare il requisito del *periculum in mora* (trattandosi, del resto di un soggetto in stato di libertà).

L’ordinanza di applicazione provvisoria ha dunque contenuti identici ad una “comune” ordinanza ex art. 666 comma 6 c.p.p.; pertanto è innegabile che essa incida sulla libertà personale. Tuttavia è escludere la ricorribilità diretta per cassazione, in ragione sia della sua natura “interinale” (cfr. Cass. sez. VII, 29/05/2014, n. 375, CED 261889, in relazione all’art. 47 comma 4 ord. penit. e Cass., sez. I, 13/01/2010, n. 5483, CED 246117, in relazione all’art. 51-ter ord. penit.), sia della previsione della facoltà di opposizione. Ancorché tale rimedio non appartenga al *genus* delle impugnazioni (dal che l’inapplicabilità diretta dell’art. 568 comma 2 c.p.p.), la giurisprudenza maturata con riferimento all’art. 667 comma 4 c.p.p. ha ritenuto che, qualora sia proposto ricorso per cassazione avverso il provvedimento reso *de plano*, lo stesso, in forza del principio di conservazione delle impugnazioni, debba essere qualificato come opposizione, con conseguente trasmissione degli atti al giudice competente (da ultimo, Cass., sez. I, 25/02/2015, n. 13342, CED 263370).

Sembrerebbe che il magistrato di sorveglianza, qualora ritenga di non poter applicare alcuna misura, non sia tenuto ad emettere un’ordinanza di contenuto negativo (ecco una prima differenza con la procedura per reclamo ex art. 69-bis ord. penit. e con quella *de plano* di cui all’art. 667 comma 4 c.p.p.), ma debba – eventualmente lasciando decorrere il termine assegnatogli – soltanto provvedere alla restituzione degli atti al presidente. In questo caso la procedura rientra all’interno dei binari tradizionali: «quando non è stata emessa [...] l’ordinanza provvisoria, il tribunale di sorveglianza procede a norma del comma 1», vale a dire «a norma dell’art. 666», con la fissazione dell’udienza e la notificazione alle parti del relativo avviso (cfr. la Relazione, p. 20-21).

Si porrà certamente – in questa ipotesi più che in quella di applicazione provvisoria – il problema dell’incompatibilità endoprocedimentale del magistrato di sorveglianza relatore in seno al collegio, derivante dalla sua preventiva presa di posizione *merito causae*. Ad avviso di chi scrive, la soluzione dovrebbe essere la stessa per tutti i casi di *pre-iudicium* riscontrabili all’interno della legge penitenziaria, e non solo per quelli ove la causa di incompatibilità è espressamente contemplata (ad esempio, art. 30-bis comma 6 ord. penit.): proprio perché, non avendo emesso l’ordinanza provvisoria, o avendo concesso una misura meno ampia rispetto a quella richiesta, ha già

implicitamente manifestato il proprio convincimento sull'oggetto del procedimento, il magistrato di sorveglianza non potrebbe far parte del collegio. Tuttavia, è largamente pronosticabile che la giurisprudenza già formatasi in relazione all'art. 47 comma 4 ord. penit., là dove valorizza la «natura cautelativa e non decisoria» del provvedimento, il quale «non costituisce un grado precedente di decisione rispetto a quella che promana dal tribunale di sorveglianza» (cfr. Cass., Sez. I, 03/02/2009, n. 6271, CED 243230; v. da ultimo Cass., sez. I, 14/02/2017, n. 30638, CED 270959), verrà riprodotta anche in relazione all' istituto di nuovo conio, con conseguente esclusione dell'incompatibilità.

L'ordinanza provvisoria viene comunicata al p.m. (individuato ai sensi dell'art. 678 comma 3 c.p.p.) e notificata sia al condannato che al difensore. Qualora l'istanza sia stata presentata personalmente dal condannato, non sembra consentita la designazione di un difensore d'ufficio da parte del magistrato di sorveglianza, stante quanto previsto dall'art. 666 comma 3 c.p.p., che affida tale adempimento al presidente del collegio e lo colloca nella fase (successiva) degli atti preliminari all'udienza; né, d'altronde, tale designazione pare necessaria, qualora si condivida l'orientamento secondo cui è il difensore individuato ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p. «che deve assistere il condannato per tutto ciò che alla richiesta di misura alternativa consegue» (cfr. Cass., Sez. I, 20/11/2014, n. 6235). L'ordinanza del magistrato di sorveglianza non è immediatamente esecutiva: l'interessato ha quindi diritto di rimanere “libero sospeso” fino al decorso del termine per proporre opposizione, e, nel caso questa sia proposta (verosimilmente, dal p.m.), fino all'esito del procedimento di fronte al collegio. Va osservato che l'ultimo periodo del novellato art. 678 comma 1-ter c.p.p. mette in correlazione l'effetto sospensivo soltanto con la presentazione dell'opposizione: ciò significa che, se quest'ultima non è presentata, ha inizio l'esecuzione della misura alternativa concessa provvisoriamente, benché essa debba essere ancora confermata da parte del collegio.

Le fasi successive alla pronuncia dell'ordinanza seguono cadenze processuali diversificate in ragione dell'iniziativa delle parti. Si possono verificare le seguenti ipotesi:

a) decorrono i termini per l'opposizione e questa non è presentata: in questo caso «il tribunale di sorveglianza conferma senza formalità la decisione del magistrato». Sebbene l'uso dell'indicativo potrebbe far pensare ad un provvedimento “a rime obbligate” da parte del collegio, l'eventualità che gli altri componenti del collegio si trovino in disaccordo rispetto alla decisione del magistrato relatore è espressamente considerata dal legislatore, che nel quarto periodo della disposizione in esame fa riferimento all'ordinanza provvisoria «non [...] confermata». Pertanto, quando il

tribunale di sorveglianza esamina de plano l'ordinanza provvisoria si possono verificare altre due sotto-fattispecie:

a1) il tribunale di sorveglianza, eventualmente a seguito di un supplemento istruttorio (di natura soltanto documentale, essendo necessario, per le prove costituenti, l'assunzione «in udienza nel rispetto del contraddittorio» ex art. 666 comma 5 c.p.p.), ritiene di poter confermare l'ordinanza provvisoria non opposta: in questo caso la misura viene concessa in via definitiva senza formalità di procedura. Contro l'ordinanza di conferma (presumibilmente motivata per relationem al provvedimento interinale), immediatamente esecutiva (l'ordinanza provvisoria era già esecutiva fin dal momento della scadenza del termine per l'opposizione) le parti possono proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 666 comma 6 c.p.p.;

a2) il tribunale di sorveglianza, eventualmente a seguito di un supplemento istruttorio, ritiene di non dover confermare l'ordinanza provvisoria, ancorchè questa non sia stata oggetto di opposizione: in questo caso va necessariamente instaurato il contraddittorio camerale, per dare modo alle parti di convincere il giudice circa la correttezza del provvedimento interinale. Anche se l'esito dell'udienza potrebbe apparire obiettivamente segnato, l'adozione de plano di un provvedimento di rigetto (sub specie di "non conferma" dell'ordinanza provvisoria) sarebbe viziata da nullità assoluta ex art. 179 c.p.p.

b) è presentata l'opposizione: in questo caso il presidente dà corso al procedimento di sorveglianza, fissando l'udienza camerale. L'esecuzione dell'ordinanza provvisoria è sospesa fino alla decisione del collegio. L'ordinanza che definisce il procedimento di sorveglianza è invece immediatamente esecutiva in base alle regole generali (art. 666 comma 7 c.p.p.)

c) il magistrato di sorveglianza non provvede entro il termine assegnatogli ad emettere l'ordinanza provvisoria o restituisce gli atti al presidente del collegio ritenendo che allo stato non sussistano i presupposti per concedere la misura: anche in questo caso il presidente dà corso al procedimento di sorveglianza predisponendo il contraddittorio.

Vale la pena, infine, di osservare che la riforma abbattere definitivamente un dogma dell'esecuzione penale: quello della concedibilità delle misure alternative soltanto all'esito del procedimento di sorveglianza. La rinuncia al contraddittorio di fronte al collegio poteva essere tollerata, dal punto di vista dei valori costituzionali in gioco (artt. 27 comma 3 e 111 Cost.) soltanto se strettamente funzionale ad assorbire, attraverso una maggiore rapidità nei tempi di risposta ed una complessiva diminuzione del carico di lavoro del tribunale di sorveglianza – il prevedibile "boom" di richieste di misure alternative, riconducibile non solo all'allargamento delle

possibilità di fruizione delle stesse e all'eliminazione delle preclusioni previste dalla legge penitenziaria, ma anche all'abrogazione dell'esecuzione della pena presso il domicilio ex legge 199/2010 (non a caso, infatti, il limite di pena di un anno e sei mesi per l'adozione della nuova procedura è lo stesso previsto per la misura "svuotacarceri"). Il mancato esercizio della delega in relazione all'ampliamento della fruibilità delle misure alternative induce a guardare con maggior diffidenza anche la semplificazione delle procedure; senza contare che la sopravvivenza dell'esecuzione presso il domicilio ex art. 199/2010 (che, come noto, prevede un modello processuale ulteriormente diversificato e un proprio meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione) creerà non pochi problemi di coordinamento con la nuova procedura de plano. Dal punto di vista sistematico, poi, si è di fatto "aperta una breccia" nella disciplina del procedimento di sorveglianza con riferimento alla concessione tutte le misure alternative: oggi il nuovo modello processuale, diversificato per difetto rispetto all'archetipo, si applica solo alle richieste ab externo ed al di sotto di un certo limite di pena; domani, un legislatore poco rispettoso dell'art. 111 Cost. potrebbe allargarlo fino a ricomprendere tutte le richieste ex art. 656 comma 5 c.p.p., per spingersi poi fino a quelle presentate dal condannato in vinculis.

7.3. Il novellato art. 678 comma 3.1 c.p.p. stabilisce che, «quando ne fa richiesta l'interessato, l'udienza si svolge in forma pubblica». Ancorché nell'intitolazione del decreto legislativo in esame si faccia riferimento alla «delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a) , d) , i) , l) , m) , o) , r) , t) e u) , della legge 23 giugno 2017, n. 103», la disposizione in esame dà attuazione all'art. 1 comma 85 lett. c). Per meglio dire, si tratta della parte finale di tale direttiva («revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni e che il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell'interessato e la pubblicità dell'udienza»); per il resto, come già visto, essa non ha trovato attuazione.

Anche se la legge delega era suscettibile di un'interpretazione più ampia (l'imposizione dell'udienza pubblica come regola generale del procedimento di sorveglianza), il legislatore delegato, uniformandosi alle decisioni della Corte costituzionale (sentenze 135 del 2014 e 97 del 2015) e a quanto previsto in tema di misure di prevenzione (artt. 7 comma 1 e 10 comma 2 codice antimafia) ha stabilito che la trattazione pubblica deve essere richiesta dall'interessato (cfr. la Relazione, p. 21) . Va però sottolineato che la previsione di nuovo conio va ben oltre le statuizioni del Giudice delle leggi; da oggi in poi non solo i procedimenti di sorveglianza di fronte al collegio (sent. cost. 97 del 2015) e quelli monocratici in tema di misure di sicurezza (sent. cost. 135 del 2014), ma tutti i procedimenti che si svolgono ai sensi dell'art. 678 comma 1 c.p.p. (ad esempio, i procedimenti monocratici di cui all'art. 35-bis e 35-ter ord. penit.) potranno

essere trattati con le forme dell'udienza pubblica a richiesta dell'interessato. La disposizione in esame richiama, in quanto compatibili le disposizioni finalizzate a garantire l'ordinato svolgimento dell'udienza di cui all'art. 471 c.p.p. e quelle relative ai casi in cui si procede a porte chiuse di cui all'art. 472 c.p.p. Si pensi, in relazione a quest'ultima disciplina, al procedimento per la concessione di una misura alternativa ad un collaboratore di giustizia, che potrebbe essere celebrata a porte chiuse ai sensi dell'art. 472 comma 3 c.p.p., nonostante la richiesta di udienza pubblica da parte dell'interessato, per garantire la sua incolumità.

7.4. Il nuovo art. 678 comma 3.2. c.p.p. si occupa dell'avviso di fissazione dell'udienza e delle facoltà partecipative dell'interessato. Va premesso che il legislatore delegato non avrebbe potuto intervenire sulla norma generale che si occupa del procedimento camerale in fase esecutiva (art. 666 commi 3-4 c.p.p.), proprio perché l'oggetto della delega era circoscritto, come si è osservato, al procedimento di sorveglianza. Tuttavia, è facilmente pronosticabile che la nuova disciplina, soprattutto là dove elimina la c.d. "audizione per rogatoria" ex art. 666 comma 4 c.p.p. verrà impiegata quale tertium comparationis per sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme sull'incidente di esecuzione (con riferimento soprattutto alle ipotesi in cui si controverte su questioni di merito, come ad esempio il procedimento ex art. 671 c.p.p.).

La disciplina relativa alla vocatio in iudicium del p.m. e del difensore rimane dunque inalterata (art. 666 comma 3 c.p.p.), mentre si prevede che l'avviso di fissazione dell'udienza notificato all'interessato debba contenere l'avvertimento della facoltà di partecipare personalmente all'udienza. L'omesso avvertimento, incidendo sull'intervento del condannato nel procedimento, determina una nullità di tipo intermedio ex art. 178 lett. c) e 180 c.p.p.

La presenza del soggetto in vinculis all'udienza viene, come detto, disciplinata ex novo, riportando indietro le lancette dell'orologio a prima del codice Vassalli, quando «l'interessato [poteva] partecipare personalmente alla discussione» (art. 71-bis comma 1 ord. penit.). Viene tuttavia fatta salva l'applicazione degli artt. 45-bis e 146-bis disp. att. c.p.p., relativi alla partecipazione a distanza, così come modificati dalla legge 23 giugno 2017, n. 103.

In estrema sintesi, si possono verificare le seguenti ipotesi:

- l'interessato fa richiesta di partecipazione personale in udienza, non si trova in una delle situazioni previste dall'art. 146-bis disp. att. c.p.p., ed è ristretto in luogo compreso nella circoscrizione del giudice procedente: in questo caso il giudice dispone la traduzione in aula;

- l'interessato fa richiesta di partecipazione personale in udienza, ma si trova in una delle situazioni previste dall'art. 146-bis disp. att. c.p.p. (ad esempio, è stato condannato per i delitti di cui all'art. 416-bis comma 2 c.p. o 74 comma 1 t.u. stup.): in questo caso, a prescindere dal luogo in cui è ristretto, va disposta la partecipazione in videoconferenza;

- l'interessato fa richiesta di partecipazione personale in udienza ma è ristretto in luogo non compreso nella circoscrizione del giudice procedente: in questo caso non si ricorre più all'audizione del soggetto da parte del magistrato di sorveglianza competente *ratione loci* (art. 666 comma 4 c.p.p.), bensì va disposta la partecipazione in videoconferenza. Il giudice, ove lo ritenga opportuno, può comunque disporre la traduzione in aula.

- l'interessato, a prescindere dal luogo in cui è ristretto, fa richiesta di partecipazione in videoconferenza: in questo caso il giudice accoglie la richiesta, ma, ove lo ritenga opportuno, può disporre la traduzione in aula.

- l'interessato fa richiesta di essere sentito prima dell'udienza dal magistrato di sorveglianza: premesso che tale richiesta è tutt'ora, nella pratica, piuttosto frequente (ad esempio, con riferimento ai reclami in materia di liberazione anticipata), per non privare l'interessato di una facoltà autodifensiva, si potrebbe sostenere che in linea teorica, l'art. 666 comma 4 c.p.p. continua ad applicarsi, in quanto disciplina generale, per le ipotesi non prese in considerazione dalla normativa speciale. Accogliendo tale impostazione, l'audizione per rogatoria sopravviverebbe soltanto se espressamente richiesta dall'interessato.

Una notazione di carattere conclusivo riguarda la partecipazione personale alle udienze nelle ipotesi previste dall'art. 14-ter e 18-ter comma 6 ord. penit.: o la giurisprudenza muta orientamento, ritenendo che la partecipazione all'udienza del detenuto debba essere assicurata, con le modalità di cui al novellato art. 678 comma 3.2 c.p.p., anche quando si controverte in tema di sorveglianza particolare o limitazioni della corrispondenza (v. invece, da ultimo, Cass., sez. I, 07/05/2015, n. 35930, CED 264603), oppure le suddette disposizioni, alla luce dell'ampliamento delle facoltà partecipative dell'interessato in tutti i restanti procedimenti di sorveglianza, rischiano seriamente di essere dichiarate incostituzionali, per violazione degli artt. 3, 24 comma 2 e 111 Cost.

8. L'art. 5 si occupa di modificare la disciplina del c.d. "cumulo sopravvenuto" (cioè della sopravvenienza di un nuovo titolo detentivo durante l'esecuzione di una misura alternativa: art. 51-bis ord. penit.) e quella della sospensione cautelativa della misura nel caso in cui il beneficiario tenga comportamenti suscettibili di determinarne la revoca (art. 51-ter ord. penit.). Quanto alla prima delle due disposizioni, il legislatore

delegato ha anzitutto precisato che il p.m. cui spetta effettuare il cumulo tra il residuo di pena in corso di espiazione extramoenia e il nuovo titolo esecutivo è quello «competente ai sensi dell'art. 655», vale a dire quello che cura l'esecuzione del titolo sopravvenuto (art. 665 comma 4 c.p.p.): non quindi, quello presso il tribunale di sorveglianza che ha originariamente concesso la misura da “estendere”, né quello individuato facendo riferimento al magistrato di sorveglianza del luogo della residenza o del domicilio del condannato (organo cui spetta, in base all'art. 677 comma 2 c.p.p., la decisione in merito alla prosecuzione o meno della misura). Si è inoltre previsto, in deroga all'art. 659 c.p.p., che, a seguito dell'ordinanza di cessazione della misura, competente disporre la traduzione in vinculis del condannato sia il magistrato di sorveglianza e non il pubblico ministero (cfr. la Relazione, p. 23).

Quanto all'ambito di operatività del meccanismo estensivo, è stata sostituita l'originaria elencazione analitica degli istituti con un più generico riferimento alla «esecuzione di una misura alternativa» (cosicché, ad esempio, saranno fugati i residui dubbi in merito all'applicabilità della norma all'affidamento “terapeutico” ex art. 94 t.u. stup.).

La modifica più importante è però quella relativa all'indicazione dei parametri per verificare se, a seguito del cumulo, sussistano i requisiti per la prosecuzione della misura alternativa. In precedenza, venivano elencati i limiti di pena relativi alle singole misure alternative, mentre con la nuova formulazione si richiamano, in via generale, «le condizioni di applicabilità della misura in esecuzione». Ciò significa che, d'ora in poi, non sarà più possibile escludere l'applicazione dell'istituto facendo leva sull'assenza del relativo riferimento specifico all'interno della norma: per essere più chiari, il meccanismo di prosecuzione sarà applicabile, ad esempio, anche alla detenzione domiciliare ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit. (attualmente vengono richiamati soltanto i commi 1 e 1-bis). Soprattutto, ai fini di estendere l'affidamento in prova al nuovo titolo, non dovrebbero esserci più dubbi su fatto che, d'ora in poi, si dovrà fare riferimento al limite dei quattro anni, contemplato dall'art. 47 comma 3-bis ord. penit., e non a quello dei tre anni (art. 47 comma 1 ord. penit.), precedentemente richiamato dalla norma. Ciò significa che una norma meramente finalizzata alla semplificazione dei procedimenti ha surrettiziamente ampliato, seppure in uno specifico ambito, la possibilità di fruizione delle misure alternative.

9. Per quanto riguarda le modifiche all'art. 51-ter ord. penit., si è proceduto anzitutto, analogamente all'articolo precedente, a sostituire l'elenco dettagliato delle misure alternative con una indicazione sintetica ed omnicomprensiva. Nel testo precedente si prevedeva che il magistrato di sorveglianza, in caso di prognosi di revoca della misura per trasgressione delle prescrizioni, «ne dispon[esse] la sospensione», da oggi, nella

stessa ipotesi, «può disporre» il provvedimento cautelare, ma può anche – anzi, questa parrebbe la prima opzione da prendere in considerazione – limitarsi ad avviare ex officio (art. 678 comma 1 c.p.p.) il procedimento di sorveglianza di fronte al collegio (cfr. la Relazione, p. 23). Per la verità, la disposizione in esame non sembrerebbe particolarmente innovativa, limitandosi a codificare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «la revoca della misura alternativa alla detenzione non deve necessariamente essere preceduta da provvedimento di sospensione cautelativa da parte del magistrato», poiché l'art. 51 ter l. 26 luglio 1975, n. 354 facoltizza detto organo all'adozione di tale provvedimento, ma non subordina la regolarità della procedura all'emanazione del medesimo » (Cass. sez. I, 07/07/1995, n. 4146).

Ad avviso di chi scrive, il contenuto realmente innovativo della norma esiste, ed è “nascosto” nel primo comma, in base al quale il tribunale di sorveglianza, a prescindere dall'adozione del provvedimento interinale, deve decidere «in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca» della misura alternativa. A quanto consta, infatti, fino ad oggi nessuna previsione della legge penitenziaria (né a livello generale, né con riferimento alle singole misure) consentiva espressamente la sostituzione in peius: il sistema era polarizzato sull'alternativa conferma, con eventuale aggravamento delle prescrizioni, oppure revoca, con prosecuzione della pena in vinculis. Il legislatore delegato, avendo (inconsapevolmente?) previsto un'opzione in più – ad esempio, sostituzione dell'affidamento in prova con la detenzione domiciliare – consentirà una maggiore flessibilità della decisione in relazione al caso concreto. Ovviamente, non si sta parlando di una surrettizia introduzione del principio del minor sacrificio possibile della libertà personale, che figurava nell'originario progetto di riforma, ma, più semplicemente, di una pronosticabile riduzione dei casi di revoca, e della conseguente parziale neutralizzazione dell'odiosa preclusione triennale prevista dall'art. 58-quater comma 2 ord. penit.

10. L'introduzione dell'art. 51-quater ord. penit. ad opera dell'art. 6 del decreto legislativo in esame dà (parziale) attuazione alla direttiva contenuta nell'art 1 comma 85 lett. u) della legge delega («revisione del sistema delle pene accessorie improntata al principio della rimozione degli ostacoli al reinserimento sociale del condannato ed esclusione di una loro durata superiore alla durata della pena principale»). Va premesso che, ai sensi dell'art. 139 c.p., nel computo della durata della pena accessoria temporanea «non si tien conto del tempo in cui il condannato sconta la pena detentiva». Il codice del 1930 non prende ovviamente in considerazione l'applicazione di una misura alternativa, per cui è sorto un contrasto giurisprudenziale in ordine al momento in cui l'esecuzione della pena accessoria debba avere inizio: se, cioè, al momento della concessione della misura (cosicché in caso di affidamento in prova, l'estinzione degli effetti penali ex art. 47

comma 12 ord. penit. coprirebbe anche la pena accessoria, già in corso di esecuzione: cfr. Cass., Sez. I, 29/09/2014, n. 52551, CED 262196), oppure al termine dell'esecuzione della pena, ancorché scontata extramoenia («per "pena detentiva" deve intendersi, com'è pacifico, quella prevista come tale dall'ordinamento penalistico nel suo complesso, e non già la sola forma carceraria»: Cass. Sez. I, 9/3/2011 n. 13499, CED 249865).

La nuova disposizione accoglie implicitamente il primo orientamento: infatti, come regola generale, l'applicazione di una qualsiasi misura alternativa – non importa se richiesta da carcere o ab externo – comporta l'inizio dell'esecuzione della pena accessoria. Conseguentemente, nel caso in cui la misura venga revocata (ma lo stesso vale per il caso di cessazione ex art. 51-bis ord. penit.) e il soggetto sia tradotto in vinculis, il decorso della pena accessoria è sospeso, ma il periodo già espiato è sempre conteggiato nella sua durata: cioè, a quanto sembra, anche in caso di revoca disposta ex tunc con conseguente mancato computo del periodo di prova come pena detentiva espiata.

Tuttavia «tenuto conto delle esigenze di reinserimento sociale del condannato» (si pensi al ritiro della patente a seguito di condanna per detenzione di sostanze stupefacenti ex art. 85 t.u. stup., che potrebbe privare di un'opportunità di lavoro il beneficiario della misura alternativa), il tribunale di sorveglianza, al momento della concessione della misura, o eventualmente anche con provvedimento successivo, può disporre la sospensione dell'esecuzione della pena accessoria. Se la misura concessa è l'affidamento in prova ed esso si conclude positivamente, la pena accessoria, in quanto effetto penale della condanna (artt. 20 e 106 c.p.), si estingue (Cass., sez. un., 27/10/2011, n. 5859, CED 251689). In tutti gli altri casi, inizia la sua esecuzione al momento in cui cessa quella della misura alternativa, rischiando così di vanificare lo scopo sia della misura concessa, sia della sospensione, vale a dire il reinserimento sociale del condannato. *Da qui un possibile dubbio di costituzionalità della disciplina, là dove non consente al tribunale di sorveglianza, fuori dal caso previsto dall'art. 47 comma 12 ord. penit. (cioè: anche in relazione alla detenzione domiciliare ed alla semilibertà), di disporre l'estinzione della pena accessoria già sospesa ex art. 51-quater ord. penit., là dove la sua esecuzione post poenam contrasti con le esigenze di cui all'art. 27 comma 3 Cost. (v. già Corte cost. 15/7/2016, n. 182).*

In applicazione dei principi generali, si deve ritenere che il tribunale di sorveglianza, in sede di concessione della misura alternativa, possa anche disporre ex officio la sospensione, e che l'ordinanza sia impugnabile anche soltanto per il punto relativo alla statuizione sulla pena accessoria. Resta ferma, infine, la competenza del giudice

dell'esecuzione in ordine a tutti gli altri provvedimenti in tema di pene accessorie (art. 676 c.p.p.).

11. L'art. 7 comma 1 lett. b) del decreto legislativo in esame riscrive la disposizione in tema di legittimazione alla richiesta delle misure alternative e di altri benefici previsti a vantaggio del condannato (art. 57 ord. penit.). La modifica riguarda anzitutto l'elenco delle misure che possono essere richieste: viene opportunamente eliminato il riferimento al «trattamento» – attività che, per così dire, viene offerta “di default” a chi è ristretto dagli operatori a ciò preposti ai sensi degli artt. 27 e 29 d.p.r. 230 del 2000 – mentre l'indicazione analitica delle misure alternative viene rimpiazzata, come già osservato in relazione agli artt. 51-bis e 51-ter ord. penit. – con una previsione omnicomprensiva. Il perimetro di operatività della norma viene poi esteso ai permessi di necessità ed ai permessi premio, mentre il riferimento alla remissione del debito viene mantenuto, indicando però correttamente la nuova sedes materiae dell'istituto (art. 6 t.u. spese). Sorprendentemente, la disposizione continua a far riferimento alla concessione delle licenze agli internati (art. 53 ord. penit.), ma non ai procedimenti di revoca delle misure di sicurezza detentive, lasciando “scoperte” situazioni che spesso, proprio per la condizione dell'interessato, avrebbero necessità di un atto d'impulso ad opera di soggetti diversi, anche in presenza dell'iniziativa ex officio (art. 679 c.p.p.).

Le misure appartenenti all'elenco appena descritto possono essere richieste dall'interessato e dai prossimi congiunti, ma anche dal difensore: la previsione può essere interpretata in senso restrittivo, come una semplice operazione di adeguamento della normativa penitenziaria ai principi generali dell'esecuzione penale (artt. 666 e 678 comma 1 c.p.p.), oppure in termini innovativi: ad esempio, il riferimento agli artt. 30 e 30-ter ord. penit. potrebbe lasciar intendere che il provvedimento di rigetto dell'istanza di permesso debba essere d'ora in poi notificato anche al difensore (in senso contrario, ex plurimis, Cass., Sez. I, sez. I, 19/02/2013, n. 13395, CED 255645), proprio per consentirgli di attivarsi in favore dell'interessato ai sensi dell'art. 57 ord. penit.

L'applicazione delle misure indicate dalla norma può essere anche proposta dal gruppo di osservazione e trattamento. E' singolare che un organo così rilevante nella vicenda penitenziaria del condannato ottenga solo oggi un espresso riconoscimento all'interno dell'ord. penit., essendo stato fino ad ora “relegato” nella norma di rango secondario (art. 29 comma 2 d.p.r. 230 del 2000) e nelle circolari dipartimentali. Ad ogni buon conto, la legittimazione del g.o.t. si aggiunge a quella del consiglio di disciplina prevista dalla disciplina sulle ricompense di cui all'art.76 comma 3 d.p.r. 230 del 2000. Da un punto di vista teorico, è da salutare favorevolmente l'abbandono dell'idea per cui la concessione di una misura a chi «non è dotato degli strumenti culturali e giuridici per tutelare i propri interessi» (cfr. la Relazione, p. 25) possa essere proposta

dagli operatori penitenziari soltanto a titolo di ricompensa, e non quale diretta esplicazione delle proprie funzioni trattamentali, in attuazione dell'art. 27 comma 3 e 3 comma 2 Cost. Sul piano pratico, il mantenimento del potere di proposta anche in capo al consiglio di disciplina non pare avere particolari effetti collaterali, non solo perché la nuova composizione di tale organo (con la partecipazione dell'esperto ex art. 80 comma 4 ord. penit., anziché del medico, insieme al direttore e al funzionario giuridico pedagogico) lo rende a tutti gli effetti un sottoinsieme del g.o.t., ma anche perché, ai sensi dell'art. 76 comma 3 d.p.r. 230 del 2000, la proposta di concessione di un beneficio a titolo di ricompensa è pur sempre adottata ... «sentito il gruppo di osservazione».

12. L'art. 8 e l'art. 10 del decreto legislativo vanno letti congiuntamente, riguardando entrambi l'attività di controllo sul rispetto delle prescrizioni che accompagnano l'applicazione di una misura alternativa alla detenzione. Iniziando dalla seconda disposizione, attraverso la modifica dell'art. 5 comma 2 della legge 15 dicembre 1990, n. 395, viene aggiunto un nuovo compito istituzionale al Corpo di polizia penitenziaria: la verifica del «rispetto delle prescrizioni previste dai provvedimenti della magistratura di sorveglianza» (misure alternative alla detenzione, ma anche misure di sicurezza non detentive e sanzioni sostitutive).

In astratto, tale compito sarebbe già stato riconducibile lato sensu ad un servizio di pubblica sicurezza, nell'espletamento del quale la polizia penitenziaria concorre con le altre forze di polizia ai sensi dell'art. 16 comma 2 legge 1° aprile 1981 n. 121, richiamato dall'art. 5 comma 1 l. 395/1990. Che si tratti tutt'ora di competenza concorrente è confermato dal novellato art. 58 comma 2 ord. penit., ai sensi del quale la polizia penitenziaria partecipa alle attività di controllo ove richiesta, previo coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza. La polizia penitenziaria in servizio presso l'u.e.p.e viene così a trovarsi in rapporto di subordinazione funzionale rispetto all'autorità di p.s. e di subordinazione gerarchica rispetto al direttore dell'ufficio (art. 7 d.p.r. 15 febbraio 1999, n.82), cui spetta fornire le indicazioni in merito alle attività di controllo da svolgere. Da segnalare inoltre che, mentre la polizia penitenziaria riveste istituzionalmente una funzione trattamentale quando opera intramoenia (ad esempio, attraverso la partecipazione al g.o.t. degli appartenenti al ruolo degli ispettori: art. 29 d.p.r. 30 ottobre 1992, n. 443), quando viene destinata ad attività di controllo sul beneficiario di una misura alternativa deve limitarsi a verificare l'osservanza delle prescrizioni «inerenti alla dimora, alla libertà di locomozione, ai divieti di frequentare determinati locali o persone e di detenere armi». Tale precisazione dovrebbe avere lo scopo di evitare che la polizia penitenziaria si sostituisca all'operatore dell'u.e.p.e. nella verifica delle prescrizioni di natura "risocializzativa", come quelle previste dall'art. 47 comma 7 ord. penit., o, più in generale, in tutti quei controlli della «condotta del soggetto» (art. 47 comma 8 ord.

penit.) che presuppongono una valutazione in chiave personologica. Se tale è la ratio della limitazione, tuttavia, l'elenco delle attività consentite sembrerebbe peccare per difetto: per fare alcuni esempi, a stretto rigore, la polizia penitenziaria non potrebbe verificare, tramite il controllo ex art. 103 t.u. stup., se un affidato in prova faccia uso personale di stupefacenti, o se un semilibero si presenti costantemente sul lavoro in evidente stato di ebbrezza, o se il beneficiario della detenzione domiciliare faccia indebitamente uso di social network.

Da Diritto contemporaneo

7 novembre 2018 |

Angela Della Bella

Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario

Decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 123 e 124 (G.U. 26 ottobre 2018)

1. Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei tre decreti legislativi n. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018, si conclude il tortuoso iter della riforma dell'ordinamento penitenziario. Si tratta, come noto, dei decreti legislativi che hanno dato (parziale) attuazione alla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) e, in particolare, del d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 (clicca qui per il testo del decreto), Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103; d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 (clicca qui per il testo del decreto), Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103; d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 (clicca qui per il testo del decreto), Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

In questo contributo si darà conto delle principali novità contenute nei capi I e IV del d. lgs. 123/2018, in materia di assistenza sanitaria e vita detentiva, nonché delle novità contenute nel d. lgs. 124/2018, contenente (altre) disposizioni in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario.

Per le disposizioni dei capi II e III del d. lgs. 123/2018, relativi rispettivamente alla semplificazione delle procedure e alle modiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria, cfr. il commento di Massimo Ruaro di prossima pubblicazione in questa Rivista. A breve sarà poi pubblicato, sempre in

questa Rivista, anche il commento di Lina Caraceni sul d. lgs. 121/2018, in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni.

2. Prima di addentrarci nell'esame dei contenuti delle riforme, appare opportuno evidenziare che, secondo quanto affermato nella Relazione illustrativa allo schema di decreto inviato dal Governo alle Camere, il testo del decreto in materia di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti e vita penitenziaria – dunque quello che sarebbe poi divenuto il d. lgs. 123 – rappresenta una “nuova elaborazione” rispetto al testo elaborato dalle Commissioni nominate dal precedente Ministro della giustizia.

Si osserva nella Relazione che il Governo, in considerazione dei pareri negativi resi dalle Camere, ha avviato un nuovo procedimento di esercizio della delega (avvalendosi a questo fine della facoltà di proroga contenuta nel comma 83 dell'articolo unico della l. 103/2017), per pervenire così ad un “testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente con conseguente superamento dell'assetto complessivo della riforma”.

Come precisato espressamente nella già citata Relazione, il nuovo testo è contrassegnato dalla “scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi” (lettere b), c) ed e) del comma 85 della legge delega).

Emerge però dalla lettura dei nuovi testi che sono anche altre le parti della legge delega che il Governo, pur senza averlo dichiarato espressamente, ha scelto di non esercitare: si pensi, ad esempio, alla mancata attuazione del criterio di legge delega relativo al potenziamento dell'assistenza psichiatrica, di cui si dirà a breve, o quello relativo al diritto all'affettività delle persone detenute e internate (criterio questo, a dire il vero, al quale già il precedente Governo aveva scelto di non dare attuazione).

All'esito di tali interventi – e della soppressione dei due capi dedicati alle misure alternative a all'eliminazione degli automatismi preclusivi – il nuovo testo del d. lgs. 123 risulta costituito da un capo I dedicato all'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, un capo II sulla semplificazione delle procedure, un capo III contenente modifiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria ed un capo IV contenente disposizioni in tema di vita penitenziaria. Complessivamente, più che ad un “testo diverso”, rispetto a quello licenziato dal precedente Governo, la sensazione è di essere davanti ad una versione ridotta di quello stesso testo, dal quale sono state eliminate le disposizioni che avrebbero consentito una riforma sostanziale, e non solo di facciata, del sistema penitenziario.

3. Venendo ora alle disposizioni in materia di assistenza sanitaria in ambito penitenziario, occorre prima di tutto osservare che dei due criteri di legge delega relativi a questo profilo – ossia, ex art. 1 co. 85, lett. l., l'adeguamento ai principi del

d. lgs. 22 giugno 1999, n. 230 (che ha trasferito le competenze della medicina penitenziaria al servizio sanitario nazionale) ed il potenziamento dell'assistenza psichiatrica negli istituti di pena – il secondo non ha ricevuto attuazione. Nessuna traccia dunque, nel capo I del d. lgs. 123, delle proposte contenute nel progetto Pelissero su questo punto (si pensi, in particolare, alla prospettata equiparazione del disagio psichico a quello fisico ai fini del rinvio della pena ex art. 147 c.p. e della detenzione domiciliare ex art. 47 ter co. 1 ter; alla proposta di introdurre una specifica tipologia di affidamento in prova per i soggetti con disagio psichico; all'ipotizzata previsione di sezioni penitenziarie specializzate nel trattamento del disagio psichico).

4. Quanto invece all'altro criterio, ossia l'adeguamento alla normativa di riordino della medicina penitenziaria, il d. lgs. n. 123 interviene sul testo dell'art. 11 o.p., che è appunto la norma dell'ordinamento penitenziario dedicata alla disciplina della sanità in carcere, recependo per lo meno in parte le indicazioni contenute nel progetto Pelissero.

Concentrando ora l'attenzione non tanto su ciò che è stato tralasciato, ma sulle novità introdotte, deve in primo luogo evidenziarsi l'importanza della disposizione posta in apertura dell'art. 11, ove si afferma che “il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria”: il richiamo al d. lgs. 230/1999 deve intendersi come il richiamo al principio della parità tra detenuti (e internati) e soggetti liberi nella tutela del diritto alla salute e quindi al diritto a godere di prestazioni sanitarie efficaci, tempestive ed appropriate. Sempre in ossequio a quanto previsto dal d. lgs. 230/1999, il nuovo co. 3 dell'art. 11 o.p. prescrive l'adozione da parte dell'azienda sanitaria locale nel cui ambito sia ubicato un istituto penitenziario di una carta dei servizi, che deve essere messa a disposizione dei detenuti e degli internati con idonei mezzi di pubblicità.

Desta invece un certo stupore la nuova formulazione del co. 2. Nel ribadire quanto già era previsto nella previgente formulazione circa la predisposizione all'interno degli istituti penitenziari di un servizio sanitario “rispondente alle esigenze della salute dei detenuti e degli internati”, il nuovo co. 2 dell'art. 11 omette il riferimento al servizio psichiatrico: dunque, la nuova disposizione non solo non prevede il potenziamento di tale servizio (come richiesto nella legge delega e come previsto nel progetto Pelissero), ma addirittura elimina la previsione, contenuta nel ‘vecchio’ co. 1, secondo cui ogni istituto deve disporre “dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria”: un'omissione che può forse considerarsi come un eccesso di delega, per il fatto che il legislatore delegato è intervenuto sulla materia dell'assistenza psichiatrica operando nella direzione opposta rispetto a quella indicata nella legge delega.

Il d. lgs. 123 interviene poi sulla competenza a disporre il ricovero all'esterno: se nel progetto Pelissero le proposte erano nel senso di accrescere la competenza del magistrato di sorveglianza rispetto a quelle del giudice che procede e di rendere il provvedimento delegabile, a certe condizioni, al direttore dell'istituto, il decreto legislativo entrato in vigore opera nel senso esattamente opposto, accrescendo cioè, rispetto alla disciplina attuale, la competenza del giudice che procede a discapito di quella del magistrato di sorveglianza (che è ora competente solo per condannati 'definitivi' ed internati) ed escludendo qualsiasi possibilità di delega dei provvedimenti in materia di salute al direttore dell'istituto, anche nei casi di assoluta urgenza. Vero è che rimane la previsione regolamentare secondo cui il direttore può disporre il ricovero all'esterno laddove l'attesa del provvedimento giudiziale sarebbe pregiudizievole per la salute del detenuto o dell'internato (art. 17 co. 8 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), tuttavia la mancanza di una 'base legale' parrebbe esporre la disciplina contenuta nel co. 4 dell'art. 11 o.p. ad una censura di incostituzionalità, per non avere la legge operato un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di sicurezza da un lato e la tutela del diritto alla salute dall'altro.

Con riferimento poi all'ingiustificato allontanamento del detenuto o internato dal luogo del ricovero, il co. 6 afferma l'applicabilità dell'art. 385 c.p. anche al caso di allontanamento in presenza di piantonamento, innovando rispetto alla disciplina previgente, che limitava – a dire il vero senza ragione – l'ipotesi di evasione al solo caso di allontanamento da parte del detenuto ricoverato senza piantonamento.

Alcune novità di rilievo riguardano la disciplina della 'prima' visita, ossia la visita medica a cui il detenuto o l'internato è sottoposto all'atto dell'ingresso in istituto. A questo proposito, nel nuovo co. 7 dell'art. 11 o.p., si prevede che, fermo l'obbligo di referto, il medico che riscontri "segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti" deve darne comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza. Tale previsione riproduce una proposta del progetto Pelissero (ove si prevedeva anche l'obbligo, ora scomparso, della documentazione fotografica), che su questo specifico punto aveva tenuto in considerazione i preziosi rilievi del Garante nazionale dei detenuti. Se si deve certamente apprezzare la novità introdotta – poiché la comunicazione al direttore e al magistrato di sorveglianza può rappresentare uno strumento importante per l'emersione di eventuali violenze occorse in una fase precedente all'ingresso in istituto – non si può fare a meno di evidenziare ciò che non è stato riprodotto: nelle disposizioni del progetto Pelissero si stabiliva che la 'prima visita' dovesse avvenire "in coordinamento con il presidio psichiatrico e il servizio per le dipendenze", al fine evidentemente di intercettare 'all'ingresso' il disagio psichico dei detenuti ed arginare così il fenomeno, purtroppo assai frequente nella prassi, degli atti di autolesionismo e dei suicidi.

Nel nuovo co. 7 trovano poi espressione alcuni importanti principi, già contenuti nel d. lgs. 230/1999: il diritto a ricevere informazioni complete sullo stato di salute durante la detenzione e al momento della rimessione in libertà, il principio di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d'integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria e la garanzia della continuità terapeutica (nella prassi di frequente non assicurata a causa anche dei trasferimenti dei detenuti da un istituto all'altro). A proposito della continuità terapeutica, si specifica poi che essa deve essere garantita con particolare attenzione ai soggetti che, all'atto di ingresso in carcere, abbiano in corso un programma terapeutico di transizione sessuale, in considerazione degli effetti pregiudizievoli per la salute che discendono dall'interruzione della terapia ormonale. Come evidente l'effettività di tali principi non potrà che dipendere dal grado di attuazione che sarà dato alle norme che li prevedono.

Se deve poi essere valutato positivamente il nuovo co. 12 laddove introduce la possibilità per il detenuto e l'internato di essere visitato, a proprie spese, da un "esercente di una professione sanitaria" di fiducia (una possibilità che, nella disciplina previgente, era prevista per il solo medico), lascia invece perplessi la modifica apportata al co. 11: mentre prima la norma stabiliva che il "sanitario deve visitare (...) coloro che ne facciano richiesta", configurando quindi la visita del medico penitenziario come un diritto del detenuto, ora si stabilisce che, in caso di richiesta, il medico possa valutare la necessità della visita sulla base di "criteri di appropriatezza clinica".

5. A conclusione di questa prima parte del decreto, dedicata alla sanità penitenziaria, non può non esprimersi un profondo rammarico per le scelte compiute in sede di 'seconda' attuazione della delega: se infatti la mancata attuazione di alcuni criteri di legge delega (si pensi ad esempio a quelli relativi all'ampliamento delle misure alternative) si può spiegare alla luce della diversa visione di politica criminale espressa dalla nuova compagine governativa, la mancata attuazione del criterio di legge delega relativo al potenziamento dell'assistenza psichiatrica – che si è tradotta in una puntigliosa soppressione di qualsiasi previsione del progetto Pelissero finalizzata ad intercettare e a rispondere al disagio psichico di detenuti e internati – non trova ragionevole giustificazione. Qualsiasi sia la visione di politica criminale che si persegua, residua in capo allo Stato l'obbligo inderogabile di tutelare la salute fisica e psichica dei soggetti affidati alla sua custodia: lo impone il principio dell'umanità del trattamento ex art. 27 co. 3 Cost. ma, ancor prima, il carattere inviolabile della vita, della salute e della dignità della persona sancito nell'art. 2 Cost.

6. Il capo IV del d. lgs. 123, "Disposizioni in tema di vita penitenziaria", è dedicato alle modifiche al regime intramurario: come per la materia dell'assistenza sanitaria, anche

in relazione a questo profilo, il testo del decreto si configura come una versione drasticamente ridotta e in parte anche modificata del testo elaborato in sede di prima attuazione della legge delega (in questo caso dalla commissione Giostra).

Cominciando dalle modifiche apportate all'art. 1 o.p., **deve certamente apprezzarsi l'introduzione nella norma della disposizione secondo cui "ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali"**: solo il riconoscimento del fatto che la privazione della libertà personale non priva la persona dei suoi diritti può garantire un trattamento conforme al senso di umanità ed un percorso di esecuzione della pena teso alla rieducazione del condannato. Anche l'espressa menzione, nel tessuto dell'art. 1, del divieto, di fonte costituzionale, di ogni violenza fisica e morale nei confronti delle persone private della libertà ha un importante significato di principio, poiché ribadisce il dovere dello Stato di tutelare l'incolumità e la dignità di coloro che, in quanto privati della libertà personale, sono affidati alla sua custodia.

Il divieto di discriminazione di cui all'art. 1 si arricchisce poi di nuovi contenuti attraverso l'inserimento, tra i fattori che non possono costituire causa di indebite differenziazioni trattamentali, del sesso, dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale.

Non è stata invece riprodotta nel nuovo testo dell'art. 1 la previsione del progetto Giostra secondo cui "la sorveglianza delle persone detenute dovrà avvenire con modalità tali da consentire ai detenuti e agli internati di trascorrere la maggior parte della giornata fuori dalle aree destinate al pernottamento anche al fine di favorire i rapporti interpersonali e l'osservazione del comportamento e della personalità". La disposizione faceva riferimento alla c.d. sorveglianza dinamica, ossia, come noto, ad un modello di vigilanza che presuppone che il perimetro della detenzione non sia quello della cella, riservata al solo pernottamento, ma quello della sezione e che si caratterizza per la sostituzione del controllo 'fisico' sul detenuto da parte della polizia penitenziaria con un'attività di controllo basata sull'osservazione e sulla conoscenza della persona, in una logica, da un lato, di valorizzazione del ruolo della polizia penitenziaria e, dall'altro, di responsabilizzazione del detenuto. La mancata consacrazione nella legge di tale modello di vigilanza – la cui valorizzazione è auspicata anche dalla Corte di Strasburgo come strumento per garantire l'adeguamento del nostro sistema penitenziario agli standard richiesti dall'art. 3 Cedu – ne rimette la sopravvivenza nelle mani dell'amministrazione penitenziaria (come si ricorderà, infatti, tale modello è stato introdotto nell'ordinamento attraverso circolari del Dap, a partire da quella n. 3594 del 2011, in questa Rivista). Con riferimento alla possibilità del detenuto di trascorrere del tempo fuori della cella, deve peraltro segnalarsi la modifica dell'art. 10 o.p., che innalza da due a quattro il numero minimo

di ore che possono essere trascorse all'aperto, salva la possibilità di riduzione ad un minimo di due (era una, nel testo originale dell'art. 10) per giustificati motivi (non più "eccezionali", come invece era nel testo originale e nel progetto Giostra) da parte del direttore dell'istituto, che è tenuto a darne comunicazione al provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria e al magistrato di sorveglianza.

7. Seguono poi una serie di modifiche ad altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario che appaiono apprezzabili nella misura in cui siano destinate a trovare realmente attuazione e non rimangano invece mere affermazioni di principio. **Si pensi alla modifica dell'art. 13 o.p. che, stabilendo l'opportunità di avviare, nel corso del trattamento, "una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione"**, apre chiaramente la strada alle attività della giustizia riparativa.

In varie disposizioni viene poi ribadito il principio, già presente nella legge di ordinamento penitenziario, secondo cui nell'assegnazione e nel trasferimento dei detenuti debba essere tenuta in considerazione la vicinanza del detenuto al luogo di residenza, sia in fase di assegnazione dell'istituto, sia in relazione ad eventuali trasferimenti (art. 14 o.p. e art. 42 o.p.), in quanto evidentemente funzionale ad evitare la rottura dei legami familiari e sociali. A proposito dei trasferimenti, vale la pena evidenziare la previsione introdotta nell'art. 42 o.p., che stabilisce il dovere dell'amministrazione penitenziaria di provvedere entro sessanta giorni sulle richieste di trasferimento dei detenuti: una disposizione che consentirà al detenuto di proporre reclamo ex **art. 35 bis**, nel caso non solo di rigetto, ma anche di silenzio sulla sua richiesta.

Sempre in relazione ai rapporti del detenuto con l'esterno, va segnalata la riforma della disciplina dei colloqui di cui all'art. 18 o.p., ove viene esplicitato il principio secondo cui i detenuti hanno diritto al colloquio con il difensore sin dall'inizio della custodia cautelare (nei limiti di quanto previsto dall'art. 104 c.p.p.) o dell'esecuzione della pena (secondo quanto già stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza 212 del 1997), con previsione di analogha facoltà anche per i garanti dei diritti dei detenuti. Non è stata invece introdotta la proposta di modifica dell'art. 40, contenuta nel progetto Giostra, che avrebbe consentito ai detenuti di avvalersi nei colloqui, fatte "salvo le cautele previste dal regolamento", di strumenti di comunicazione a distanza "mediante programmi informatici di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet": un'occasione persa, poiché la 'messa a regime' di sistemi di comunicazione a distanza avrebbe potuto realmente contribuire ad attenuare i devastanti effetti di desocializzazione legati all'esperienza detentiva.

Altre disposizioni sono dedicate alla tutela delle categorie più vulnerabili della popolazione detenuta: le donne e gli stranieri. Con riferimento alle donne, nell'art. 14 o.p. viene previsto espressamente che le sezioni femminili non siano di dimensioni eccessivamente ridotte, così da non compromettere (come spesso avviene nella prassi) le attività trattamentali; nell'art. 19 o.p. si afferma poi il principio della parità di accesso delle donne alla formazione culturale e professionale; nell'art. 31 o.p., infine, si prevede che negli istituti penitenziari che ospitano sezioni femminili le commissioni che prevedono la rappresentanza dei detenuti (si pensi a quelle per il controllo del cibo, la gestione della biblioteca, il lavoro o l'organizzazione di attività culturali e ricreative) debbano includere anche una donna.

Quanto agli stranieri, da segnalare la modifica all'art. **19 o.p., ove si sancisce che “speciale attenzione è dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali”** e all'art. 27 o.p. che stabilisce l'inserimento di un mediatore culturale nella commissione che organizza le attività culturali, ricreative e sportive.

Sempre nell'art. 19 o.p., al fine di potenziare l'istruzione universitaria e quella tecnica superiore, si prevede espressamente la possibilità di stipulare apposite convenzioni con le Università (nella prassi sono già più di venti quelle esistenti) e con gli istituti che gestiscono la formazione tecnica superiore.

Il progetto Giostra interveniva poi su due istituti molto delicati, per la loro incidenza sui diritti fondamentali della persona: l'isolamento ex art. 33 o.p. e le perquisizioni ex art. 34 o.p..

In relazione all'isolamento il decreto 123 accoglie quasi in toto le proposte della Commissione Giostra, prevedendo che le modalità dell'esecuzione di tale misure debbano essere definite nel regolamento, che non sono ammesse limitazioni alle “normali condizioni di vita”, dovendosi considerare legittime solo le restrizioni funzionali alle ragioni che lo hanno determinato e che, con riferimento all'isolamento c.d. giudiziario, il provvedimento giudiziale che lo dispone debba indicarne durata e ragioni.

Non è stata invece modificata la disciplina delle perquisizioni, nonostante che l'assoluta genericità della disciplina contenuta nell'art. 34 o.p. attribuisca un'enorme discrezionalità all'amministrazione penitenziaria nell'individuazione dei limiti e delle modalità di tale strumento, che nella prassi spesso si presta a gravi abusi. Al fine di garantirne un'esecuzione rispettosa della dignità della persona, le proposte di modifica dell'art. 34 elaborate dal progetto Giostra andavano nel senso di circoscriverne quanto più possibile l'utilizzo, di garantire che l'esplorazione delle parti intime venisse

effettuata da un sanitario e di imporre in ogni caso la verbalizzazione delle attività svolte.

Un cenno merita poi la modifica apportata all'art. 40 co. 2 che, in esecuzione di quanto previsto nella legge delega, ha escluso il sanitario dal consiglio di disciplina competente a deliberare le sanzioni disciplinari, inserendovi al suo posto un professionista esperto nominato ai sensi dell'art. 80 o.p. e la modifica apportata all'art. 43 che, nell'ottica di agevolare il processo di reinserimento sociale dispone che i detenuti e gli internati debbano essere dimessi "con documenti di identità validi".

8. Esaurito l'esame del d. lgs. 123, si segnalano ora le principali novità contenute nel d. lgs. 124 che è strutturato in due capi: un primo contenente **"Disposizioni in tema di vita penitenziaria"** – dunque identico, nella denominazione, a quello contenuto nel d. lgs. 123 – ed un secondo contenente **"Disposizioni in tema di lavoro penitenziario"**. Nella Relazione illustrativa allo schema di decreto inviato dal Governo alle Camere si afferma che "per le parti relative alla vita e al lavoro penitenziario, si è utilizzato il contributo della Commissione specificamente presieduta dal prof. Glauco Giostra, facendo tesoro delle indicazioni conclusive degli Stati generali sull'esecuzione penale, avviati dal Ministro della giustizia il 19 maggio 2015". Come vedremo in realtà, anche questo decreto si differenzia dal testo della Commissione Giostra per alcuni 'tagli' molto significativi.

9. Il capo I **contiene alcune modifiche agli artt. 5, 6 e 8 o.p. relative ad interventi sulle strutture penitenziarie: si stabilisce che gli edifici penitenziari debbano essere dotati di spazi per lo svolgimento delle attività lavorative e formative (art. 5); che le aree residenziali siano strutturate in modo da consentire "una gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica" (art. 6); che i servizi igienici siano collocati in spazi riservati (art. 8)**. Intervento questo ultimo da considerarsi davvero urgente, posto che – secondo dati diffusi dal Dap – ancora oggi sono più di mille i detenuti ristretti in celle con servizi igienici 'a vista': stride con tale urgenza la previsione, contenuta nell'art. 3 del d. lgs. in esame, secondo cui le modifiche previste dall'art. 8 co. 2 (così come quelle previste dall'art. 6) avranno efficacia a decorrere dal 21 dicembre 2021.

Sempre in relazione ad interventi di edilizia penitenziaria, occorre infine segnalare il mancato accoglimento della proposta di modifica dell'art. 26 o.p. elaborata nel progetto Giostra, che prevedeva tra l'altro, in attuazione del principio della libertà religiosa ex art. 8 Cost., la predisposizione di "locali idonei per la celebrazione dei riti e lo svolgimento delle pratiche di culto".

10. Nel capo II sono contenute le modifiche alle norme **sul lavoro penitenziario**. Gli obiettivi della riforma – che su questo profilo ha accolto molte delle proposte dalla

Commissione Giostra – sono quelli di potenziare il lavoro, che come noto soffre nella prassi di una gravissima carenza di effettività, per le sue enormi potenzialità come strumento per il processo risocializzativo e come mezzo indispensabile per assicurare e promuovere la dignità della persona.

Norma centrale in questa materia è l'art. 20 o.p., che viene completamente riscritta. In essa si prevede espressamente che debbano essere ammessi a fruire al lavoro non solo i soggetti ospitati negli istituti penitenziari, ma anche coloro che si trovano nelle altre strutture ove si eseguono misure privative della libertà (come ad esempio le REMS). Si elimina poi la previsione dell'obbligatorietà del lavoro penitenziario, certamente in contrasto con il principio del libero consenso al trattamento.

Altre modifiche riguardano la composizione e il funzionamento della commissione deputata alla formazione delle graduatorie di avvio al lavoro; la valorizzazione della produzione in autoconsumo; la previsione secondo cui gli introiti delle lavorazioni penitenziarie, destinati al bilancio dello Stato, siano accantonati per finanziare lo sviluppo della formazione professionale e del lavoro dei detenuti. Ancora si interviene sulla disciplina della remunerazione dei detenuti e degli internati di cui all'art. 22 o.p., stabilendone la quantificazione in una misura fissa, pari a due terzi del trattamento economico dei contratti collettivi: una disposizione che si spiega con la necessità di semplificare la procedura di determinazione del quantum della retribuzione, che oggi genera, nella prassi, ritardi intollerabili. Da segnalare poi la prevista istituzione negli istituti penitenziari, a norma del nuovo art. 25 ter o.p., di un servizio di assistenza ai detenuti e agli internati per il conseguimento delle prestazioni assistenziali e previdenziali.

11. Importanti novità riguardano, infine, il lavoro di pubblica utilità da parte di detenuti ed internati, che trova ora una più ampia e dettagliata disciplina nel nuovo art. 20 ter o.p. La considerazione, da un lato, che il lavoro penitenziario “soffre di un cronico problema di effettività” e la convinzione, dall'altro, che l'occupazione di detenuti ed internati in attività lavorative di utilità sociale abbia un'alta valenza risocializzante aveva indotto la Commissione Giostra a valorizzare nel suo progetto tale tipo di attività.

Il d. lgs. 124 riprende, ma come vedremo solo in parte, le proposte della Commissione. Tra le novità di rilievo, occorre innanzitutto evidenziare che il lavoro di pubblica utilità – che era stato introdotto con il d.l. 78/2013 nel co. 4 ter dell'art. 21 o.p., come modalità di lavoro all'esterno – è configurato come un elemento del trattamento rieducativo (tanto che la “partecipazione a progetti di pubblica utilità” compare ora tra gli elementi indicati nell'art. 15 o.p.) e viene quindi ‘sganciato’ dal lavoro all'esterno, con un conseguente ampliamento del suo ambito di operatività: ora infatti il lavoro di pubblica utilità potrà svolgersi

anche all'interno degli istituti con la partecipazione di detenuti e internati che non hanno i requisiti per essere ammessi al lavoro all'esterno ex art. 21. Per l'ammissione al lavoro di pubblica utilità all'esterno si prevede, tramite il richiamo all'art. 21 co. 4, l'approvazione del magistrato di sorveglianza.

Sono poi previste alcune limitazioni all'accesso alla partecipazione a tali programmi: da un lato, come già previsto nel progetto Giostra, ne sono esclusi detenuti ed internati per reati di cui all'art. 416 bis c.p. e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; dall'altro, innovando rispetto al progetto Giostra, si stabilisce che per i detenuti e gli internati per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1, ter e 1 quater dell'art. 4 bis diversi dall'art. 416 bis c.p. **l'ammissione al lavoro di pubblica utilità all'esterno deve essere valutata dal magistrato di sorveglianza “tenendo prioritariamente conto delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati, della natura del reato commesso, della condotta tenuta, nonché del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua”.** Tale ultima limitazione, nel rimarcare la differenziazione del trattamento per i detenuti e gli internati del 'doppio binario', ci sembra tuttavia attribuire un'ampia discrezionalità al magistrato di sorveglianza nella valutazione circa l'ammissione al programma.

La previsione di una specifica disciplina in ordine alle condizioni di accesso all'istituto porta a concludere per la totale autonomia del lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno dell'istituto penitenziario dal lavoro all'esterno in senso proprio di cui all'art. 21 o.p., con la conseguenza che quelli indicati nell'art. 20 ter devono considerarsi come gli unici limiti applicabili, con conseguente non applicabilità al lavoro di pubblica utilità delle altre limitazioni previste per il lavoro all'esterno nell'art. 21 o in altre norme che ad esso si richiamino (si pensi ad esempio ai divieti contenuti nell'art. 58 quater o.p.).

Il lavoro di pubblica utilità penitenziario – che sino ad oggi non ha trovato soddisfacente attuazione nella prassi – trovava un reale incentivo, nel progetto Giostra, nella previsione di un aumento dello sconto di pena riconosciuto a titolo di liberazione anticipata ex art. 54 o.p. (da quantificarsi nella misura massima di 15 giorni al semestre) per coloro che avessero 'proficuamente' partecipato a tali progetti. **La previsione non è stata però inserita nel decreto 124, rendendo così vano il tentativo di conferire effettività al lavoro di pubblica utilità per detenuti ed internati.**

Messa alla prova

di Anna Larussa – Da Altalex

La sospensione del processo con messa alla prova è una modalità alternativa di definizione del processo, attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari, mediante la quale è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato, laddove il periodo di prova cui acceda l'indagato / imputato, ammesso dal giudice in presenza di determinati presupposti normativi, si concluda con esito positivo.

1. Premessa

La sospensione del processo con messa alla prova, introdotta con legge 28/04/2014, n. 67 entrata in vigore il 17/05/2014, è una modalità alternativa di definizione del processo, attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari, mediante la quale è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato, laddove il periodo di prova cui acceda l'indagato / imputato, ammesso dal giudice in presenza di determinati presupposti normativi, si concluda con esito positivo.

Si tratta di un istituto che ha natura consensuale e funzione di riparazione sociale e individuale del torto connesso alla consumazione del reato: con tale connotazione, giustificandosi le tensioni con il principio di presunzione di non colpevolezza, palesate dall'anticipazione alla fase processuale, e addirittura procedimentale, delle conseguenze di un riconoscimento di responsabilità.

Conosciuto già dall'ordinamento processuale italiano, in ambito minorile e in fase di esecuzione nel procedimento per adulti, l'istituto in questione è stato esteso con la legge sopraindicata al rito nei confronti delle persone maggiori di età per ovviare alle criticità del sistema penale, riconducibili sostanzialmente all'inflazione procedimentale e al sovraffollamento carcerario.

Con riferimento a quest'ultimo si è, in particolare, inteso fornire una risposta concreta alle aspettative europee circa la necessità di riformare il sistema sanzionatorio, incentrato sulla detenzione inframuraria, risposta resa più urgente dalla condanna inflitta all'Italia nel caso Torreggiani contro Italia dell'8.1.2013.

2. La disciplina

La disciplina dell'istituto, che si presenta come una sorta di Giano bifronte, in quanto sul piano sostanziale dà luogo all'estinzione del reato in caso di esito positivo della prova, e, sul piano processuale, ad una modalità alternativa di definizione del giudizio, è contenuta:

- nel codice penale, agli articoli da 168-bis a 168-quater;
- nel codice di procedura penale, agli artt. 464-bis a 464-novies ss. e all'art. 657-bis, che disciplina il ragguaglio fra il periodo di prova dell'imputato e la pena

comminata con sentenza esecutiva in caso di revoca della messa alla prova o esito negativo della stessa;

- nelle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale, agli artt. 141-bis e 141-ter, che disciplinano l'avviso del pubblico ministero in ordine alla possibilità di per la richiesta di ammissione alla messa in prova e l'attività dei servizi sociali nei confronti degli adulti ammessi alla prova;
- nel D.P.R. 14/11/2002, n. 313 (T.U. in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti) alla lett. i-bis dell'art. 3 (L), comma 1, che prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale dell'ordinanza che, ai sensi dell'articolo 464-quater del codice di procedura penale, dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova.

3. Le condizioni di ammissibilità dell'istituto

Ai fini dell'ammissione dell'istituto il legislatore ha previsto requisiti formali, a tutela della volontarietà della scelta, e presupposti applicativi sia di natura oggettiva sia di natura soggettiva, che sottendono valutazioni di compatibilità dei reati o delle tipologie di delinquenza con l'istituto in questione.

In particolare, quanto ai primi, occorre che:

I. La richiesta sia formulata dall'indagato/imputato, oralmente o per iscritto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, con sottoscrizione autenticata in caso di conferimento della procura speciale: la ratio della procura speciale si rinviene evidentemente nella necessità, in capo all'indagato/imputato, di consapevolezza dei contenuti afflittivi della prova e della mancanza di un accertamento nel merito della responsabilità. La richiesta in questione deve essere corredata di un programma di trattamento elaborato dall'Ufficio esecuzione penale esterna competente per territorio, ovvero da un'istanza rivolta al medesimo Ufficio e finalizzata alla sua elaborazione: tanto, in ragione dei termini estremamente brevi, come si vedrà, in cui è possibile avanzare istanza d'accesso all'istituto.

Per ciò che concerne i presupposti oggettivi e soggettivi il legislatore ha previsto che:

II. La richiesta si riferisca a un reato punito con la pena pecuniaria, con la pena detentiva fino a quattro anni ovvero a un reato che rientra fra quelli previsti dall'art. 550, comma 2, c.p.p. di competenza del tribunale monocratico con citazione diretta a giudizio.

Nella prassi si è subito posto il problema di individuare i criteri per definire il perimetro della sanzione penale che rende ammissibile la richiesta di sospensione del

procedimento con messa alla prova dell'imputato: in particolare, ci si è chiesti se si dovesse o meno far ricorso ai criteri di determinazione della pena specificati all'art. 4 c.p.p. in materia di individuazione della competenza, che prevedono debba tenersi conto della pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato e non tenersi conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze, fatta eccezione delle aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale. Ed è chiaro che l'accesso all'una o all'altra soluzione è stato idoneo a restringere e, rispettivamente, ad ampliare l'ambito di operatività dell'istituto. L'incidenza pratica della soluzione adottata ha reso urgente un intervento nomofilattico determinando la remissione della questione alla alle Sezioni Unite. Il Supremo Consesso (Cass., SS.UU., 31/03/2016, dep. 01/09/2016, Sorcinelli) aderendo all'orientamento che ha optato per l'estensione dell'ambito applicativo della messa alla prova, ha statuito che, anche in ragione del mancato riferimento da parte della lettera della legge agli accidentalia delicti, ai fini della individuazione dei reati per i quali è ammessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, occorre avere riguardo esclusivamente alla pena edittale massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dalla contestazione delle circostanze aggravanti, ivi comprese quelle per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.

Quanto ai presupposti soggettivi occorre che:

III. La domanda provenga da chi non sia stato dichiarato delinquente o contravventore abituale, professionale o per tendenza, da colui al quale non sia stata già concessa e poi revocata, ovvero da colui al quale non sia stata concessa con esito negativo: ipotesi, tutte queste considerate, cui è sottesa, rispettivamente, in radice (per i tipi di delinquente) o nel caso concreto (per la revoca e l'esito negativo) una valutazione di immeritevolezza delle opportunità offerte con l'accesso originario o ulteriore all'istituto. Fra i presupposti soggettivi non è contemplata, unitamente alle tipologia di delinquenza qualificata enunciate, la recidiva né è previsto che l'interessato per accedere all'istituto debba ammettere le proprie responsabilità: a quest'ultimo riguardo non potrebbe peraltro non evidenziarsi come la confessione sarebbe in sé incompatibile con la disciplina dell'istituto considerato che in caso di esito negativo della prova o di revoca della stessa il processo riprende e prosegue dalla fase in cui è stato interrotto sicché l'eventuale ammissione di responsabilità porrebbe evidenti problemi di tensione con le garanzie dell'imputato ritornato sub iudicio.

4. Termini per la richiesta e valutazione del giudice

La richiesta di ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova può essere avanzata non solo dopo l'esercizio dell'azione penale, ma anche prima, a tal fine

prevedendosi che lo stesso pubblico ministero, ove ne ricorrano i presupposti, dia avviso all'indagato in ordine alla possibilità di accedere all'istituto in questione.

Nel corso delle indagini preliminari, la richiesta deve essere presentata alla cancelleria del giudice per le indagini preliminari il quale deve trasmetterla al pm per il parere. E' ragionevole, tuttavia, ipotizzare in via di prassi un deposito contestuale della richiesta alla segreteria del pm, che di fatto detiene il fascicolo, anche al fine di consentire l'emissione del parere nel termine di cinque giorni: termine, quest'ultimo, di natura ordinatoria e come tale non stigmatizzabile nel caso di inerzia.

Qualora il parere sia positivo, il pubblico ministero deve trasmettere il fascicolo unitamente alla formulazione dell'imputazione al giudice affinché fissi l'udienza in camera di consiglio e ne dia avviso alle parti e alla persona offesa che ha diritto di essere citata e sentita, pena la possibilità di esperire ricorso per cassazione.

Il problema che si pone rispetto alla richiesta di ammissione alla prova in fase di indagini e, in particolare, alla formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero è se si tratti o meno di una forma di esercizio dell'azione penale considerato che il legislatore non ha integrato l'elenco degli articoli 60 e 405 c.p.p.. Ad avviso di chi scrive, anche per l'analogia di disciplina con la richiesta di patteggiamento in fase di indagini preliminari, che invece è espressamente contemplata dalle norme appena indicate fra le forme di esercizio dell'azione penale, tale dovrebbe considerarsi la formulazione dell'imputazione cui proceda il pm a seguito dell'istanza avanzata dall'indagato in fase di indagini preliminari.

Dopo l'esercizio dell'azione penale la richiesta deve essere presentata: nel rito ordinario, entro le conclusioni in sede di udienza preliminare; nel rito direttissimo e nel procedimento con citazione diretta a giudizio, sino all'apertura del dibattimento; nel procedimento per decreto, con l'atto di opposizione; nel giudizio immediato, entro 15 giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato.

Una volta presentata l'istanza corredata dal programma di trattamento, o dalla richiesta inoltrata all'Uepe e finalizzata alla sua elaborazione, il giudice procede alla valutazione nel corso della stessa udienza (salvo rinvio in attesa dell'elaborazione del programma) ovvero in un'udienza camerale della quale deve essere dato avviso alle parti e alla persona offesa per garantire il contraddittorio.

Il giudice, che può disporre la comparizione dell'interessato per verificare la volontarietà della richiesta, deve valutare che sussistano i requisiti formali e le condizioni di applicabilità; che non risulti dagli atti la sussistenza di una causa di proscioglimento, nel qual caso deve emettere sentenza ex art. 129 c.p.p.; che il

programma predisposto sia sufficientemente individualizzato e, come tale, idoneo con riguardo all'entità del fatto e alla capacità a delinquere del soggetto ex art. 133 c.p.; infine, che il soggetto non commetta ulteriori reati nel periodo di prova.

Ai fini della valutazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo a sua disposizione nella fase del processo in cui si trova, ciò che viene prodotto dall'interessato, ciò che viene raccolto e offerto dall'Ufficio esecuzione penale esterna nel corso delle indagini socio familiari e delle relative valutazioni, nonché i risultati degli accertamenti eventualmente disposti d'ufficio.

Qualora ritenga che non ricorrano i presupposti emette un'ordinanza reiettiva che, come vedremo, è ritenuta impugnabile unitamente alla sentenza.

Qualora invece ritenga che ricorrano tutti i presupposti, emette un'ordinanza ammissiva, che viene iscritta nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3, lett. I-bis), con la quale dispone la sospensione del processo per un periodo che non può essere superiore a un anno quando si tratti di reati puniti con pena pecuniaria, due anni quando si tratti di reati puniti con pena detentiva.

La sospensione del processo a decorrere dal momento della sottoscrizione del verbale di messa alla prova, comporta la sospensione della prescrizione fino al termine determinato dal giudice, ma non impedisce l'assunzione delle prove a discarico, con le modalità del dibattimento e quindi con le garanzie del contraddittorio, alla stessa stregua di quanto previsto in tema di sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato di cui agli artt. 70 ss.. Nel caso di sospensione del procedimento non si applica l'art. 75, comma 3, c.p.p.: pertanto ove la persona offesa e danneggiata dal reato si sia costituita parte civile prima dell'ammissione della sospensione del processo con messa alla prova, la stessa potrà esercitare l'azione civile nella sede sua propria senza incorrere nella sospensione del procedimento civile in attesa della definizione di quello penale.

5. Il sistema dei rimedi

Il legislatore ha previsto che contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possano proporre ricorso per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa (comma 7 dell'art. 464-quater c.p.p.). La persona offesa, invece, può ricorrere autonomamente solo in caso di omesso avviso dell'udienza o di omessa audizione nel corso dell'udienza.

Poiché il dato normativo non esplicita quale ordinanza sia passibile di impugnazione con ricorso per cassazione, se solo l'ordinanza ammissiva o anche quella reiettiva, è insorto nell'applicazione dell'istituto un contrasto interpretativo sul punto che ha determinato la remissione alle Sezioni Unite della relativa questione.

Le Sezioni Unite hanno statuito che la norma prevede l'impugnazione della sola ordinanza ammissiva, rimanendo impugnabile quella reiettiva unitamente alla sentenza, secondo il disposto generale dell'art. 586 c.p.p.. Ciò sull'assunto secondo cui l'art. 464-quater, comma 7 c.p.p. farebbe riferimento all'ordinanza di accoglimento disciplinata ai commi precedenti e l'inciso previsto dall'ultima parte della stessa norma appena indicata - "l'impugnazione non sospende il procedimento" - farebbe riferimento esclusivamente al procedimento di messa alla prova a seguito di ordinanza di accoglimento della relativa istanza e non al procedimento penale in corso.

Secondo i Supremi Giudici l'autonoma impugnabilità dell'ordinanza reiettiva con ricorso per cassazione potrebbe avere effetti dirompenti sul processo, poiché, non essendone prevista la sospensione, l'eventuale sentenza di annullamento con rinvio potrebbe intervenire in un momento in cui il processo sia già concluso con sentenza di condanna, anche ai fini civili.

Nell'ottica della limitazione dei casi di regressione gli Ermellini hanno anche precisato che l'accoglimento dell'appello contro l'ordinanza che abbia respinto la richiesta di messa alla prova, proposto, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., unitamente alla sentenza di condanna di primo grado, non comporta annullamento, non rientrando in alcuna delle ipotesi tassative indicate dall'art. 604 c.p.p.; sicché il giudice d'appello, in base al principio di conservazione degli atti e di economia processuale, si sostituisce a quello di primo grado e procede esso stesso a sospendere il processo e disporre la messa alla prova dell'imputato.

In conclusione, il sistema dei rimedi offerti all'imputato avverso le ordinanze che decidono sulla istanza di sospensione risulta delineato nei termini che seguono:

- a) ricorso per cassazione in via autonoma ed immediata dell'ordinanza di accoglimento;
- b) appello dell'ordinanza di rigetto unitamente alla sentenza di primo grado, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 c.p.p.

6. Il programma di trattamento e il ruolo dell'Uepe

La messa alla prova consiste in concreto nello svolgimento degli impegni indicati nel programma di prova predisposto dall'indagato/imputato di concerto con l'ufficio esecuzione penale esterna competente per territorio, ovvero, quello del luogo di residenza o domicilio dell'indagato/imputato, programma che sia stato ritenuto idoneo dal giudice o da questi modificato con il consenso dell'interessato.

Va detto che la individualizzazione del programma è “guidata” dalla previsione normativa (art. 141-ter delle disposizioni di attuazione c.p.p.) dello svolgimento di indagini conoscitive da parte dell'Uepe, che ha un ruolo di primo piano nella procedura in quanto, oltre a predisporre il programma, prende in carico l'interessato, controlla lo svolgimento della prova, fungendo da canale di informazione privilegiata per il giudice con relazioni periodiche e una relazione finale, può frasi promotore di modifiche, abbreviazioni e persino della revoca della messa alla prova.

Sotto il profilo contenutistico, l'art. 168-bis c.p. prevede anzitutto che la messa alla prova comporti la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato: questo, ovviamente, sempre che il reato, strutturalmente e nel caso concreto, abbia delle conseguenze nei termini indicati. Nella stessa ottica va valutata la possibilità di condotte volte a promuovere la mediazione con la persona offesa (art. 464-bis, comma 4, lett. c) qualora la stessa sia disponibile a intraprendere il percorso di mediazione con l'imputato.

Il secondo capoverso del comma 2 dell'art. 168-bis c.p. prevede poi che la messa alla prova comporti l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può implicare tra l'altro attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali.

La condicio sine qua non dell'ammissione all'istituto è tuttavia costituita dal lavoro di pubblica utilità ovvero (art. 168-bis, comma 3, c.p.) da una prestazione non retribuita in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le aziende sanitarie o presso enti od organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato.

Il lavoro di pubblica utilità non deve pregiudicare le esigenze di studio, lavoro, famiglia e salute dell'imputato e deve essere disposto per una durata giornaliera non superiore ad otto ore e per un minimo di dieci giorni, anche non continuativi; non è contemplata, la durata massima ancorché tale possa ritenersi la durata prevista per la prova, ovvero un anno, nel massimo, quando si tratti di reati puniti con pena pecuniaria, due anni, nel massimo, quando si tratti di reati puniti con pena detentiva.

Il problema che pone il lavoro di pubblica utilità è quello della concreta operatività, allorquando non vi siano oggettive possibilità presso le categorie di enti previste dalla legge disponibilità che tengano conto delle professionalità e attitudini dell'imputato. Deve ritenersi, tuttavia, che tale evenienza non possa precludere l'accesso al rito qualora l'imputato si sia attivato per tempo e seriamente per trovare l'occasione

lavorativa senza riuscirci, procedendosi all'approvazione del programma con le altre prescrizione imposte ove ritenute idonee.

7. L'esecuzione del programma e gli esiti

In tema di esecuzione dell'ordinanza, l'Ufficio esecuzione penale esterna che prende in carico l'imputato ha il compito di controllare l'adempimento delle prescrizioni, relazionare al giudice, farsi promotore di interventi sulla prova e o sulla sua durata.

Rispetto alla durata della prova è stato previsto che il giudice fissi un termine, diretto a garantire il più sollecito soddisfacimento della vittima del reato, entro il quale devono essere adempiute le condotte riparatorie o risarcitorie incluse nel progetto di trattamento. Può essere disposto altresì il pagamento rateale delle somme dovute a titolo di risarcimento con il "consenso della persona offesa".

Alla scadenza del periodo di prova, l'ufficio esecuzione penale esterna trasmette al giudice una relazione dettagliata sul decorso e sull'esito della prova medesima: tale relazione, come quelle periodiche, deve essere depositata in cancelleria non meno di dieci giorni prima dell'udienza di cui all'art. 464-septies del codice, con facoltà per le parti di prenderne visione ed estrarne copia: tanto, al fine di poter interloquire compiutamente nell'udienza fissata per la decisione sull'esito.

Valutata dunque la relazione nel contraddittorio tra le parti, il giudice, allorquando ritenga che la prova abbia conseguito i risultati prefissati, pronuncia sentenza, ordinariamente impugnabile, con la quale dichiara il reato estinto, senza tuttavia pregiudizio per l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie che rimangono di competenza dell'autorità amministrativa (art. 168-ter c.p.).

Qualora l'esito della prova sia negativo, il giudice, ai sensi dell'art. 464, comma 2-septies, c.p.p. dispone con ordinanza, non impugnabile (per il principio di tassatività, non essendone prevista l'impugnazione) che il processo riprenda il suo corso dalla fase in cui è intervenuta la sospensione: in tal caso, ove il processo esiti in una condanna definitiva, il pubblico ministero, in sede di esecuzione della pena, dovrà detrarre un periodo corrispondente a quello della prova eseguita ragguagliando, a norma dell'art. 657-bis c.p.p., tre giorni di prova a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda.

Nel caso di prosecuzione del processo deve ritenersi che siano utilizzabili solo gli atti assunti nel contraddittorio delle parti che rientrino nella funzione accertativa propria del processo e non anche quelli, pur assunti nel contraddittorio, che siano funzionali esclusivamente alla procedura che in esso si inserisce per consentire all'imputato una fuoriscita dallo stesso.

8. La revoca della messa alla prova

La messa alla prova, come ogni istituto di carattere sospensivo, è suscettibile di revoca: anche qui la disciplina è articolata fra la norma sostanziale che individua i casi di revoca (168-quater c.p.) e la norma processuale che indica le modalità in punto di rito (464-octies c.p.p.)

Quanto ai casi di revoca, il legislatore ne ha previsti tre: grave o reiterata violazione del programma di trattamento o delle prescrizioni imposte; rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità; commissione durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole di quello per cui si procede.

In merito alla prima ipotesi, può ritenersi “grave” la violazione che palesi un manifesto disinteresse al buon esito del programma, “reiterata”, la trasgressione che non si risolva in evenienze sporadiche, ma che si ripeta in più occasioni: l'opportunità di un'interpretazione rigorosa dei due aggettivi si rende peraltro necessaria in quanto l'uso della disgiuntiva fra gli stessi è idoneo a estendere l'ambito di applicazione di questa ipotesi di revoca.

La seconda ipotesi di revoca si spiega in ragione del fatto che il lavoro di pubblica utilità costituisce il contenuto indispensabile del programma di trattamento.

L'ultima ipotesi di revoca integra una smentita della prognosi di non recidiva.

In presenza di una delle ipotesi come sopra indicate, il giudice, su richiesta di parte ovvero di propria iniziativa, può disporre la revoca della prova fissando a tal fine apposita udienza camerale. Il provvedimento di revoca ha la veste formale dell'ordinanza ed è, per espressa previsione normativa, ricorribile in cassazione per violazione di legge, mentre l'ordinanza con la quale si dichiara l'esito negativo della prova e si dispone la prosecuzione del processo non è impugnabile per il principio di tassatività delle impugnazioni non essendo per essa previsto alcun mezzo di impugnazione.

Nel caso in cui l'ordinanza di revoca diventi definitiva per effetto del vano decorso dei termini dell'impugnazione ovvero la definizione negativa (inammissibilità o rigetto) di quest'ultima, il processo riprende il suo corso dal momento in cui era rimasto sospeso; cessa l'obbligo di esecuzione delle prescrizioni imposte; e il Pm procede allo scomputo dalla pena da eseguire del periodo di prova secondo il meccanismo di ragguglio enunciato dall'art. 657 bis c.p.p.

9. Problemi di diritto intertemporale

La mancanza di norme di diritto intertemporale nella L. 28/04/2014, n. 67 ha posto sin da subito la delicata questione se la nuova disciplina potesse trovare applicazione anche in quei processi che alla data di entrata in vigore della suddetta legge, avvenuta il 17/05/2014, avessero superato la fase processuale indicata dal comma 2 del nuovo

art. 464-bis c.p.p., entro la quale può essere dall'imputato formulata, a pena di decadenza, la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Le opzioni interpretative orientate nel senso dell'applicazione hanno fatto leva sulla natura sostanziale dell'istituto o meglio sulle ricadute sostanziali dell'esito positivo della prova, idoneo a determinare l'estinzione del reato ricorrendo ora al meccanismo della restituzione nel termine, ex art. 175 c.p.p., sul presupposto dell'impossibilità di rispettare il termine per causa di forza maggiore (il c.d. *factum principis*) ora al principio di retroattività c.d. europea della norma penale più favorevole, ritenuto non derogabile in presenza di un concorso fra il fondamentale diritto dell'imputato di accedere in ogni momento ad un sopravvenuto istituto idoneo a determinare l'estinzione del reato a lui ascritto ed esigenze, quali la ragionevole durata, l'efficienza del processo ecc., pur astrattamente sovraordinate, ma recessive rispetto ad esso.

Di segno contrario rispetto alla tesi possibilista è stata invece la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. fer., sent. 31/07/2014-13/08/2014, n. 35717) la quale ha considerato l'istituto della messa alla prova come opportunità possibile esclusivamente in radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito, e come tale incompatibile con un giudizio già segnato dallo sviluppo dell'istruttoria dibattimentale, se non addirittura dalla pronuncia di una sentenza di condanna. Sullo stesso presupposto, della costruzione della messa alla prova come procedimento del tutto alternativo al giudizio ordinario, governato dal principio processuale *tempus regit actum*, la Corte Costituzionale (Corte cost., sent. 26/11/2015, n. 240, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi), cui è stata posta la questione di legittimità costituzionale, ha escluso l'applicazione della messa alla prova nei procedimenti già pervenuti, all'epoca di entrata in vigore della L. n. 67/2014, oltre la soglia indicata dal legislatore.

Il lavoro di pubblica utilità

Il lavoro di pubblica utilità introdotto dalla legge 29.07.2010 n. 120 in relazione ai reati di guida sotto l'effetto di sostanza alcoliche o stupefacenti.

Con la legge 29 luglio 2010 n. 120 il legislatore è intervenuto, ancora una volta, a modificare la disciplina del Codice della Strada.

La strategia di politica criminale, con cui si è cercato di affrontare il sempre attuale problema della sicurezza stradale, non si è limitata al mero inasprimento delle sanzioni.

A tal proposito, la novella ha modificato gli articoli 186 e 187 c.d.s., introducendo, al comma 9 bis dell'art. 186 e al comma 8 bis del'art. 187 c.d.s., la possibilità di sostituire

la pena con il lavoro di pubblica utilità anche per i reati di guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

Le norme prevedono, in sintesi, la possibilità di ottenere, “in caso di esito positivo” della prestazione lavorativa, una pronuncia con cui il Giudice “dichiara estinto il reato, dispone la riduzione della metà della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato”.

A ben vedere, il legislatore sembra aver delineato un istituto di difficile collocazione sistematica. Tale misura, infatti, pur presentando, per modalità e finalità, numerosi punti di contatto con categorie giuridiche o specifici istituti già presenti nell'ordinamento (messa alla prova minorile, pene sostitutive ex 689/81, sanzione sostitutiva ex art. 73 comma 5 bis Dpr. 309/90, misure alternative alla detenzione in fase esecutiva, cause di estinzione del reato, come ad esempio l'art. 165 c.p.) sembra configurarsi come un istituto del tutto autonomo, per molti aspetti inedito.

Tuttavia, la pretesa di voler esaurire la disciplina positiva in un unico comma, unitamente alla natura ibrida dell'istituto, dà luogo ad una serie di problematiche, di rilievo non esclusivamente dottrinale ma anche, e soprattutto, di ordine pratico.

Una prima difficoltà attiene al tema della successione delle leggi penali nel tempo, ovvero dell'applicabilità della nuova disciplina alle fattispecie commesse prima della entrata in vigore della novella, in considerazione del contestuale inasprimento sanzionatorio delle fattispecie di cui agli articoli 186, comma 2 lettera c) e 187 cds, che rende tutt'altro che immediata l'individuazione della disciplina più favorevole.

Peraltro, l'aver previsto il necessario consenso dell'interessato nella forma negativa della “non opposizione” (diversamente da quanto previsto per l'ipotesi dell'articolo 73 comma 5 Dpr 309/90) pone ulteriori interrogativi e problemi di ordine pratico in caso di giudizio contumaciale, soprattutto nelle frequenti ipotesi in cui si proceda contro soggetti di fatto irreperibili e/o assistiti da un difensore d'ufficio, specie in assenza di contatti con quest'ultimo. Problema che si collega con quello dell'eventuale applicabilità della fattispecie incriminatrice prevista dall'articolo 56 D.lgs 274/2000 (“violazione degli obblighi” inerenti il lavoro di pubblica utilità, punito con la reclusione fino a un anno), alla cui disciplina sembrano fare rinvio le nuove norme e la cui soluzione deve confrontarsi con i principi di tassatività e di divieto di analogia in materia penale.

Dal punto di vista processuale, la controversa collocazione dell'istituto, a metà fra fase di merito e pura esecuzione, si riflette sulla natura e sulle conseguenze dell'udienza “ad hoc” che il giudice è chiamato a fissare per dichiarare l'estinzione del reato.

La norma prevede che “con il Decreto Penale o con la sentenza il Giudice incarica l’Ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all’articolo 59 D.lgs 274/2000 di verificare l’effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità”, disponendo altresì che “in caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità il Giudice fissa una nuova udienza in cui dichiara l’estinzione del reato”.

La prima prassi applicativa si è talvolta discostata da tali previsioni, omettendo il Giudice di merito di incaricare gli organi deputati al controllo, con evidente distorsione della disciplina legislativa. In mancanza di un controllo istituzionale, infatti, il Giudice non potrà aver conoscenza circo l’esito o l’andamento del programma, se non a seguito di eventuale (e non prevista, benché nella prassi assai diffusa) istanza della difesa per la fissazione dell’udienza finalizzata alla declaratoria di estinzione del reato.

Laddove il programma non avesse un esito positivo, in mancanza di monitoraggio costante degli organi deputati, il Giudice, addirittura, potrebbe non averne mai notizia e la questione emergerebbe non prima del momento in cui il Pubblico Ministero curerà l’esecuzione della sentenza.

Va segnalata, altresì, l’assenza di una norma di coordinamento con le disposizioni in tema di impugnazione. Sarebbe stato forse opportuna la previsione della sospensione dei termini di impugnazione in caso di ammissione al beneficio. Appare infatti evidente che, laddove la sentenza diventi irrevocabile prima dell’ultimazione del lavoro di pubblica utilità, in caso di esito negativo di quest’ultimo la parte non avrebbe più la possibilità di proporre appello.

È pur vero, in realtà, che la parte potrebbe proporre appello nelle more dello svolgimento del lavoro, ma ciò pare confliggere con le finalità implicitamente deflattive derivanti dall’estinzione del reato (oltre che dalla riduzione della sospensione della patente e della revoca della confisca).

Particolare interesse assume il problema della natura dell’udienza di verifica, posto che la stessa, stando alla lettera della norma, può essere celebrata in un momento antecedente rispetto all’irrevocabilità della sentenza; situazione, questa, che può verificarsi con maggiore facilità laddove sia stata proposto appello.

La pendenza dei termini per l’impugnazione, infatti, impedisce di qualificare il giudizio come incidente di esecuzione. D’altra parte, l’aver già pronunciato sentenza rende difficile attribuire al Giudice il potere di revocare, in un secondo momento, la propria pronuncia di condanna.

Una più pratica soluzione alternativa poteva essere quella di predisporre un meccanismo simile a quello normalmente usato per l’oblazione (magari con un criterio

di calcolo non discrezionale), nel quale la declaratoria di estinzione del reato avviene con sentenza all'esito della verifica dell'adempimento della prestazione da rendere, obbligatoriamente, nel corso del giudizio di merito.

Ciò avrebbe evitato, tra l'altro, qualsiasi complicazione in ordine all'eventuale iscrizione sul casellario della sentenza di condanna, pur in presenza di successiva declaratoria di estinzione del reato, nel caso in cui questa venga dichiarata dal Giudice dell'Esecuzione.

Un difensore scrupoloso potrebbe consigliare, nel dubbio, di proporre sempre impugnazione nelle more dello svolgimento della prestazione, con l'evidente conseguenza di ottenere, dal Giudice dell'Impugnazione, una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, evidentemente immune da iscrizioni.

Un breve cenno meritano le due ipotesi ostative all'applicazione dell'istituto, individuate nella precedente concessione della sostituzione e nel concorso con l'ipotesi di cui all'articolo 186 comma 2 bis c.d.s..

Riguardo alla prima, l'intento del legislatore pare frustrato da un'oggettiva difficoltà di ricognizione di eventuali altre ipotesi pendenti o già giudicate, soprattutto alla luce di quanto precedentemente affermato in ordine alle iscrizioni sul casellario, in difetto di un meccanismo centralizzato di registrazione delle ipotesi, specie di quelle definite in fase di merito.

Per quanto concerne il secondo profilo, oltre ad una probabile incoerenza con la ratio ispiratrice, si evidenzia la difficoltà di definire, in maniera oggettiva, l'"incidente", evitando un'eccessiva dilatazione che prescindendo dall'individuazione di profili di colpa. Ciò comporterebbe l'attribuzione, a titolo di mera responsabilità oggettiva, dell'evento "incidente" con la relativa preclusione per l'accesso all'istituto.

In conclusione, l'istituto fin qui trattato sembrerebbe annoverabile nella categoria delle pene sostitutive alla detenzione. Tuttavia, rispetto a queste ultime, presenta dei profili di difformità: contiene un importante elemento di premialità (estraneo, ad esempio, dall'ipotesi ex 73 comma 5 bis dpr. 309/90) consistente nell'estinzione del reato (come, ad esempio avviene nell'oblazione); può essere concesso ed eseguito anche prima dell'irrevocabilità della sentenza (in tal senso avvicinandosi alla messa alla prova nel diritto minorile), anzi quest'ultima sembra essere l'ipotesi privilegiata nelle intenzioni del legislatore; prevede un'espressa ipotesi di revoca od opera "del Giudice che procede ovvero del Giudice dell'esecuzione" in caso di violazione in corso di esecuzione (come per le misure alternative alla detenzione), anziché una reviviscenza della pena sostituita previa valutazione della Magistratura di Sorveglianza (come previsto dall'art. 66 o 107 L. 689/1981).

Francesco Bellucci

Matteo Corri

Massimiliano Palena

Guida in stato di ebbrezza e lavori di pubblica utilità

Alcuni profili pratici sulla sostituzione della pena detentiva e pecuniaria con Lpu

Avv. Marco Furlan - La L. 120/2010 ha riformato gli artt. 186 e 187 del Codice della Strada (guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di sostanze stupefacenti) inserendovi la possibilità per il contravventore di richiedere al giudice penale di sostituire la pena detentiva e pecuniaria con i lavori di pubblica utilità (LPU).

Questo tipo di sanzione sostitutiva era già prevista nella legislazione istitutiva della competenza penale del Giudice di Pace (art. 54 del D. Lgs. n. 274/2000) ma in tale ambito non aveva trovato piena applicazione.

Si tratta della possibilità per il condannato di effettuare lavori socialmente utili e non retribuiti in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale, di volontariato o di lotta alle dipendenze. Tutti questi enti devono necessariamente aver stipulato una previa convenzione con il Tribunale che li abiliti in tal senso.

Ogni giorno di LPU viene equiparato ad un giorno di pena detentiva o a 250 euro di pena pecuniaria. Risulta una sanzione sostitutiva particolarmente appetibile a quanti, ad esempio, non sia concepibile la sospensione condizionale della pena e dovrebbero pagare ingenti somme di denaro (pari anche a decine di migliaia di euro) o, addirittura, potrebbero vedersi aprire le porte del carcere.

Ulteriori benefici a favore del reo che sia stato ammesso a svolgere tale tipo di attività sono che al termine del periodo di servizio presso l'ente, il Giudice qualora il lavoro sia stato svolto con esito positivo, pronunci l'estinzione del reato, dimezzi il periodo di sospensione della patente di guida e revochi il provvedimento di confisca del veicolo precedentemente sequestrato (confisca che è disposta, tuttavia, solo nel caso in cui il valore alcolico del conducente fosse superiore a 1,5 g/l o per i casi di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti).

Degno di nota è il fatto che questo tipo di misura sostitutiva possa essere concessa una sola volta e mai a coloro che in costanza dell'accertamento abbiano provocato un

incidente stradale. La lettera della norma parrebbe suggerire che tale ultima esclusione sia da applicare solo a quanti siano in una qualche misura (anche se minima) responsabili di un sinistro. Sembrerebbe, quindi, che ove vi sia un incidente stradale, ma in alcun modo riferibile alla condotta di guida della persona sorpresa in stato di ebbrezza, ciò non sia d'ostacolo alla concessione della misura sostitutiva in questione.

Terminati i lavori di pubblica utilità, l'ente presso il quale essi sono stati svolti comunica all'U.E.P.E. (Ufficio Esecuzione Penale Esterna) il buon esito (o meno del gli stessi) L'UEPE a sua volta ne relaziona il Giudice dell'Esecuzione che a fronte della positiva effettuazione dei lavori di pubblica utilità, formalizza

l'effetto estintivo del reato, il dimezzamento del periodo di sospensione della patente di guida ed - eventualmente - la revoca della confisca dell'autovettura.

Particolari problemi applicativi sorgono, circa il periodo di sospensione della patente di guida stante la previa sospensione in via cautelare disposta dal Prefetto. I lunghi tempi dell'azione penale, infatti, potrebbero inficiare l'effetto benefico della riduzione alla metà del periodo di sospensione della patente conseguente allo svolgimento proficuo del lavoro di pubblica utilità. Si faccia questo esempio: il Prefetto in costanza di un tasso alcolico pari a 0,85 g/l sospende la patente in via cautelare per il minimo, ossia sei mesi. Lo stesso periodo di sospensione potrebbe essere disposto in via sanzionatoria - e dopo alcuni mesi - dal Giudice penale il quale, poi, lo dimezzerebbe nel caso di LPU con esito positivo. Il reo, quindi, in quest'ultimo caso potrebbe scontare solo tre mesi di sospensione della patente. Nel frattempo però egli è ancora sottoposto all'Ordinanza del Prefetto che in via provvisoria aveva disposto il minimo di Legge (sei mesi). Quid juris? Un eventuale rimedio, a parere dello scrivente, potrebbe essere quello di richiedere immediatamente al Giudice l'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. (cd. patteggiamento) con la conversione in LPU e, contestualmente, avanzare istanza al Prefetto di sospensione/revoca della sua Ordinanza in attesa dell'esito positivo dei LPU e del conseguente provvedimento definitivo del Giudice Penale anche per quanto riguarda la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida. I dubbi, tuttavia, permangono per la difficoltà di reperire in tempi brevi un ente accondiscendente ai LPU, per la possibilità che, comunque, l'udienza penale susseguente alla richiesta di patteggiamento sia fissata dopo alcuni mesi e per l'eventualità che il Prefetto non conceda la sospensione/revoca della propria Ordinanza di sospensione cautelare della patente di guida.

Altro stratagemma, sempre nella medesima direzione, potrebbe essere quello - una volta reperito un ente disposto ad accogliere a lavorare l'indagato - di farsi rilasciare una dichiarazione in tal senso e produrla al Pubblico Ministero affinché ne tenga conto nell'eventuale richiesta di Decreto penale di condanna. Del resto la stessa Legge

prevede che se non vi sia opposizione da parte dell'imputato possa essere disposta la conversione in LPU anche con il Decreto Penale. Entrambe le suddette soluzioni produrrebbero, inoltre, l'ulteriore vantaggio di far tornare più velocemente in possesso dell'indagato la sua autovettura nel caso fosse sottoposta a sequestro e confisca. Alcune Prefetture, danno la possibilità di riottenere la patente di guida dopo aver scontato la metà del periodo di sospensione comminato in via cautelare/provvisoria, sempre che si producano: la prova di aver chiesto in Tribunale di poter svolgere i lavori di pubblica utilità, la dichiarazione di disponibilità dell'ente in tal senso, nonché il certificato della locale Commissione medica patenti che dichiari idoneo alla guida il contravventore. Motivo per cui sarà opportuno che quest'ultimo si sottoponga il prima possibile a visita medica presso detta Commissione.

Avv. Marco Furlan

Le pene accessorie

La pena accessoria, nell'ordinamento giuridico penale italiano, è una tipologia di pena prevista dall'art.19 del codice penale italiano e sono distinte quelle previste per i delitti da quelle previste per le contravvenzioni.

L'elenco fornito dal codice non si può però dire tassativo, infatti altre ne sono previste in diversi rami dell'ordinamento italiano. L'applicazione di una pena accessoria segue la condanna ad una delle pene principali, loro caratteristica comune è infatti la complementarità astratta.

La loro disciplina è stata profondamente innovata dalla legge 7 febbraio 1990 n. 19 ("Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti")^[1] che ha introdotto il principio della sospensibilità delle pene accessorie. Queste possono essere temporanee o perpetue e se nella sentenza di condanna non è specificata la durata questa è la stessa della pena principale, salvo i limiti minimi e massimi previsti dalla legge.

Le singole pene accessorie

Le pene accessorie previste dall'articolo 19 per i delitti sono:

- L'interdizione dai pubblici uffici
L'interdizione è la più importante sanzione interdittiva sancita dall'odierno sistema penale, anche se il suo contenuto afflittivo è stato di molto diminuito a seguito di alcune pronunce della Corte costituzionale. Essa può essere perpetua o temporanea. L'interdizione, secondo il codice penale italiano, priva il condannato del diritto di elettorato attivo e passivo, di ogni pubblico ufficio e di ogni incarico non obbligatorio di pubblico servizio, della qualità di tutore o di curatore, dei gradi e delle dignità accademiche nonché della possibilità di

esserne insignito. L'interdizione, inoltre, consegue alla condanna di un reato realizzato mediante abuso di poteri o violazione di doveri inerenti alla pubblica funzione o al pubblico servizio, o come pena accessoria per alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

Nel caso in cui l'interdizione sia temporanea, la durata minima prevista è di un anno e quella massima è di 5 anni.

La condanna all'ergastolo e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni comportano invece l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici; la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni comporta l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque. La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel delitto, ovvero di tendenza a delinquere, comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Art 28 cp Interdizione dai pubblici uffici.

[I]. L'interdizione dai pubblici uffici è perpetua o temporanea.

[II]. L'interdizione perpetua dai pubblici uffici, salvo che dalla legge sia altrimenti disposto, priva il condannato:

- 1) del diritto di elettorato o di eleggibilità in qualsiasi comizio elettorale, e di ogni altro diritto politico;
- 2) di ogni pubblico ufficio, di ogni incarico non obbligatorio di pubblico servizio, e della qualità ad essi inerente di pubblico ufficiale o d'incaricato di pubblico servizio;
- 3) dell'ufficio di tutore o di curatore, anche provvisorio, e di ogni altro ufficio attinente alla tutela o alla cura;
- 4) dei gradi e delle dignità accademiche, dei titoli, delle decorazioni o di altre pubbliche insegne onorifiche;
- 5) degli stipendi, delle pensioni e degli assegni che siano a carico dello Stato o di un altro ente pubblico;
- 6) di ogni diritto onorifico, inerente a qualunque degli uffici, servizi, gradi o titoli e delle qualità, dignità e decorazioni indicati nei numeri precedenti;
- 7) della capacità di assumere o di acquistare qualsiasi diritto, ufficio, servizio, qualità, grado, titolo, dignità, decorazione e insegna onorifica, indicati nei numeri precedenti.

[III]. L'interdizione temporanea priva il condannato della capacità di acquistare o di esercitare o di godere, durante l'interdizione, i predetti diritti, uffici, servizi, qualità, gradi, titoli e onorificenze.

[IV]. Essa non può avere una durata inferiore a un anno, né superiore a cinque.

[V]. La legge determina i casi nei quali l'interdizione dai pubblici uffici è limitata ad alcuni di questi.

Art 29 cp Casi nei quali alla condanna consegue l'interdizione dai pubblici uffici.

[I]. La condanna all'ergastolo e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni importano l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici; e la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni importa l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque.

[II]. La dichiarazione di abitudine o di professionalità nel delitto, ovvero di tendenza a delinquere, importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

DAL DDL anticorruzione 18 dicembre 2018

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 »;

Si tratta dei seguenti reati:

1. Peculato (art. 314, I comma c.p.),

fatta eccezione per il peculato d'uso:

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

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.

Da Altalex di Simone Marani

Commette il delitto di peculato il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio, il possesso o comunque la disponibilità di danaro o altra cosa mobile, se ne appropria.

1. Concetti generali

Il delitto di peculato, disciplinato dall'art. 314 c.p., che consiste in una particolare forma di appropriazione indebita da parte del pubblico funzionario, ha subito alcune rilevanti modifiche rispetto alla originaria formulazione. Mentre, infatti, inizialmente la condotta incriminata si articolava nelle forme dell'appropriazione e della distrazione, nell'attuale formulazione, a seguito della riforma del 1990, la condotta punibile consiste solo nella appropriazione del denaro o delle altre cose mobili altrui, possedute dal pubblico funzionario per ragioni di ufficio o servizio. Le eventuali condotte distruttive, sempre che sussistano tutti gli elementi costitutivi del reato, potranno configurare il diverso reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.). Il peculato può essere commesso solo da un soggetto che rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, trattandosi di reato proprio.

Per effetto delle modifiche intervenute a seguito della L. 6 novembre 2012, n. 190, il soggetto agente è punito con la pena della reclusione da “quattro” a dieci anni (mentre originariamente la pena minima era di tre anni).

2. Bene giuridico tutelato

Secondo un primo orientamento, il bene protetto dalla incriminazione consiste nel buon andamento e nella imparzialità dell'attività amministrativa, pregiudicato dall'attività svolta dal soggetto agente il quale, sfruttando la sua posizione, avvantaggia illecitamente se stesso o un altro soggetto. Altra impostazione, attualmente minoritaria, sostenuta in passato, ravvisa nel peculato un reato lesivo di beni patrimoniali della pubblica amministrazione. Non manca chi ritenga che il peculato integri un reato plurioffensivo, in quanto configura, da un lato, un delitto di abuso della situazione giuridica di cui il soggetto è titolare e, dall'altro, un delitto contro il patrimonio pubblico di cui si vuole tutelare l'integrità economica, anche se, nel rapporto tra i due interessi tutelati quello cui si deve dare prevalenza non può che essere il patrimonio pubblico, giacché il reato si realizza con l'appropriazione a proprio profitto e per finalità diverse da quelle di ufficio di un bene economico rientrante nella sfera pubblica.

Da ciò deriva che l'uso privato da parte del pubblico dipendente dell'apparecchio telefonico dell'ufficio non configura il reato di peculato allorquando la condotta abusiva si sia

sostanziata nell'effettuazione di telefonate per un importo di tale modesta entità da non aver arrecato alcuna lesione all'integrità patrimoniale della p.a. (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 20 dicembre 2010, n. 256, D., in Guida dir., 2011, f. 13, 70).

3. La condotta: l'appropriazione

A seguito della L. 26 aprile 1990, n. 86, l'elemento oggettivo del reato di peculato è costituito esclusivamente dall'appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto, con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente.

L'intervensio possessionis, che caratterizza, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, colui che possiede uti dominus, può avvenire nei modi più disparati come nel caso di alienazione, dissipazione, ritenzione, nascondimento o rifiuto della restituzione.

L'oggetto materiale della condotta consiste nel denaro, ovvero nella carta moneta o nella moneta metallica avente corso legale, o nella cosa mobile, ravvisabile in qualsiasi entità materiale suscettibile di essere trasportata da un luogo ad un altro, secondo la sua funzione sociale. Sia il denaro che la cosa mobile debbono possedere il requisito dell'altruità. Poiché il bene giuridico del reato di peculato, secondo certa impostazione, è l'integrità del patrimonio della p.a. e/o dei privati, se la cosa oggetto di appropriazione ha un valore economico molto modesto, il reato non può profilarsi, mancando un'effettiva lesione patrimoniale; del resto, l'applicazione della sanzione può essere giustificata dall'ordinamento solo quando la rigorosa afflizione stabilita dalla norma incriminatrice sia proporzionata al fatto commesso, nella prospettiva di un'effettiva esigenza di emenda dell'agente.

Principio accolto anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale "Perché possa sussistere il peculato ordinario integrato dalla appropriazione da parte dell'agente, senza possibilità di immediata restituzione di energie costituite da impulsi elettronici entrati a far parte del patrimonio della p.a., il che esclude la figura del peculato d'uso, è necessario che possa riconoscersi un apprezzabile valore economico agli impulsi utilizzati per ogni singola telefonata, ovvero anche all'insieme di più telefonate quando queste siano talmente ravvicinate nel tempo da potersi considerare come costituenti un'unica condotta" (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 8 gennaio 2010, n. 4665, S., in Cass. pen., 2010, 3863).

La nuova formulazione dell'art. 314 c.p. non prescrive più, come in passato, che il denaro o la cosa mobile, oggetto del reato, debbano appartenere alla pubblica amministrazione, ma esige solo che queste si trovino nel possesso o nella disponibilità del pubblico funzionario.

Il pubblico ufficiale che ha facoltà di disposizione di un bene e non esercita tale potere secundum lege non realizza immediatamente delitto di peculato: occorre verificare se l'esercizio atipico

del potere di disposizione comporti "appropriazione" per il soggetto agente o per un terzo. Dell'oggetto materiale della condotta il soggetto attivo deve avere il possesso per ragioni di ufficio o servizio o comunque la disponibilità, quest'ultima aggiunta dal legislatore del 1990 allo scopo di dare definitiva sanzione penale a quella interpretazione che, già sotto la normativa precedente, riconduceva nel concetto di possesso anche la disponibilità meramente giuridica della cosa. In merito al concetto di ragione d'ufficio sussistono due opposti orientamenti: secondo una prima impostazione, il possesso qualificato dalla ragione di ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio non deve necessariamente rientrare nel novero delle specifiche competenze o attribuzioni connesse con la sua posizione gerarchica o funzionale, essendo sufficiente che esso sia frutto anche di "occasionale coincidenza" con la funzione esercitata o con il servizio prestato. Altro orientamento, al contrario, nega che la ragione d'ufficio possa considerarsi come equivalente ad "occasione", ritenendo necessario che il pubblico funzionario sia competente o autorizzato a ricevere l'affidamento: si richiede, in definitiva, una competenza funzionale specifica, sia pure derivante dalla prassi amministrativa.

4. Il peculato d'uso

Secondo quanto disposto dall'art. 314, co. 2 c.p., 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.

Il peculato d'uso, previsto dall'art. 314, co. 2, c.p., non costituisce un'attenuante del reato di peculato previsto dal comma 1 dello stesso articolo, ma un'autonoma figura delittuosa.

Il reato di peculato d'uso non richiede, per la sua realizzazione, una fuoriuscita della cosa dalla sfera di disponibilità e controllo del proprietario, essendo, al contrario, sufficiente che l'agente si comporti nei confronti della cosa medesima, in modo oggettivamente e soggettivamente provvisorio, uti dominus, realizzando finalità estranee agli interessi del proprietario quali, in particolare, quelle consistenti nel perseguimento di utilità economico patrimoniale proprie dello stesso soggetto agente (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 14 febbraio 2000, n. 788, Mari, in Riv. pen. 2000, 801).

L'uso temporaneo del bene pubblico per finalità, reali o supposte, non corrispondenti a quelle istituzionali non sempre è destinato ad integrare la fattispecie del peculato d'uso. Non certamente nei casi in cui un siffatto temporaneo uso, rivelatosi episodico ed occasionale, non risulti caratterizzarsi, quanto a consistenza (distanze percorse) e durata dell'uso, in fatti di effettiva "appropriazione" delle autovetture di servizio, suscettibili di recare un concreto e significativo danno economico all'ente pubblico (in termini di carburante utilizzato e di energia lavorativa degli autisti addetti alla guida) ovvero di pregiudicarne l'ordinaria attività funzionale (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 27 ottobre 2010, n. 7177, R., in D&G 2011).

Non sussiste il reato di peculato se l'uso privato del bene di servizio è modesto. Così, si è ritenuto che non risponda penalmente il dipendente pubblico che utilizzi in maniera moderata il telefonino assegnatogli per ragioni d'ufficio. Tecnicamente, infatti, mancherebbero in tal caso atti appropriativi di valore economico sufficiente per configurare il delitto di cui all'art. 314 c.p. (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 19 ottobre 2010, n. 41709).

Secondo un primo orientamento, la fattispecie di peculato d'uso potrebbe configurarsi solo in relazione a cose di specie e non al denaro, menzionato in modo alternativo solo nel co. 1 dell'art. 314 c.p., e presuppone il possesso momentaneo della "cosa" mobile (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 21 maggio 2009, n. 27528, S., in D&G 2009). Una impostazione sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità meno recente, in contrario, ritiene che il peculato di uso sia configurabile anche in relazione a cose fungibili e quindi anche in 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 mutuata 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 (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 14 marzo 1995, n. 4195, Greco, in Cass. pen. 1996, 1443).

5. Peculato mediante profitto dell'errore altrui

Ai sensi dell'art. 316 c.p., 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 o altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La condotta incriminata consiste alternativamente nella ricezione o nella ritenzione per sé o per un terzo. La ricezione comporta l'accettazione di un quid che viene offerto da un terzo, senza alcuna sollecitazione da parte del ricevente; si presuppone un atteggiamento di passività da parte del pubblico funzionario che non fa nulla per ottenere la dazione, limitandosi ad accoglierla.

Per ritenzione dobbiamo intendere il mantenimento, presso il soggetto agente, della cosa, potendo consistere sia in una appropriazione della res, sia in una mancata restituzione o trasferimento della medesima.

La condotta deve essere indebita: conseguentemente, il peculato mediante profitto dell'errore altrui non si configura quando la ritenzione ha ad oggetto qualche cosa di "dovuto" personalmente al soggetto che riceve o detiene. La condotta incriminata deve realizzarsi giovandosi dell'errore altrui; errore che deve essere spontaneo, non ricollegabile al comportamento del pubblico funzionario che deve limitarsi solo a trarre profitto dall'errore in

cui versa il terzo. Quello che si richiede è la sussistenza di una situazione di fatto per la quale il privato, nell'erroneo convincimento di esservi tenuto, versi indebitamente denaro o altre cose mobili al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio e questi se ne impossessi approfittando del relativo errore.

Anche questa condotta deve essere compiuta “nell'esercizio delle funzioni o del servizio”, situazione che esprime la necessità di un rapporto di attualità tra la ritenzione o la ricezione e l'esercizio di detta funzione.

6. Consumazione e tentativo

Il peculato si consuma nel momento in cui ha luogo l'appropriazione della res o del denaro da parte dell'agente, la quale, anche quando non arreca, per qualsiasi motivo, danno patrimoniale alla p.a., è comunque lesiva dell'ulteriore interesse tutelato dall'art. 314 c.p., che si identifica nella legalità, imparzialità e buon andamento del suo operato. Il delitto di peculato, che è reato istantaneo, si consuma nel momento stesso in cui l'agente, in possesso di un bene altrui per ragioni di ufficio, ne dispone uti dominus, sicché nel caso riguardante la riscossione di danaro per conto della p.a., posto che tale danaro diviene subito di proprietà pubblica, l'agente non può confonderlo con il proprio, assumendo l'obbligo di erogare all'amministrazione l'equivalente, o scambiarlo con titoli di credito di sua pertinenza, perché già tale comportamento assume valenza appropriativa, almeno quando il tempo trascorso tra la riscossione e il versamento ecceda quello ragionevolmente necessario in relazione alla complessità delle operazioni da compiere (Cass. Pen., sez. VI, sentenza 20 ottobre 2010, n. 39351 in AltalexMese n. 1/2011). Nel caso di peculato mediante profitto dell'errore altrui il momento consumativo è quello in cui l'agente riceve consapevolmente l'indebito, ovvero quello in cui trattiene la cosa o il denaro senza restituirlo.

Non vi sono particolari problematiche relative all'ammissibilità del tentativo. In tema di peculato d'uso, però, non è ipotizzabile il tentativo, in quanto con l'appropriazione risulta consumato il reato di peculato comune e la mancata restituzione impedisce solo che detto reato degradi nell'ipotesi minore di peculato d'uso.

7. Elemento soggettivo

Il dolo richiesto dal reato di peculato, anche nel caso di peculato mediante profitto dell'errore altrui, è generico, e consiste nella coscienza e volontà dell'appropriazione (oltre alla consapevolezza dell'errore altrui nel caso di cui all'art. 316 c.p.) mentre, nel peculato d'uso, è specifico, in quanto si richiede che l'agente si appropri della cosa allo scopo di farne un uso momentaneo.

Sul piano dell'elemento soggettivo, inoltre, il peculato si realizza con il mutamento dell'atteggiamento psichico dell'agente nel senso che alla rappresentazione di essere possessore della cosa per conto di altri succede quella di possedere per conto proprio. Di conseguenza, non

ricorre la figura del peculato, sussistendo quella dell'abuso d'ufficio, quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio, che si concretizzi semplicemente in un indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto (Cass. Pen., sez. II, sentenza 11 febbraio 2010, n. 18160, P., in Guida dir., 2010, f. 28, 85).

Bibliografia

- ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte speciale, II, Milano, 2003;
- CAGLI, voce Peculato e malversazione, in Dig. disc. pen., IX, Torino, 1995;
- FIANDACA, MUSCO, Diritto penale, Parte speciale, Bologna, 2002;
- PALAZZO, TARQUINI, voce Peculato, in Enc. giur. Treccani, XXII, Roma, 1995;
- PAGLIARO, Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Milano, 2000;
- RICCIO, voce Peculato e malversazione, in Noviss. dig. it., XII, Torino, 1965.

2. Concussione (art. 317 c.p.)

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri (1), costringe (2) taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità (3), è punito con la reclusione da sei a dodici anni [32 quater] (4). (5)

Da Altalex di Simone Marani

Commette il delitto di concussione "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" (art. 317 c.p.).

1. Nozione e caratteri generali

La concussione è sicuramente uno dei più gravi reati del pubblico ufficiale contro la Pubblica Amministrazione, presente praticamente solo all'interno del nostro ordinamento giuridico ed assente in quelli degli altri Stati, la cui ratio originale, tipica dello stato fascista, risiedeva

nell'evitare sopraffazioni da parte di funzionari pubblici dotati di una posizione di supremazia nei confronti dei singoli cittadini mentre, in uno stato liberal-democratico risiede nella preoccupazione di impedire la strumentalizzazione dell'ufficio al fine di coartare la libertà del privato. In altre parole, possiamo affermare che il fondamento giuridico dell'art. 317 c.p. consiste in esigenze di protezione del buon andamento della pubblica amministrazione.

Per effetto della l. 6 novembre 2012, n. 190, intitolata “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”, il delitto di concussione è attualmente previsto solo con riferimento alla condotta di “costrizione” e non più, come avveniva in passato, con riferimento alla condotta di “induzione”, mentre è stato introdotto all'interno del codice penale l'art. 319-quater, riguardante la nuova fattispecie di “induzione indebita a dare o promettere utilità”.

La norma, attualmente, punisce con la reclusione da sei a dodici anni “il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro od altra utilità”. La concussione, quindi, sotto il profilo oggettivo, consiste in un comportamento che si estrinseca nel farsi dare o nel farsi promettere denaro o altro vantaggio, anche non patrimoniale, abusando della propria posizione. Si tratta di un reato “proprio”, in quanto può essere commesso solo da soggetti investiti di una particolare qualifica pubblicistica, ovvero il pubblico ufficiale e, dopo la riforma del 1990, anche l'incaricato di un pubblico servizio, tradizionalmente escluso dal novero dei soggetti attivi del reato in quanto si riteneva, erroneamente, che tale soggetto non fosse in grado di porre in essere attività idonee a coartare la volontà della vittima, stante la limitatezza e modestia dei poteri conferitegli dalla legge.

Sul tema possiamo segnalare la seguente pronuncia secondo la quale “La concessionaria pubblica per la trasmissione via radio e televisione in ambito nazionale svolge un pubblico servizio ed incaricati di pubblico servizio devono essere considerati i presentatori conduttori delle trasmissioni. Poiché il rapporto di concessione non comprende solo le attività accessorie ed autonome rispetto a quelle connesse alla messa in onda dei programmi, come l'attività editoriale, di produzione di videocassette e quella di vendita dei programmi, deve ritenersi che anche le telepromozioni messe in onda nel corso dei programmi, che sono a questi collegate da una stretta relazione dal punto di vista gestionale, organizzativo e tecnico, rientrano nell'attività di esplicazione del servizio pubblico. È perciò configurabile il reato di concussione quando un conduttore che non abbia mere funzioni esecutive e d'ordine esiga dalla ditta che stipula il contratto per le telepromozioni compensi extra corrisposti in nero condizionando ad essi l'assunzione di un atteggiamento convincente e accattivante nella messa in scena della telepromozione e paventando in caso contrario un comportamento sciatto e dimesso” (Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 1996, n. 5508, in Giust. Pen., 1998, II, p. 201).

2. Il bene giuridico tutelato

Come già evidenziato, secondo un primo orientamento tradizionalista, il bene giuridico tutelato dall'art. 317 c.p. consiste nella tutela della lealtà, probità, fedeltà e correttezza del funzionario pubblico o, come affermato dalla dottrina più moderna, nel regolare funzionamento della pubblica amministrazione sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità, tutelati a livello Costituzionale dall'art. 97.

Seguendo tale impostazione non rientrano nell'ambito di tutela della fattispecie gli eventuali interessi di natura privata, come il patrimonio o la libertà di autodeterminazione della vittima. "I beni giuridici protetti dall'art. 317 c.p. sono identificabili nell'imparzialità e nel buon andamento della pubblica amministrazione, che vengono vulnerati quando i pubblici ufficiali, o gli incaricati di un pubblico servizio, si valgono della loro qualità o delle loro funzioni per costringere o indurre i privati a dare o promettere loro denaro o altre utilità non dovute. Solo in via subordinata la predetta norma tutela anche il diritto del cittadino a disporre del proprio patrimonio in piena libertà e senza alcuna forma di coazione dei pubblici poteri. Di conseguenza, l'entità del vantaggio patrimoniale che sia conseguito dal colpevole per effetto della sua condotta di costrizione o induzione, non ha influenza ai fini della configurabilità del delitto di concussione, ma solo a quelli dell'applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p. o dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p." (Cass. pen., Sez. VI, 15 dicembre 1992, in Cass. pen., 1994, p. 1517). Riteniamo, in aderenza all'impianto dottrinale dominante, che la concussione possa essere definita come reato avente natura plurioffensiva, potendo essere individuata, quale soggetto passivo del reato, sia la pubblica amministrazione in merito al suo prestigio e la correttezza e la probità dei suoi funzionari pubblici, sia il privato cittadino, il quale subisce una lesione della propria sfera privata, sebbene solo indirettamente e in via secondaria.

3. La condotta: abuso, costrizione e dazione o promessa indebita

Dal punto di vista dell'elemento oggettivo del reato, la concussione si caratterizza da: 1) l'abuso dei poteri o delle qualità da parte del pubblico funzionario; b) la costrizione; c) la dazione o la promessa indebita di denaro o altra utilità.

In merito al primo requisito, l'abuso dei poteri potrà manifestarsi nelle forme più disparate, come l'esercizio di un potere non previsto dalla legge, l'esercizio di un potere contro la legge, come il mancato compimento di un atto che doveva essere doverosamente esercitato o come la minaccia da parte del soggetto agente di porre in essere una delle condotte di cui sopra.

In relazione all'elemento oggettivo del delitto di concussione, come confermato dalla giurisprudenza tradizionale, l'abuso dei poteri da parte dell'agente pubblico consiste nel compimento di atti di ufficio in maniera antidoverosa, ossia in violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Perché possa ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 317 c.p. occorre che il pubblico ufficiale, abusando dei suoi poteri o (come più prospettabile nella specie) della sua qualità, ponga in essere nei confronti del privato una coazione psicologica che, pur in assenza di esplicite e aperte pretese, lo costringa o induca a remunerarlo. Una simile condotta prevaricatrice non può peraltro essere fatta discendere unicamente dalla condizione di superiorità del pubblico ufficiale rispetto al privato né dalla mera situazione di difficoltà (economica o psicologica) di quest'ultimo, occorrendo che il pubblico ufficiale dia causa, esplicitamente o implicitamente, alla condotta del soggetto passivo.

Ciò che rileva, ai fini della integrazione del delitto di concussione, è che la volontà del privato non si sia liberamente formata a cagione diretta o indiretta della condotta del pubblico ufficiale, il quale abbia abusato della sua funzione per ottenere un indebito vantaggio, a prescindere dal fatto che sia stato lo stesso pubblico ufficiale a richiedere il denaro, ovvero sia stato il privato, in conseguenza del comportamento subdolo e malizioso di quest'ultimo, ad offrire al medesimo il denaro (Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2009, n. 46514, in D&G, 2010).

Nel delitto di concussione, rientra nell'abuso dei poteri da parte del soggetto agente anche l'atto che, pur formalmente legittimo, sia tuttavia posto in essere quale mezzo per conseguire fini illeciti, in violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione.

Mentre con il termine "abuso dei poteri" la norma ha inteso far riferimento alle ipotesi di condotte rientranti nella competenza tipica del soggetto (pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio) quali manifestazioni delle sue potestà funzionali per scopo diverso da quello per il quale sia stato investito, per "abuso delle qualità" si è inteso invece riferirsi alle ipotesi di condotte che, indipendentemente dalle competenze proprie del soggetto, consentano una strumentalizzazione della posizione di preminenza ricoperta dal medesimo rispetto al privato. "In tema di concussione, 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 delle "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" (Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2010, n. 45034, in Ced, 2010). L'abuso delle funzioni di pubblico ufficiale, richiesto dalla legge per la configurabilità del reato di concussione, ben può essere realizzato mediante l'omissione o il ritardo di un atto dovuto. Pertanto, porre in essere sistemi defatigatori, di ritardo o di ostruzionismo nel corso di una verifica fiscale, facendosi dare o promettere denaro in cambio di una sollecita e favorevole definizione della verifica, e ritardare l'espletamento di essa, in attesa della realizzazione dell'indebito profitto, costituisce, nel concorso delle altre condizioni volute dalla legge, il reato ipotizzato (Cass. pen., Sez. VI, 6 dicembre 1988, in Cass. pen., 1990, I, p. 408).

Il requisito della costrizione del soggetto passivo viene tradizionalmente rinvenuto nella coazione psichica relativa, come tale comprendente qualsiasi forma di coazione, sia fisica che morale, che non sia tale da annullare totalmente la volontà della vittima ma che si risolva in una alterazione del procedimento volitivo altrui.

Non ha importanza che l'attività compiuta dal soggetto attivo del reato sia legittima o illegittima, lecita o illecita, potendo il requisito essere integrato anche attraverso la prospettazione del compimento di un atto doveroso, connotandosi questo di illegittimità quando sia usato quale mezzo per conseguire fini illeciti (Cass. pen., Sez. VI, 12 luglio 2001, n. 33218, in Cass. pen. 2002, p. 1394).

Il metus publicae potestatis, elemento della fattispecie di concussione, deve essere ravvisato non solo quando la volontà del privato sia coartata dall'esplicita minaccia di un danno ovvero fuorviata dall'inganno, ma altresì qualora venga repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale, il quale, pur senza avanzare esplicite ed aperte pretese, di fatto agisca in modo da ingenerare nella vittima la fondata convinzione di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale per evitare il pericolo di subire un pregiudizio, inducendolo così a dare o promettere denaro o altra utilità.

Anche le prestazioni sessuali pretese dal pubblico ufficiale rientrano nel campo d'applicazione dell'art. 317 c.p.; il comportamento concussorio, infatti, può manifestarsi attraverso qualsiasi atteggiamento – anche implicito – che sia comunque in grado di turbare o diminuire la libertà psichica del soggetto passivo che ne sia destinatario, essendo implicita una posizione di evidente supremazia del pubblico ufficiale (Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 2009, n. 9528).

Il delitto di concussione non richiede la sussistenza del danno del privato, ma è configurabile anche solo quando dall'abuso del pubblico ufficiale derivi un pericolo di pregiudizio per il privato stesso; se, però, questi effettua la dazione o la promessa allo scopo di trarre vantaggio dall'abuso, viene meno quella situazione di timore, quel vizio della volontà, che caratterizza la fattispecie delittuosa in esame.

La condotta di costrizione deve avere per effetto quello della dazione o della promessa di denaro o altra utilità da parte del privato, la cui condotta, come già evidenziato, deve essere volontaria, anche se coartata (con esclusione della coartazione assoluta).

La dazione consiste in un passaggio di un bene dalla sfera di disponibilità della vittima a quella del pubblico funzionario, mentre la promessa consiste nella manifestazione di un impegno ad effettuare in un futuro le prestazioni, la quale deve essere seria ed estrinsecata in una qualsiasi forma. La promessa dell'utilità può mancare di precisi contorni (perché, ad esempio, il pubblico ufficiale non ha precisato la propria richiesta o il privato non ha una chiara visione delle proprie attuali disponibilità), ma ciò che importa è che il concusso si

dichiari formalmente deciso a trasferire in capo al funzionario infedele una qualche somma o una qualche utilità.

Sul punto si ritiene del tutto irrilevante la c.d. riserva mentale, ovvero la promessa fatta al soggetto agente con il proposito interno di non adempierla in futuro, in quanto anche in siffatta ipotesi sussiste la promessa che, come tale, conserva una sua forza vincolante.

Nel reato di concussione il danaro dato o promesso al pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio è qualificabile come "prezzo" e non come "profitto" del reato, atteso che la dazione o promessa precede la consumazione o coincide con essa, si da integrare il "motivo a delinquere", e non un fatto consequenziale e successivo alla detta consumazione, quale dovrebbe essere invece quello inquadrabile nella nozione di "prodotto" o "profitto".

In tema di concussione, il termine utilità indica tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un fare e ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal convincimento comune, conseguentemente rientrandovi anche il vantaggio di natura politica (Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33843).

Si è ritenuto non integrante il reato di concussione la condotta di chi, nel corso di una comunicazione telefonica, richiede ad un soggetto terzo un comportamento più garbato, non sussistendo nella specie l'elemento dell'utilità, intesa quale vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un fare e ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal convincimento comune (Cass. pen., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 10792).

4. La concussione per induzione

Abbiamo già accennato al fatto che con la l. 6 novembre 2012, n. 190, l'ordinamento ha provveduto a far fuoriuscire la condotta induttiva dall'ambito di applicazione dell'art. 317 c.p., per ricondurla all'interno di un'autonoma figura di reato di cui all'art. 319-quater c.p.

Tale modifica ha imposto di rivedere i criteri interpretativi utilizzati in passato per distinguere le condotte costrittive da quelle induttive: così, secondo un primo orientamento, lo sdoppiamento dell'unica figura di concussione nelle due distinte ipotesi, senza l'aggiunta di ulteriori elementi descrittivi, induce a ritenere che il legislatore non abbia inteso abbandonare l'impostazione tradizionale, affermando come l'induzione richiesta dall'art. 319-quater c.p. non sarebbe diversa da quella che già integrava una delle possibili ipotesi concussive ex art. 317 c.p., consistente nella condotta del funzionario pubblico che, abusando delle proprie qualità o poteri, attraverso forme più varie di attività persuasiva, suggestione, anche tacita, atti

ingannatori, determini taluno, consapevole dell'illecita pretesa, a dare o promettere a lui o a terzi, denaro o altra utilità (Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 11942; Cass. pen., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 18968).

Un secondo orientamento precisa come la differenza tra costrizione ed induzione non debba essere individuato in un connotato di natura psicologica, quale la maggiore o minore forza coercitiva della condotta del soggetto agente, ma in un dato di carattere giuridico, ovvero nella conformità o meno al diritto delle conseguenze minacciate (Cass. pen., Sez. VI, 14 gennaio 2013, n. 17593). Così, mentre la minaccia di un danno ingiusto integrerebbe il delitto di concussione, la minaccia di un danno giusto configurerebbe la fattispecie di cui all'art. 317-quater c.p. (COSÌ TESTUALMENTE LA NORMA PENALE :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 (4) 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. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni).

Con la sentenza n. 12228 del 24 ottobre 2013, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno individuato il criterio distintivo tra “costrizione” “induzione” disponendo che l’induzione va intesa come alterazione del processo volitivo altrui, che, pur condizionato da un rapporto comunicativo non paritario, conserva, rispetto alla costrizione, più ampi margini decisionali, che l’ordinamento impone di attivare per resistere alle indebite pressioni del pubblico agente e per non concorrere con costui nella conseguente lesione di interessi facenti capo alla pubblica amministrazione. Le Sezioni Unite hanno così stabilito che: *"il delitto di concussione, di cui all'art. 317 c.p. nel testo modificato dalla l. n. 190 del 2012, è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costrittivo 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, previsto dall'art. 319 quater cod. pen. introdotto dalla medesima l. n. 190, la cui condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno (sempre che quest'ultimo non si risolva in un'induzione in errore), di 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 motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico".*

5. L'elemento soggettivo

Per l'integrazione del delitto di concussione non è necessario che l'abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale determini uno stato soggettivo di timore per la vittima, ma è indispensabile che sussista una volontà prevaricatrice e condizionante in capo al pubblico ufficiale che si estrinsechi in una condotta di costrizione o di induzione qualificata, ossia prodotta con l'abuso della qualità o dei poteri, la cui efficacia causativa della promessa o dazione indebita ben può affidarsi a comportamenti univoci per il contesto ambientale e che altrimenti risulterebbero penalmente insignificanti, sfruttando il riferimento alle regole "codificate" nel sistema di illegalità imperante nell'ambito di alcuni settori di attività della pubblica amministrazione.

Deve essere esclusa la sussistenza del reato di concussione quando la prestazione promessa o effettuata dal soggetto passivo, a seguito di costrizione dell'agente, persegue esclusivamente i fini istituzionali dell'amministrazione e giovi esclusivamente ad essa, come nel caso in cui per consentire l'uso di un monumento storico per lo svolgimento di un concerto si richiedano biglietti omaggio allo scopo di reperire fondi per il restauro dell'edificio (Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 31978, in Cass. pen., 2004, p. 2809).

E' controversa la possibilità di configurare la concussione nella forma del dolo eventuale; una prima impostazione dottrinale esclude tale forma di dolo mentre altra corrente di pensiero la ammette, precisando che non potrà aversi concussione qualora il funzionario pubblico non volesse direttamente la coartazione o l'inganno, in quanto solo quando la condotta tende direttamente a questi due fini ricorre la nozione di costrizione di altri a fare o omettere a qualcosa.

6. Consumazione e tentativo

Il reato di concussione rappresenta una fattispecie a "duplice schema" perché si perfeziona alternativamente con la promessa o con la dazione indebita dell'utilità per effetto dell'attività di costrizione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che abusi della sua qualità e dei suoi poteri; da ciò conseguendo che, se la promessa e la dazione si susseguono, il momento consumativo si cristallizza nell'ultimo atto, venendo così a perdere di autonomia la promessa della dazione formulata dal soggetto passivo, perché con l'effettiva prestazione si concretizza l'attività concussiva e si approfondisce l'offesa tipica del reato, secondo un fenomeno assimilabile al reato progressivo.

Ai fini della configurabilità del tentativo di concussione, è sufficiente che siano stati posti in essere atti idonei a indurre taluno a dare o a promettere denaro o altre utilità, indipendentemente dal verificarsi dello stato di soggezione della vittima per effetto del metus publicae potestatis, bastando che la condotta del pubblico ufficiale abbia determinato una situazione idonea in astratto a generare quel timore; ne consegue che qualora la persona offesa

resista alla proposta non può parlarsi di inidoneità degli atti, né di desistenza, ma deve aversi riguardo alla adeguatezza della condotta rispetto al fine che l'imputato intendeva perseguire, potendosi configurare, in caso positivo, il tentativo di concussione.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che “Integra un'ipotesi di concussione tentata, e non consumata, l'abuso della qualità e dei poteri del pubblico ufficiale con induzione della vittima a promettergli la corresponsione di una somma di denaro, quando non vi sia stata da parte del soggetto passivo alcuna dazione, né una chiara ed inequivoca promessa di denaro, ma solo un comportamento di non espresso rifiuto, ovvero l'allegazione di una indisponibilità finanziaria” (Cass. pen., Sez. VI, 24 settembre 2009, n. 40518, in Ced, 2009).

Ancora: “Ai fini della configurabilità del tentativo di concussione, è necessaria l'oggettiva efficacia intimidatoria della condotta, mentre è indifferente il conseguimento del risultato concreto di porre la vittima in stato di soggezione, potendo quest'ultima determinarsi al comportamento richiesto per mero calcolo economico, attuale o futuro, o per altra valutazione di tipo utilitaristico” (Cass., sez. VI, 22 maggio 2009, n. 30764, in Ced, 2009).

7. La c.d. concussione ambientale

Con l'espressione “concussione ambientale”, figura stata elaborata dalla giurisprudenza, si vuole fare riferimento a quella peculiare fattispecie di concussione in cui il funzionario pubblico non pone in essere una condotta direttamente induttiva nei confronti del privato, ma tiene un contegno volto a rafforzare nello stesso, attraverso comportamenti suggestivi, ammissioni o silenzi, la convinzione di dover effettuare l'illecita dazione o promessa, sulla scorta di una prassi consolidata nell'ambiente di riferimento.

Ai fini dell'individuazione del requisito della volontà prevaricatrice e condizionante da parte dell'agente pubblico, in relazione a quella forma particolare di concussione per induzione che va sotto il nome di concussione ambientale, rilevano sia la cornice storico-fattuale idonea a rendere meno formale il comportamento condizionante del funzionario pubblico, che deve comunque sussistere ai fini della configurabilità del delitto di concussione, sia l'esistenza di un sistema di mercanteggiamento dei pubblici poteri in cui il privato liberamente si inserisce per trarne, mediante corruzione, illecito vantaggio.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare come, in tema di distinzione tra i reati di corruzione e concussione, non sia ravvisabile l'ipotesi della concussione c.d. “ambientale” qualora il privato si inserisca in un sistema nel quale il mercanteggiamento dei pubblici poteri e la pratica della “tangente” sia costante, in quanto viene a mancare completamente in lui lo stato di soggezione e il privato tende ad assicurarsi vantaggi illeciti, approfittando dei meccanismi criminosi e divenendo anch'egli protagonista del sistema (Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2002, n. 36551, in Cass. pen., 2005, p. 1238).

La figura della concussione ambientale è da escludere quando, in presenza di una situazione di abuso sistematico dei propri poteri da parte del pubblico ufficiale, nota al privato, quest'ultimo coscientemente si determini a dare o promettere alcunché onde trarre vantaggio da detta situazione, non verificandosi, in tale ipotesi, convergenza tra prevaricazione del pubblico ufficiale e stato di soggezione del privato, per cui venga ad essere impedita l'instaurazione, fra i due, di un rapporto paritario.

La suddetta figura sussiste, invece, quando si dia concreta prova di una situazione caratterizzata dall'esistenza di una convenzione tacitamente riconosciuta da entrambe le parti, che il pubblico ufficiale fa valere ed il privato subisce, nel contesto di una necessaria "comunicazione" resa più semplice nella sostanza e più sfumata nelle forme per il fatto di richiamarsi a condotte già "codificate". A tale fine, però, è sempre necessario verificare e valutare la singola vicenda, non essendo sufficiente l'accertamento che, all'epoca dei fatti, si vertesse in una situazione generale in cui la pretesa, da parte di soggetti proposti ad incarichi pubblici, di ricevere compensi in relazione alle decisioni da prendere fosse nota e considerata, sotto vari profili, stringente da parte dei privati (Cass. pen., Sez. VI, 13 aprile 2000, n. 11918, in Riv. pen., 2001, p. 268).

8. Rapporti con altri reati

Concussione e corruzione: Ai fini della individuazione degli elementi differenziali tra i reati di corruzione e di concussione, occorre avere riguardo al rapporto tra le volontà dei soggetti, che nella corruzione è paritario ed implica la libera convergenza delle medesime verso la realizzazione di un comune obiettivo illecito, mentre nella concussione è caratterizzato dalla presenza di una volontà costrittiva (o induttiva) del pubblico ufficiale, condizionante la libera formazione di quella del privato, il quale si determina alla dazione, ovvero alla promessa, soggiacendo all'ingiusta pretesa del primo solo per evitare un pregiudizio maggiore (Cass. pen., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 38650, in Ced, 2010).

Concussione e millantato credito: Sussiste il delitto di millantato credito, aggravato ex art. 61 n. 9 c.p., e non quello di concussione quando la vittima sia indotta a versare la somma di danaro solo perché raggirata dal pubblico ufficiale mediante la falsa rappresentazione di una situazione di grave pregiudizio e la proposta di comprare i favori di altri ignari e inesistenti pubblici ufficiali per ottenere un risultato a lei favorevole. In tal caso il fatto non è commesso mediante abuso della qualità o dei poteri, ma semplicemente con abuso degli stessi, in quanto l'abuso non assume una preminente importanza prevaricatrice dalla quale sia derivata una costrizione o, comunque, un'induzione del soggetto passivo all'ingiusta dazione della somma di danaro (Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2002, n. 30002, in Cass. pen., 2003, p. 1931).

Concussione ed estorsione aggravata: L'elemento di differenziazione tra concussione ed estorsione, viene indicato nelle modalità della condotta tenuta dal soggetto agente che ricadrà nella concussione ogni qualvolta la costrizione si svolga nelle forme dell'abuso della funzione.

Nel caso in cui, invece, la costrizione si svolge su altre violenze o minacce e l'abuso dei poteri si pone come momento ulteriore diretto a rafforzare l'efficacia della condotta vi sarà estorsione aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 9, c.p.

Concussione e istigazione alla corruzione: Ai fini della configurabilità del delitto di istigazione alla corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, il cui elemento oggettivo è compendiato nell'espressione onnicomprensiva della sollecitazione di promessa, dazione di danaro o altra utilità rivolta al privato dal pubblico ufficiale, occorre che la condotta di quest'ultimo, pur non integrando quell'aspetto significativo e pregnante di costrizione anche per induzione che caratterizza la concussione, si manifesti come forma di astuta e serpeggiante pressione psicologica sul privato, disposto, dal canto suo, a recepirla anche per tornaconto personale, in forza di una valutazione comparata di vantaggi e svantaggi, mirante ad evitare sanzioni per il proprio comportamento illegale. In tema di reati contro la p.a., nel caso di una richiesta, anche reiterata, di denaro da parte del pubblico ufficiale, che venga comunque rifiutata, non ricorre il delitto di concussione, neppure nella forma del tentativo, ma è configurabile il reato di istigazione alla corruzione, previsto dall'art. 322 comma 4 c.p., in quanto difettano gli elementi della costrizione o induzione nei confronti del privato, prodotta dal pubblico ufficiale con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri (Cass. pen., Sez. VI, 21 gennaio 2003, n. 11382, in Cass. pen., 2004, p. 2007).

Bibliografia essenziale

AA.VV., Codice penale (a cura di) T. Padovani, Milano, 2014;

Chiarotti F., voce Concussione, in Enc. Giur., VIII, Milano, 1961;

Fiandaca G. - Musco E., Diritto penale, Parte speciale, I, Bologna, 2006;

Pagliaro A., Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Milano, 2000;

Pioletti G., voce Concussione, in Dig. disc. pen., III, Torino, 1989;

Riccio S., voce Concussione, in Noviss. dig. it., III, Torino, 1957.

3. Art. 318 c.p. Corruzione per l'esercizio della funzione

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

Ott 5, 2018 | Diritto Penale, Dottrina | 0 |

DELITTI CONTRO LA PA : LA CORRUZIONE PER L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE

A cura del Dott. Alessandro Amaolo

In via preliminare, si rileva che il reato di corruzione per l'esercizio della funzione è una fattispecie a concorso necessario^[1], in cui la presenza di almeno due soggetti, il corrotto ed il corruttore, rappresenta un indefettibile elemento costitutivo dell'ipotesi delittuosa. La corruzione configura una tipica ipotesi di reato contratto dove il legislatore penale incrimina la stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive fra il corrotto ed il corruttore. Il predetto negozio giuridico si connota per la presenza in sé di profili di marcata illiceità per ciò che riguarda l'oggetto, considerato il principio generale di incommerciabilità delle funzioni pubbliche. In particolare, il disvalore della corruzione è senza eccezione rimesso nel "pactum sceleris", ovvero nella compravendita ed nello scambio di consensi dei protagonisti legati ad un compenso indebito.

Dunque, fatte queste brevi premesse, il testo normativo dell'articolo 318 codice penale, rubricato "Corruzione per l'esercizio della funzione", è il seguente: "Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni".

Il predetto articolo ha subito una continua evoluzione normativa rispetto alla sua originaria formulazione del 1930. Infatti, in conseguenza dei correttivi operati dalla legge 06 novembre 2012, n. 190 (nota come legge anticorruzione), l'art. 318 viene riformulato in modo da rendere più evidenti i confini tra le diverse forme di corruzione.

L'ultima modifica è stata apportata dall'articolo 1, comma 1, lettera e), Legge 27 maggio 2015, n. 69.

Nella nozione di utilità, presente all'interno del corpus dell'articolo in commento, è compreso qualsiasi vantaggio materiale o morale, patrimoniale e non patrimoniale, che abbia valore per il pubblico ufficiale.

Tuttavia, si osserva che i donativi^[2] di pura cortesia possono sicuramente escludere la sussistenza del reato previsto dall'articolo in commento.

Si tratta di un reato proprio, plurisoggettivo, in quanto richiede la partecipazione a più persone, di danno, di mera condotta, perché si perfeziona con l'esecuzione dell'azione antigiuridica ed a forma libera, giacché la condotta non viene tipizzata dalla legge. Inoltre, è configurabile il delitto di corruzione tentata nel caso, ad esempio, in cui la proposta del pubblico ufficiale dia luogo ad un inizio di trattative aventi ad oggetto il compenso da ricevere. Infatti, in tema di corruzione su proposta del pubblico ufficiale è ravvisabile il tentativo nell'ipotesi in cui tale proposta non venga senz'altro respinta, in modo da far sorgere trattative poi non concluse. In sostanza, attesa la forma bilaterale del reato di corruzione, il tentativo presume che alla parziale realizzazione dell' "iter criminis" abbiano partecipato entrambi i soggetti ossia che, costoro, venendo a contatto, abbiano intrapreso, senza concluderle, delle trattative specifiche sul mercimonio.

Il bene giuridico tutelato dall'articolo 318 c.p. è rappresentato dal dovere di fedeltà dei soggetti con qualifica pubblicistica verso la Pubblica Amministrazione. Invero, la Pubblica Amministrazione è intesa nel vigente codice penale in un'accezione piuttosto ampia, comprensiva in generale dell'attività dello Stato e degli enti pubblici territoriali o meno.

In sintesi, si può correttamente affermare che la norma in oggetto punta a tutelare l'ispirazione esclusiva delle pubbliche funzioni e dei pubblici servizi al migliore interesse pubblico collettivo.

La norma mira ad impedire ed a contrastare il mercanteggiamento della funzione pubblica; infatti, il carattere lesivo della condotta di corruzione è costituito dalla violazione del principio secondo cui gli atti dei soggetti pubblici non possono essere oggetto di compravendita privata. Più in particolare, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale incriminatrice in commento deve essere individuato anche nell'imparzialità dell'azione amministrativa, che viene lesa in quanto il pubblico agente, accettando la retribuzione per il compimento della sua attività doverosa, non è più estraneo agli interessi privati.

Sulla base delle precedenti considerazioni e riflessioni si deve correttamente ritenere che la persona offesa del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione è la Pubblica Amministrazione, interessata a che i propri atti non siano oggetto di mercimonio.

Il denaro o l'altra utilità devono essere indebite, ed sono tali quando il pubblico ufficiale non ha né il diritto, né la facoltà di riceverla, oppure quando viene corrisposta in misura maggiore di quanto dovuto.

Nella corruzione per l'esercizio della funzione il dolo del pubblico ufficiale consiste nella consapevolezza e nella volontà di ricevere per sé o per un terzo denaro o altra utilità (o accettarne la promessa) allo scopo di compiere un atto conforme ai propri doveri d'ufficio. In sostanza, viene richiesto un dolo specifico.

Inoltre, la corruzione per l'esercizio della funzione si consuma nel luogo e nel momento in cui il pubblico agente riceve la retribuzione o ne accetta la promessa.

Ai fini della configurazione giuridica di corruzione è irrilevante che sia stato il pubblico ufficiale a richiedere il denaro o il privato a offrire l'indebita utilità.

Ai fini della configurazione del reato di corruzione, per atto di ufficio (esercizio della funzione) deve intendersi non già l'atto formale di natura legislativa, amministrativa o giudiziaria, bensì un qualsiasi atto che costituisca concreto esercizio di poteri inerenti all'ufficio, e quindi anche un qualsiasi comportamento materiale che sia in rapporto di causalità con la retribuzione non dovuta. (Cassazione penale, sezione VI, sentenza 23 aprile 1990, n. 5843)

Secondo un insegnamento, molto lontano nel tempo, del giudice di legittimità: “Ad integrare il reato di corruzione non occorre una esplicita pattuizione e l'accordo fra i due soggetti può essere desunto dai fatti accertati. Il carattere bilaterale di tale figura di reato richiede l'indagine sull'elemento intenzionale dei partecipanti ai fini della loro colpevolezza, ma non esige che l'accettazione della richiesta di compenso, costituendo rapporto illecito, sia immune dai vizi della volontà previsti dal diritto privato”. (Cassazione penale, sezione VI, sentenza 25 marzo 1970, n. 759)

Il delitto di corruzione è reato di evento caratterizzato dalla particolarità di perfezionarsi alternativamente o con l'accettazione della promessa o con il ricevimento dell'utilità promessa: quando entrambi questi eventi si realizzano in logica successione temporale, il secondo non degrada a post factum irrilevante, giacché il reato si consuma in tal caso nel momento della dazione effettiva del compenso. (Cassazione penale, sezione VI, sentenza 26 luglio 1996, n. 7555)

In riferimento ai rapporti con altri reati, ai fini della individuazione degli elementi differenziali tra i reati di corruzione e di concussione, occorre avere riguardo al rapporto tra le volontà dei soggetti, che nella corruzione è paritario ed implica la libera convergenza delle medesime verso la realizzazione di un comune obiettivo illecito, mentre nella concussione è caratterizzato dalla presenza di una volontà costringente del pubblico ufficiale, condizionante la libera formazione di quella del privato. Infatti, quest'ultimo si determina alla dazione, ovvero alla promessa, soggiacendo all'ingiusta pretesa del primo solo per evitare un pregiudizio maggiore.

Sul concorso di persone nella corruzione per l'esercizio della funzione non sembrano porsi particolari problemi. Infatti, discende dai principi generali in materia di concorso, ex articolo 110 c.p., che risponde di concorso in corruzione passiva colui il quale collabori con il pubblico ufficiale perché questi accetti la retribuzione o altra utilità. Invece, risponde di concorso in corruzione attiva colui il quale collabora con il privato affinché questi dia o prometta la retribuzione al pubblico ufficiale.

Più in particolare, per concorrere alla corruzione occorre fornire un effettivo contributo, morale o materiale, al pactum sceleris tra il pubblico ufficiale e l'extraneus.

Restano ancora da analizzare alcune note procedurali relative al reato di peculato. Dunque, si tratta di un reato procedibile d'ufficio (art. 50 c.p.p.) in cui è prevista l'udienza preliminare (art. 416 c.p.p., 418 c.p.p.). Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, come mezzo di ricerca della prova, art. 266 c.p.p., possono essere consentite ed l'Autorità Giudiziaria competente è il Tribunale collegiale (art. 33-bis c.p.p.). La misura pre-cautelare dell'arresto è facoltativa in flagranza di reato (art. 381 c.p.p.), il fermo di indiziato di delitto non è consentito. Le misure cautelari personali^[3] (art. 280, 287 c.p.p.) possono essere consentite, così come la custodia cautelare in carcere.

In ultima analisi, si rileva che l'offensività del reato di corruzione è rappresentata dalla condotta antidoverosa del pubblico ufficiale, volta a compiere un vero e proprio mercimonio^[4] del proprio ufficio e, pertanto, a recare danno ai principi ed alle finalità che ispirano la sua base ordinamentale. In sintesi, la corruzione consiste nell'accordo (cd. pactum sceleris) tra un soggetto pubblico (intraneus) ed il privato (extraneus) avente ad oggetto la "compravendita" di un atto conforme ai doveri d'ufficio. Infine, proprio sulla base di tutte le precedenti riflessioni e considerazioni, è difficile negare che il buon andamento della Pubblica Amministrazione dipenda dall'osservanza di un dovere di probità dei soggetti pubblici oppure contraddire che un certo decoro, prestigio della p.a. non sia a sua volta del tutto irrilevante per il perseguimento dei fini istituzionali della p.a. a servizio della collettività.

(a cura del Dott. Alessandro Amaolo – Specializzato nelle Professioni Legali con indirizzo Giudiziario Forense ed abilitato all'esercizio della professione di avvocato)

[1] In tema di reati a «concorso necessario» (nella specie: corruzione), a seguito di una sentenza di assoluzione l'omesso appello del P.M. nei confronti di uno dei due imputati (nella specie: il corruttore) non comporta l'implicita ammissione dell'insussistenza del fatto-reato, necessariamente attribuito ad entrambi, poiché il P.M. ha facoltà di chiedere un nuovo esame delle risultanze processuali anche soltanto nei confronti di un solo imputato (nella specie: il corrotto). (Cassazione penale, sezione II, sentenza 29 febbraio 2008, n. 9167)

[2] Il delitto di corruzione non si configura, nel caso di donativi, soltanto se questi, per la loro modicità, escludono la possibilità di influenza sul compimento dell'atto d'ufficio, in modo da non apparire quale corrispettivo di quest'ultimo, previo giudizio di proporzione tra il dono e l'atto stesso. (Cassazione penale, sezione VI, sentenza 1 dicembre 1989, n. 16837)

[3] In materia di misure cautelari personali applicate per reati contro la pubblica amministrazione, la dismissal da parte dell'indagato dell'ufficio pubblico non esclude da sola la possibilità che lo stesso consumi reati della stessa specie, per tali intendendosi non fattispecie criminose analoghe, ma reati offensivi dello stesso bene giuridico; tale eventualità deve peraltro costituire oggetto di una specifica, sia pur sintetica motivazione. (Fattispecie in tema di corruzione). (Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 1995, n. 1221)

[4] Il delitto di corruzione appartiene alla categoria dei reati «propri funzionali» perché elemento necessario di tipicità del fatto è che l'atto o il comportamento oggetto del mercimonio rientrino nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto, nel senso che occorre che siano espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione esercitata da quest'ultimo, con la conseguenza che non ricorre il delitto di corruzione passiva se l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell'accordo illecito non comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabile, e invece sia destinato a incidere nella sfera di attribuzioni di pubblici ufficiali

terzi rispetto ai quali il soggetto agente è assolutamente carente di potere funzionale. (Cassazione penale, sez. VI, sentenza 5 ottobre 2006, n. 33435)

4. Art. 319 e 319 bis: 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 [32quater].

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[32quater].

Da Questione Giustizia

La sfuggente nozione di atto contrario ai doveri d'ufficio nei delitti di corruzione di Eugenio Fusco

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano

1. La crescente evanescenza dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nei fenomeni di grande corruzione – 2. La vendita della funzione tra corruzione propria e impropria – 3. Vendita della funzione e traffico di influenze illecite – 4. Riqualificazione del fatto e dinamiche corruttive, tra iura novit curia e rispetto delle garanzie convenzionali – 5. Fenomeni corruttivi e onere di rinnovazione dell'istruttoria in appello

1. La crescente evanescenza dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nei fenomeni di grande corruzione

La legge 6 novembre 2012, n. 190 (riforma Severino), oltre che introdurre una normativa preventiva, si poneva l'ambizioso obiettivo di mutare il volto della repressione penale della corruzione, rendendola più incisiva, non tanto attraverso l'inasprimento delle pene bensì intervenendo sulla struttura stessa delle fattispecie incriminatrici.

In particolare, l'art. 318 cp, in precedenza imperniato sul compimento di un atto dell'ufficio, reprime oggi la corruzione dell'intraneus «per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri». Viceversa, l'art. 319 cp continua a riferirsi al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o ritardo di un atto d'ufficio.

Oggi più di ieri è di grande attualità delineare i confini tra corruzione impropria e corruzione propria: il tema si lega alla sempre più sfuggente nozione di atto contrario ai doveri d'ufficio.

Solo in ambiti estremamente limitati – il riferimento è soprattutto agli episodi di “piccola corruzione” – è possibile individuare con certezza la contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale.

Capita anche – il riferimento è principalmente al settore degli appalti pubblici – che, alla configurabilità dell'atto contrario, si accompagni l'ipotizzabilità di ulteriori figure di reato strettamente connesse alla corruzione. In particolare, la rivelazione di segreto d'ufficio (art. 326 cp), la turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente (artt. 353, 353 bis cp), sovente contestate in concorso materiale/giuridico con la corruzione propria.

Ma la qualificazione giuridica della condotta si complica, enormemente, quando l'atto è discrezionale.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'atto discrezionale rientra nella nozione di atto contrario, ai sensi dell'art. 319 cp, se l'intraneus abbia esercitato il potere discrezionale rinunciando, preventivamente, ad una imparziale comparazione degli interessi in gioco, per raggiungere, comunque, un esito predeterminato, quand'anche, tale esito, coincida ex post con l'interesse pubblico; con la precisazione che la perfetta identità tra l'atto adottato e quello che sarebbe stato adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni esclude la qualificazione della condotta dell'intraneus nei termini di «atto contrario»[1].

Più complicato è definire l'atto contrario nell'ambito di attività manageriali: il riferimento è, evidentemente, ai manager di società pubbliche (o in controllo pubblico), dei quali si possa predicare la qualifica pubblicistica[2]. Gli atti manageriali sono connotati da margini ancora più ampi di discrezionalità rispetto alla tipica attività amministrativa a contenuto discrezionale; nel senso che il manager pubblico, illecitamente retribuito[3], potrà più agevolmente giustificare, adducendo valutazioni aziendali, le scelte adottate a vantaggio della parte che gliene ha remunerate.

Infine, la nozione di atto contrario è ancora più sfuggente nella corruzione internazionale (art. 322 bis cp), posto che la contrarietà ai doveri d'ufficio non può che essere valutata con riguardo alla legislazione del Paese straniero interessato[4].

Emblematico, in questo senso, il caso Finmeccanica: la vicenda verte sull'ipotizzata corruzione di pubblici ufficiali di Stati esteri, in relazione ad una gara d'appalto per l'acquisto di elicotteri, da parte del Governo indiano. La Corte d'appello di Milano ha giudicato conforme ai doveri d'ufficio l'atto ritenuto oggetto di mercimonio[5]: l'autorizzazione all'abbassamento – fatto poi confluire nel bando di gara – della quota operativa di volo, passata da 6000 a 4500 metri, che aveva consentito all'azienda italiana di partecipare alla gara. È interessante sottolineare come la Corte territoriale, ritenendo l'insussistenza di

«elementi di certezza per affermare – al di là di ogni ragionevole dubbio – che la riduzione della quota operativa fu scelta contraria all’interesse pubblico» ha riqualificato la corruzione contestata con riferimento all’art. 319 cp, sussumendola nella fattispecie di cui all’art. 318 cp.

A prescindere dalla divisibilità o meno di tale conclusione, che non è oggetto di queste riflessioni, quel che qui preme vieppiù rimarcare è quanto sia sfuggente la nozione di “atto contrario”.

Ad ulteriormente dimostrarlo sta il fatto che la riqualificazione della condotta dell’intraneus non è a “senso unico”: in un caso di grande attualità (è il procedimento penale nei confronti di un chirurgo ortopedico, di un ospedale pubblico che dietro compenso avrebbe favorito l’acquisto di protesi da parte di determinate società produttrici), il gip, nell’ordinanza applicativa di misura cautelare, ha inquadrato nel reato di cui all’art. 319 cp, fatti che, nella richiesta del pm, erano stati qualificati nei termini di «corruzione per l’esercizio della funzione». Il ragionamento seguito dal giudice: a) la messa a disposizione da parte del pubblico ufficiale; b) unitamente all’esercizio distorto del potere amministrativo discrezionale: l’indagato avrebbe favorito una importante multinazionale rimasta esclusa dall’accordo quadro per la fornitura di protesi all’ospedale; c) implicano la riconducibilità all’art. 319 cp dell’atto che, ancorché non illecito o illegittimo, prescinda consapevolmente dai doveri istituzionali di imparzialità e correttezza.

2. La vendita della funzione tra corruzione propria e impropria

Nella prassi, accade sovente che la retribuzione del pubblico ufficiale non sia finalizzata al compimento di uno specifico atto contrario. Piuttosto, si intende acquistare “in blocco” la funzione pubblica, di modo che il funzionario, per il futuro e per un numero indeterminabile di atti, si ponga stabilmente a disposizione del corruttore[6].

Capita peraltro di riscontrare anche casi di “lealtà multipla” del pubblico ufficiale, il quale vende contemporaneamente la funzione a gruppi privati aventi interessi potenzialmente in conflitto ma tali da poter essere “armonizzati”. Può accadere, anche, che l’intraneus compia atti formalmente legittimi, ma finalizzati a guadagnare tempo, proprio nell’attesa che si raggiunga un accordo corruttivo più articolato. Un esempio tratto dall’esperienza giudiziaria: il pubblico ufficiale, già a libro paga di un mediatore commerciale, riceve indicazione dalla politica che, al rinnovo del contratto, a seguito di gara da bandirsi alla scadenza del rapporto in corso di esecuzione, sarebbe preferibile assegnare la fornitura ad altra e “più sponsorizzata” azienda. Il funzionario informa di tale, ricevuta, indicazione il mediatore-corruttore, concordando, con lui, di esplorare la possibilità di coinvolgere l’altra ditta – quella “più sponsorizzata” – in un’ATI, in modo da accontentare tutti; e, per favorire l’intesa, rallenta la procedura di gara da bandire; e, a contratto scaduto, emette ripetuti provvedimenti di proroga, che, prescindendo dai motivi che li determinano, sarebbero perfettamente legittimi.

Dalla cronaca giudiziaria si ricava un'ulteriore, inedita, ipotesi di vendita della funzione. È il caso del privato che mette a libro paga il pubblico funzionario per la ritenuta necessità di acquistare un ticket d'ingresso per entrare "nel giro" che conta, quello dei privilegiati cui una importante stazione appaltante aggiudicherebbe, costantemente, le commesse. Qui il pagamento non è affatto finalizzato al compimento di uno specifico atto contrario, ma sarebbe condicio sine qua non per entrare in una cerchia ristretta di imprenditori disposti a non farsi la guerra ed a pagare per "mettersi in lista d'attesa", nella consapevolezza che arriverà il proprio turno, sempre all'esito di procedure ineccepibili, se si prescinde dalla dimostrazione dell'esistenza di siffatto network.

Circa la vendita della funzione, si confrontano – sul piano strettamente giuridico – due orientamenti contrapposti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario, la cosiddetta messa a libro paga del funzionario pubblico integra il delitto ex art. 318 cp, e non la più grave fattispecie di corruzione propria, salvo che la messa a disposizione non si sia tradotta nell'emanazione di uno specifico e ben individuato atto contrario ai doveri d'ufficio[7].

In questo senso – come si è osservato in dottrina – il rapporto tra gli articoli 318 e 319 cp andrebbe ricostruito in termini di specialità per specificazione: l'elemento specializzante dell'art. 319 cp sarebbe costituito, appunto, dal compimento di un ben individuato atto contrario ai doveri d'ufficio. Proprio il compimento dell'atto contrario, in quanto concretamente lesivo dell'imparzialità dell'amministrazione, giustificherebbe una più severa punizione dell'intraneus; viceversa, l'art. 318 cp dovrebbe intendersi come reato di pericolo, volto ad incriminare condotte meramente prodromiche rispetto ad una effettiva lesione del bene giuridico tutelato[8].

La conclusione – sostenibile in base al tenore letterale degli artt. 318 e 319 cp – appare contrastare con i principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità della pena. Se si assume l'imparzialità dell'amministrazione quale bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici in esame, la stabile messa a disposizione del pubblico ufficiale appare assai più lesiva del bene protetto rispetto al compimento di un singolo atto contrario; e, stante la maggior gravità della condotta, sarebbe irrazionale riservare alla vendita della funzione il più mite trattamento sanzionatorio ex art. 318 cp[9].

Tali considerazioni sembrano essere state recepite anche dalla giurisprudenza maggioritaria, successiva alla legge Severino. Si è così affermato che lo stabile asservimento del pubblico ufficiale al privato, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri d'ufficio non predefiniti né specificamente individuabili ex post, integra il reato ex art. 319 cp, e non il meno grave reato di corruzione impropria[10].

Si giunge a tale conclusione sulla base, evidentemente, di una nozione lata di atto contrario ai doveri d'ufficio. Si afferma infatti che l'atto oggetto dell'accordo corruttivo non deve essere individuato nei suoi connotati specifici. È invece sufficiente che esso sia individuabile in funzione della competenza e della concreta sfera di intervento del pubblico ufficiale, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di singoli atti non preventivamente fissati e programmati, ma appartenenti al genus previsto[11].

In quest'ottica, l'art. 318 cp assumerebbe una portata non già generale bensì residuale. La corruzione impropria sarebbe cioè configurabile soltanto con riferimento alla vendita della funzione per atti conformi ai doveri d'ufficio. Ed in questa prospettiva si colloca la maggioritaria giurisprudenza secondo cui deve ritenersi contrario ai doveri d'ufficio non solo l'atto illecito (perché vietato da norme imperative) o illegittimo (perché viziato da invalidità), ma anche quello, che, pur formalmente regolare, prescinda, per volontà del pubblico ufficiale, dall'osservanza di doveri istituzionali espressi in norme di qualsiasi livello, compresi i doveri costituzionali di correttezza e imparzialità[12].

Si tratta di un orientamento conforme a quanto la Cassazione ha sancito in materia di abuso d'ufficio. Secondo i giudici di legittimità, infatti, la nozione di violazione di legge ex art. 323 cp è idonea a ricomprendere anche l'esercizio dell'attività amministrativa inosservante dei canoni di imparzialità e buon andamento posti dall'art. 97 Cost., che impone ai pubblici funzionari di non usare il proprio potere per elargire indebiti favoritismi[13].

3. Vendita della funzione e traffico di influenze illecite

La sfuggente nozione di atto contrario ai doveri d'ufficio si riflette, altresì, sull'interpretazione e sull'ambito di operatività del traffico di influenze illecite (art. 346 bis cp).

L'introduzione della nuova fattispecie, ad opera della legge n. 190 del 2012, è volta a reprimere l'attività di intermediazione finalizzata ad incidere sull'esercizio della funzione pubblica.

In particolare, il traffico di influenze illecite sanziona fenomeni di triangolazione, in cui entrano in gioco un privato, interessato ad acquistare l'illecita influenza sull'intraneus, il mediatore, ed il soggetto pubblico.

È noto che, secondo la giurisprudenza di legittimità, il delitto di cui all'art. 346 bis cp si differenzia dalla corruzione per la connotazione causale del prezzo, destinato a retribuire soltanto l'opera del mediatore: la somma ricevuta non può, dunque, essere destinata nemmeno in parte all'agente pubblico[14]. Del resto, la clausola di riserva ex art. 346 bis cp esclude dall'area di operatività della norma le ipotesi di concorso nei delitti ex artt. 319 e 319 ter cp.

La clausola di riserva non ricomprende però l'art. 318 cp, e la remunerazione dell'intermediario è finalizzata al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, o

all'omissione o ritardo di un atto d'ufficio: la norma reprime, dunque, la sola mediazione strumentale alla corruzione propria[15].

Ma possono ricorrere casi di dubbia qualificazione giuridica: si pensi all'ipotesi in cui il privato prometta al mediatore denaro o altra utilità per remunerare la mediazione ovvero per remunerare il pubblico ufficiale, la cui funzione si intende acquistare, senza peraltro individuare singoli, specifici atti contrari. La condotta, così descritta, avrà rilevanza penale solo se – in linea con la giurisprudenza maggioritaria in materia di corruzione – si sussume la vendita della funzione nel paradigma dell'art. 319 cp[16].

4. Riqualficazione del fatto e dinamiche corruttive, tra iura novit curia e rispetto delle garanzie convenzionali

La giurisprudenza – anche alla luce delle evidenziate difficoltà in punto di distinzione tra atto contrario e esercizio della funzione – ammette, pacificamente, la riqualficazione del fatto da corruzione propria a corruzione impropria, senza che ne risulti violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza ex art. 521 cpp. Al riguardo, si valorizza la frequente comunanza di un nucleo fattuale omogeneo tra corruzione propria e impropria.

La tematica è stata di recente affrontata e risolta dalla Cassazione proprio in relazione al già citato caso Finmeccanica (n. 1464/2017). Si è in particolare affermato che, in tema di correlazione fra imputazione e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta, nella quale sia stata riassunta l'ipotesi astratta prevista dalla legge, così da determinare un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione, da cui scaturisca un reale pregiudizio per i diritti della difesa. Viceversa, tra la corruzione propria e quella impropria vi è – come afferma la Cassazione – un rapporto di continenza: pertanto, la contestazione della prima lascia un ampio margine per la qualificazione giuridica del fatto, in sede di decisione, come corruzione ex art. 318 cp.

La riqualficazione, inoltre, non è stata ritenuta incompatibile con i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Drassich c. Italia[17]. Al proposito, si è valorizzato il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui non si ha alcuna violazione convenzionale qualora la nuova definizione del reato appaia uno dei possibili epiloghi decisori del giudizio, secondo uno sviluppo interpretativo assolutamente prevedibile, o comunque quando l'imputato o il suo difensore abbiano avuto nella fase di merito la possibilità di interloquire sul punto[18].

In questo quadro, vi è da chiedersi se la riqualficazione possa essere operata anche in senso inverso, ossia dall'art. 318 all'art. 319 cp.

È stata già menzionata l'ordinanza con la quale il giudice delle indagini preliminari di Milano (nel procedimento nei confronti di un chirurgo ortopedico, di un ospedale pubblico che dietro compenso avrebbe favorito l'acquisto di protesi da parte di determinate società produttrici) ha riqualificato in corruzione propria fatti che erano stati contestati come corruzione propria.

A sostegno della legittimità della riqualificazione – anche al di fuori del procedimento cautelare – si può richiamare l'iter argomentativo recentemente sviluppato dalla Cassazione rispetto ai rapporti tra induzione indebita a dare o promettere utilità e concussione[19].

Questi i fatti di causa: esercitata l'azione penale per il delitto di concussione per induzione ex art. 317 cp ante legge Severino, l'imputato veniva assolto in appello, in riforma della condanna di primo grado; la sentenza della Corte territoriale veniva successivamente annullata con rinvio dalla Cassazione. Il giudice del rinvio, nel mutato quadro normativo a seguito della riforma del 2012, condannava per concussione, e non per il reato di cui all'art. 319 quater cp, sulla base della ritenuta natura costringente della condotta ascritta all'imputato.

La Cassazione ha confermato la sentenza del giudice del rinvio ritenendo che nella operata riqualificazione: a) non vi fosse, una strutturale modifica del contenuto dell'incolpazione; b) non vi fosse incompatibilità con il dictum della Corte europea dei diritti dell'uomo, stante la prevedibilità dell'esito decisorio. I giudici della Cassazione hanno altresì stabilito che la riqualificazione non viola né il diritto di difesa dell'imputato, quando quest'ultimo abbia la possibilità di dolersene in sede di legittimità, né il principio fissato dall'art. 597, comma 3 cpp: il divieto di reformatio in peius, infatti, fa salva la possibilità del giudice di appello di dare al fatto una definizione giuridica più grave.

5. Fenomeni corruttivi e onere di rinnovazione dell'istruttoria in appello

Le difficoltà di qualificazione finora evidenziate suggerirebbero di abbandonare la distinzione tra corruzione propria ed impropria. Si potrebbe piuttosto configurare una fattispecie unitaria di corruzione, con un edittale da rideterminare, tenendo conto che non è l'entità della pena a creare deterrenza, quanto l'effettività nell'applicazione della norma. Tale fattispecie unitaria potrebbe, inoltre, assorbire le ulteriori ipotesi autonome di corruzione, quali la corruzione in atti giudiziari e la corruzione internazionale: al riguardo, anziché a fattispecie autonome di reato, si potrebbe pensare alla previsione di corrispondenti circostanze aggravanti.

Una razionalizzazione del quadro normativo in materia potrebbe anche ridurre il fenomeno – non infrequente nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione – del ribaltamento in appello della sentenza di primo grado. Un ribaltamento che, qualora si traduca in una condanna, pone oggi delicati problemi, nel caso in cui il giudice di seconde cure non abbia disposto la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Il tema si è proposto nella sua gravità nel caso Finmeccanica.

La Corte di cassazione ha infatti annullato la sentenza d'appello, poiché quest'ultima, in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, era pervenuta ad un giudizio di condanna senza la rinnovazione dell'istruttoria.

La Corte di cassazione si è uniformata ai principi enunciati dalle Sezioni unite Dasgupta[20].

Le Sezioni unite hanno sancito che, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può condannare, senza avere proceduto, anche d'ufficio (art. 603, comma 3, cpp) a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso la riassunzione delle prove dichiarative ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado. L'omessa rinnovazione delle prove è sindacabile in cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1 cpp[21].

La soluzione adottata dalle Sezioni unite suscita preoccupazione: ancorché l'obbligo di rinnovazione interessi le sole prove decisive[22], non è da escludere che, per evitare censure in sede di legittimità, i giudici d'appello dispongano automaticamente la riapertura dell'istruttoria. Da ciò deriverebbe una sistematica dilatazione dei tempi del giudizio d'appello, con inevitabili riflessi anche in tema di prescrizione del reato. Il rischio, in definitiva, è quello di ottenere l'effetto che si voleva attraverso l'introduzione dell'inappellabilità da parte del pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento (l. 20 febbraio 2006, n. 46), dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza 6 febbraio 2007, n. 26[23].

[1] Cass., sez. VI, sent. 3 febbraio 2016, n. 6677, rv. 267187; Cass., sez. VI, sent. 4 febbraio 2014, n. 23354, rv. 260533.

[2] Vds. fra le tante Cass., sez. VI, sent. 21 marzo 2003, n. 11417, rv. 224050.

[3] Per i manager pubblici, all'evanescenza della nozione di atto contrario si accompagna una crescente diversificazione e dematerializzazione delle forme di utilità date o promesse. In un recente caso giudiziario, che vedeva imputato davanti al Tribunale di Milano l'ex direttore generale di Infrastrutture Lombarde Spa le utilità contestate consistevano nel concreto interessamento di alcuni esponenti politici per una favorevole ricollocazione professionale dell'amministratore in altro ente pubblico.

[4] Per tacere delle difficoltà nel verificare la sussistenza, in capo al soggetto straniero corrotto, della qualifica di pubblico ufficiale ex art. 322 bis cp: sul punto, V. Mongillo, La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative, in Dir. pen. proc., 2016, pp. 1236-1237.

[5] V. Mongillo, *Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1623 ss.

[6] Il fenomeno è riscontrato nel *Bilancio di responsabilità sociale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, anno 2016*, in www.procura.milano.giustizia.it, p. 43.

[7] In questo senso vds. Cass., sez. VI, sent. 25 settembre 2014, n. 49226, rv. 261352.

[8] M. Catenacci, *I delitti di corruzione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato teorico – pratico di diritto penale*, a cura di F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino, 2011, pp. 95 ss.

[9] In questo senso, C. Benussi, sub art. 318 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. L. Gatta, Milano, 2015, p. 220.

[10] Cass., sez. VI, sent. 11 febbraio 2016, n. 8211, rv. 266510; Cass., sez. VI, sent. 23 febbraio 2016, n. 15959, rv. 266735; Cass., sez. VI, sent. 25 settembre 2014, n. 47271, rv. 260732.

[11] Cass., sez. feriale, sent. 13 agosto 2012, n. 32779, rv. 253487.

[12] Cass., sez. VI, sent. 14 maggio 2009, n. 30762, rv. 244530.

[13] Cass., sez. II, sent. 27 ottobre 2015, n. 46096; Cass., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816; Cass., sez. VI, sent. 24 giugno 2014, n. 37373.

[14] Cass., sez. VI, sent. 27 giugno 2013, n. 29789, Rv. 255618.

[15] In questo senso F. Cingari, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, p. 483, 2015; F. Prete, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 dicembre 2012, pp. 6-7.

[16] C. Benussi, sub art. 346 bis c.p., in *Codice penale commentato*, cit., p. 876.

[17] Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*. Come noto, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 6 parr. 1 e 3 lett. a) e b) Cedu, in un caso in cui la Cassazione aveva operato una riqualificazione dall'art. 319 all'art. 319 ter cp. La riqualificazione, imprevedibilmente avvenuta in sede di legittimità, avrebbe infatti leso il diritto dell'imputato di essere informato in tempo della natura e dei motivi dell'accusa e, conseguentemente, del diritto a godere delle condizioni necessarie a preparare la difesa.

[18] Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 31617, Lucci; Cass., sez. V, 7 ottobre 2014, n. 4169; Cass., sez. V, 6 maggio 2014, n. 48677.

[19] Cass., sez. II, 9 ottobre 2014, n. 46401.

[20] Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta.

[21] *L'assunto è stato di recente ribadito dalle Sezioni unite: in particolare, sulla scia di un obiter dictum della sentenza Dasgupta, il supremo collegio ha esteso l'obbligo di rinnovazione al giudizio abbreviato d'appello, nonostante la fisiologia del rito speciale non contempli in primo grado l'assunzione in contraddittorio della prova (Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano). La pronuncia non ha dunque avallato le considerazioni dell'Avvocato generale della Corte di cassazione, secondo cui la rinuncia al contraddittorio in primo grado osta ad una estensione al giudizio abbreviato d'appello dei principi esposti dalle Sezioni unite Dasgupta.*

[22] *Secondo le Sezioni unite Dasgupta, sono decisive le prove che hanno contribuito all'esito assolutorio in primo grado e che, se espunte dal compendio probatorio, sono in grado di incidere sull'alternativa tra proscioglimento e condanna; nonché le prove ritenute di scarso o nullo valore dal giudice di primo grado, e che siano invece rilevanti per l'appellante ai fini della condanna.*

[23] *La legge Pecorella si fondava tra l'altro sull'assunto secondo cui non sarebbe ammissibile che una decisione di proscioglimento, emessa da un giudice avente un rapporto diretto con le prove, possa essere ribaltata dal giudice d'appello, che con le stesse prove ha un rapporto solo mediato. La Corte, per quanto in un obiter dictum, non ha condiviso il ragionamento: si è infatti evidenziato che «l'ipotizzata distonia del sistema – ove effettivamente riscontrabile – sussisterebbe anche in rapporto alle sentenze di condanna, per le quali il pubblico ministero mantiene il potere di appello, avuto riguardo alla possibile modifica in peius della decisione da parte del giudice di secondo grado come conseguenza di divergenti valutazioni di fatto (le quali portino, ad esempio, al mutamento del titolo del reato o al riconoscimento di una circostanza aggravante)».*

22 giugno 2017

5. Art. 319 ter c.p. Corruzione in atti giudiziari

Se i fatti indicati negli artt. 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.

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 .

L'atto giudiziario ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 319-ter cp

02 settembre 2013 - Anna Ciliberti

La sentenza n. 24349/2012 della Cassazione Penale, Sez. VI, contiene spunti di notevole interesse che inducono ad approfondire tematiche molto attuali ed oggetto di numerose decisioni.

Un'analisi di tale sentenza non può prescindere da un preliminare esame della fattispecie disciplinata dall'art. 319 ter del codice penale.

L'art. 319 ter del c.p. rubricato "corruzione in atti giudiziari" è una figura di reato che ha natura plurisoggettiva a struttura bilaterale, il cui elemento soggettivo è costituito da un fatto di corruzione propria (art. 319 c.p.) o impropria (art. 318 c.p.) commesso "per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo".

Per la configurabilità della corruzione giudiziaria, secondo l'attuale formulazione della fattispecie, non occorre il raggiungimento dell'obiettivo ma basta che l'atto corruttivo sia finalizzato a favorire o a danneggiare una parte processuale; cosicché che il favore o il danno della parte si atteggiavano a contenuto del dolo specifico del soggetto agente.

Il reato di corruzione in atti giudiziari è un reato proprio: soggetti attivi sono i pubblici ufficiali.

*Sembra da escludere che soggetti attivi possano essere anche gli incaricati di pubblico servizio, in quanto l'art. 320 omette di richiamare l'art. 319-ter; questa esclusione d'altra parte può trovare giustificazione considerando che soltanto i pubblici ufficiali rivestono una posizione in grado di influenzare il contenuto delle decisioni giudiziarie (Fiandaca-Musco, *Delitti contro la pubblica amministrazione, Diritto penale- parte speciale*, Zanichelli Editore, pagg.234 e ss). Per la nozione di pubblico ufficiale occorre far riferimento all'art. 357 c.p. il quale stabilisce che sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.*

Ciò che veramente rileva è l'esercizio oggettivo della funzione.

Il secondo comma dell'art. 357 c.p. si preoccupa, altresì, di precisare la nozione di pubblica funzione amministrativa, definendola come quella funzione "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 e certificativi".

Fatte queste preliminari osservazioni, passiamo all'esame della sentenza oggetto del presente commento.

La sentenza in commento riguarda il caso di un cancelliere il quale, attraverso l'assegnazione irregolare dei processi tramite manipolazione dei criteri automatici di assegnazione, faceva assegnare ai giudici onorari compiacenti le pratiche giudiziarie di alcuni avvocati. Sia in primo grado sia in appello i giudici hanno condannato l'imputato, ritenendo sussistente nel caso de quo la fattispecie di cui all'art. 319-ter.

Avverso la sentenza di appello è stato presentato ricorso per Cassazione basato, in particolare, sui seguenti motivi: insussistenza di atto giudiziario commesso per favorire o danneggiare una parte in un processo; insussistenza di un atto di ufficio riconducibile alla sfera di competenza del pubblico ufficiale corrotto

Sul ricorso de quo si è pronunciata la VI Sez. della Corte di Cassazione, la quale seguendo e confermando quanto già affermato dalla sentenza n. 44971/2005 Cass., ha puntualizzato che ai fini della sussistenza dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, non è necessario che l'atto richiesto al pubblico ufficiale in cambio di un vantaggio indebito debba essere in sé illegittimo (Cass. n. 44971/2005, Rv. 233505, Caristo), giacché ciò che rileva è che esso sia contrario ai doveri dell'ufficio e che risulti confluyente in un atto giudiziario destinato ad incidere negativamente sulla sfera giuridica di un terzo. In sostanza ciò che rileva non è la mera verifica della regolarità formale del provvedimento, ma la contaminazione del libero ed indipendente esercizio della funzione giurisdizionale. Principio quest'ultimo già espresso nelle precedenti sentenze della Cass. n. 44971/2005, n. 23024/2004.

*Ha chiarito la Corte che **“L'atto d'ufficio oggetto del patto corruttivo può essere inteso sia come atto formale, sia come attività che costituisce estrinsecazione dei poteri-doveri inerenti l'ufficio ricoperto o la funzione in concreto esercitata, potendosi risolvere 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”.***

Secondo gli ermellini non è necessario neppure che il corrotto abbia una competenza specifica ed esclusiva in relazione all'atto da compiere, essendo sufficiente una competenza generica, che gli derivi dall'appartenenza all'ufficio o dalla funzione di rilievo pubblicistico in concreto esercitata e che gli consenta di interferire o comunque influire sull'emanazione dell'atto. Tale ragionamento è in linea con quanto già in precedente affermato dalla Corte di Cassazione, la quale più volte ha affermato che ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319-ter cod. pen., deve considerarsi atto giudiziario non soltanto l'atto del giudice, bensì l'atto funzionale ad un procedimento giudiziario, sicché rientra nello stesso anche la deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale (Cass. Sez. U, n. 15208/2010) e l'atto del direttore sanitario presso una casa circondariale, anche se non legato dall'Amministrazione Penitenziaria da un rapporto di pubblico impiego (Cass. n. 10443/2012). A tali casistiche la sentenza in esame ne include un'altra stabilendo che rientra nella fattispecie di cui agli art.

319 ter c.p. l'atto del funzionario di cancelleria, collocato nella struttura dell'ufficio giudiziario, che esercita un potere idoneo ad incidere sul suo concreto funzionamento e sull'esito del procedimento giudiziario.

La sentenza in oggetto ha il merito di meglio chiarire i margini di applicabilità dell'art. 319-ter e del ragionamento seguito dai giudici di legittimità nell'individuazione delle casistiche che integrano la fattispecie di corruzione in atti giudiziari.

In particolare, l'affermazione secondo la quale ai fini della configurabilità del delitto disciplinato dall'art. 319-ter è atto giudiziario quello funzionale ad un procedimento giudiziario si rileva di particolare importanza per stabilire la sussistenza del delitto in esame nei casi concreti.

In sostanza, alla luce della sentenza n. 24349/2012, l'atto giudiziario non è solo l'atto formale, ma qualsiasi attività che costituisce estrinsecazione dei poteri-doveri inerenti all'ufficio ricoperto o la funzione in concreto esercitata e che sia funzionale ad un procedimento giudiziario. In tale concezione di atto giudiziario vi rientra sicuramente l'atto del funzionario di cancelleria, il quale esercita una funzione idonea ad incidere sul funzionamento dei processi.

6. Art. 319 quater c.p.. Induzione indebita a dare o promettere utilità

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.

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.

Induzione indebita a dare o promettere utilità: l'art. 319 quater c.p.

A cura di: dott.ssa Laura De Rosa

Nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, disciplinati nel Titolo II del Libro II del codice penale, figura problematica per la difficoltà di inquadramento dogmatico è senz'altro il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità.

Premessa indispensabile ai fini dello studio del reato in esame è che l'art. 319 quater c.p. è stato introdotto dalla legge anticorruzione 190/2012, con la quale il Legislatore ha apportato importantissime modifiche alla categoria dei reati con la Pubblica Amministrazione al fine di inasprire i mezzi repressivi del fenomeno del mercanteggiamento della pubblica funzione. L'art. 319 quater c.p. nasce, in particolare, dallo smembramento del delitto di concussione ex art. 317 c.p. che, punendo prima della riforma il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico

servizio il quale, “abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o un terzo, denaro o altra utilità”, poteva essere indifferentemente integrato da una condotta costrittiva o induttiva. Con l’intervento della legge anticorruzione, l’art. 317 c.p. continua a punire esclusivamente la concussione per costrizione, mentre la fattispecie di induzione indebita è confluita nel novello art. 319 quater c.p. Tale “smembramento” ha comportato inevitabilmente difficoltà di inquadramento dogmatico del reato di induzione indebita, nonché numerosi problemi interpretativi quanto al profilo della successione delle leggi nel tempo e di configurabilità del tentativo.

Quanto all’induzione per costrizione ex art. 317 c.p., non si può negare che la nuova norma sia perfettamente sovrapponibile a quella precedente alla riforma, continuando a figurare una fattispecie plurisoggettiva impropria in cui l’accordo è frutto di una cooperazione artificiosa con la vittima. La concussione, difatti, non punisce il contratto criminoso in sé – come nell’ipotesi di corruzione – ma le modalità aggressive con cui esso viene concluso, richiamando l’espressione “costringe” ad una condotta di minaccia e violenza, senza cui evidentemente il soggetto passivo non sarebbe stato determinato a concludere l’accordo criminoso. Ciò determina il delitto di concussione per costrizione quale c.d. reato in contratto in contrapposizione ai c.d. reati contratto, in cui elemento costitutivo è proprio la stipulazione di un accordo criminoso. Nella concussione per costrizione, dunque, soggetto attivo e soggetto passivo non si trovano su un piano di parità, come invece il corruttore e il corrotto nella fattispecie corruttiva, ma la volontà della controparte risulta eterodeterminata dalla condotta minacciosa o violenta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, tant’è che talvolta con riferimento all’ipotesi di cui all’art. 317 c.p. si parla “estorsione qualificata”. Allora l’illecito ex art. 317 c.p. risulta essere plurioffensivo in quanto lede non solo il prestigio, l’imparzialità e il buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), ma anche il bene interesse privato della libertà di autodeterminazione.

L’art. 319 quater c.p., invece, punisce con la pena della reclusione da sei a dieci anni e sei mesi 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 un terzo, denaro o altra utilità”, salvo però che il fatto non costituisca più grave reato. Il secondo comma, poi, punisce con una pena più lieve (reclusione fino a tre anni) chi dà o promette denaro o altra utilità nell’ipotesi di cui al primo comma. Nell’induzione indebita manca, dunque, come spiegato dalla Cassazione a Sezioni Unite 12228/2014 (Maldera) l’elemento della coazione, potendo consistere l’induzione in condotte persuasive, allusioni, suggestioni, ect., che però non assumono mai i connotati della violenza o della minaccia. Sembra, allora, che il soggetto passivo della fattispecie criminosa ex art. 319 quater c.p. abbia un margine decisionale ben più ampio rispetto al soggetto costretto nell’ipotesi di concussione, sicché la punibilità di chi dà o promette denaro o altra utilità viene giustificata in base alla considerazione che il disvalore giuridico

starebbe proprio nel fatto che costui ha profittato dell'abuso per conseguire un vantaggio indebito.

Nonostante l'autorevole intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite, dubbi interpretativi continuano a sussistere in dottrina e giurisprudenza con riguardo alla struttura tipica della fattispecie. In particolare, tre sono le ricostruzioni operate che inevitabilmente incidono sulle questioni della continuità normativa con l'art. 317 c.p. ante riforma e della configurabilità del tentativo.

Una prima tesi, fatta propria dalle Sezioni Unite 2918/2014, ricostruisce l'induzione ex art. 319 quater c.p. come una fattispecie unitaria, specificamente la qualifica quale reato plurisoggettivo a concorso necessario proprio. In particolare, secondo tale teoria il privato non è vittima dell'induzione indebita, bensì concorrente, sicché il disvalore della sua condotta non sta tanto nel non aver resistito all'abuso esercitato dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio agendo così immoralmente, quanto "soprattutto nel fatto di aver profittato di tale abuso per perseguire un vantaggio ingiusto". Il pubblico agente, d'altra parte, pone in essere una condotta a metà strada tra la condotta costrittiva tipica della concussione ex art. 317 c.p. e l'adesione ad un accordo criminoso tipica, invece, della corruzione. L'ipotesi delittuosa ex art. 319 quater c.p. sarebbe caratterizzata, allora, dalla combinazione di due fattispecie, la "concussione attenuata" commessa dal pubblico agente induttore e la "corruzione mitigata dall'induzione" commessa dal privato indotto, che l'art. 319 quater c.p. pone in stretta correlazione, sicché l'induzione si pone come una fattispecie a concorso necessario. Tale tesi sembrerebbe essere avvalorata sia dai lavori preparatori, in cui evidente è la volontà del legislatore di avvicinare l'induzione indebita alla corruzione, sia dalla collocazione sistematica della norma. Senonché non si può non evidenziare come nell'induzione indebita, contrariamente che nelle fattispecie a concorso necessario proprio, i soggetti non pongono in essere condotte corrispondenti nella chiara consapevolezza della loro reciproca strumentalità sicché unitaria è l'offesa prodotta e la sanzione prevista. Al contrario, primo e secondo comma dell'art. 319 quater c.p. attribuiscono pene diverse all'induttore e all'indotto, per cui evidente è che i due soggetti non si pongono su un piano di parità. A ciò devono aggiungersi le problematiche in merito alla configurabilità del tentativo, nonché la difficoltà di affermare la continuità normativa di tale fattispecie con quella ex art. 317 c.p. ante riforma.

Secondo un'altra tesi, invece, l'art. 319 quater c.p. individua due fattispecie monosoggettive autonome: al primo comma l'induzione indebita del pubblico ufficiale (prima della riforma del 2012 disciplinata dall'art. 317 c.p.) e al secondo comma la corruzione attenuata dalla induzione del privato, nuova fattispecie corruttiva. Le due condotte dell'agente pubblico e del privato, infatti, si perfezionerebbero autonomamente in momenti idealmente successivi. Pure tale dottrina è andata incontro ad aspre critiche, specialmente laddove si sottolinea come la condotta del privato presa in considerazione dal secondo comma non possa mai essere considerata come fattispecie monosoggettiva: la corruzione, difatti, postula sempre l'accordo

tra due o più parti, sicché non può essere immaginata una corruzione del privato attenuata dalla induzione senza definire in termini corruttivi anche la condotta del pubblico ufficiale.

Infine, una terza tesi individua nel primo comma una fattispecie monosoggettiva, quale è quella della concussione indotta (precedentemente disciplinata dall'art. 317 c.p.), e nel secondo comma una fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario proprio. Ciò in quanto il primo comma descrive una fattispecie che postula una bilateralità imperfetta, tipica dei reati a concorso necessario improprio. Allora il privato indotto non è concorrente nel reato commesso dall'agente pubblico, ma egli pone in essere un diverso reato riconducibile nell'ambito della "corruzione indotta" ed è questa fattispecie delittuosa che il comma punisce con una sanzione diversa e meno grave di quella prevista al primo comma. La corruzione indotta si distingue, dunque, dalla induzione per costrizione perché nell'ipotesi dell'art. 317 c.p. vi è l'elemento costringitivo della violenza o minaccia, mentre nell'ipotesi del 319 quater c.p. il privato è meramente condizionato nella libertà di autodeterminazione. D'altra parte, la corruzione indotta si differenzia pure dalla corruzione perché nella corruzione il conseguimento di un vantaggio indebito è esplicitato nella norma incriminatrice, mentre nell'art. 319 quater c.p. è implicito nell'induzione commessa dal soggetto pubblico.

Conclusione di questa impostazione è che con l'art. 319 quater c.p. il Legislatore del 2012 non ha inteso introdurre una nuova fattispecie dalla natura intermedia tra corruzione e concussione, ma al contrario ha voluto disciplinare due diverse fattispecie, ovvero induzione indebita alla corruzione al primo comma e corruzione indotta al secondo comma (cfr. R. Galli 2017). Tale punto di approdo permette sia di affermare la continuità della norma in esame con la fattispecie delittuosa precedentemente disciplinata dall'art. 317 c.p., sia di ammettere la configurabilità del tentativo.

Ad ogni modo, la diatriba intorno alla ricostruzione dogmatica della fattispecie ex art. 319 quater c.p. non è ancora conclusa in termini definitivi, seppure la giurisprudenza sembrerebbe più orientata ad accogliere la teoria della pluralità di fattispecie, l'una monosoggettiva, l'altra plurisoggettiva.

7. Art. 320 e 321 c.p. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio anche con riferimento al corruttore.

Le disposizioni degli artt. 318 e 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio .

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore ad un terzo [32 quater].

Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'art. 319, nell'art. 319 bis, nell'articolo 319 ter e nell'art. 320 in relazione alle suddette ipotesi degli

artt. 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro o altra utilità [32 quater]

8. Art. 322 c.p. 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'art. 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio a 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'art. 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 (4).

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 ad altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'art. 319 [32quater] (5).

Di Claudia Ercolini

Nel nostro ordinamento vige un principio generale espresso dall'art. 115, comma 3, c.p. in base al quale si esclude la punibilità della condotta di istigazione a commettere un reato "se la istigazione è stata accolta ma il reato non è stato commesso". La ratio della norma è quella di sancire l'irrilevanza penale dei soli propositi criminosi in aderenza al principio, cardine nel sistema penale, di necessaria offensività, che trova il suo referente normativo negli articoli 25 e 27 della Costituzione. In base a tale principio il reato può essere considerato tale solo qualora integri una effettiva offesa in termini di lesione o messa in pericolo del bene-interesse protetto, pertanto la mera sollecitazione "sterile" a commettere un reato non integra il "minimum" di offesa penalmente rilevante. [1]

Tuttavia il legislatore ha derogato a tale principio, individuando alcune ipotesi in cui la condotta di sollecitazione integra un vero e proprio reato. Si tratta di fattispecie tipiche che anticipano la soglia della punibilità e perseguono, come fatti illeciti consumati, condotte meramente prodromiche alla realizzazione di un reato. Tra tali fattispecie conviene soffermarci su quella prevista dall'art. 322 c.p., relativa alla istigazione alla corruzione e modificata dalla legge 86 del 1990: attualmente, dunque, la norma contempla entrambe le ipotesi di corruzione, quella attiva e quella passiva.

Pertanto sia nel caso in cui l'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità non dovuti, al fine di perseguire determinate finalità, provenga da un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, sia nel caso in cui provenga da un privato, la condotta criminosa verrà punita, tuttavia se questa sia seguita dal mancato accoglimento della promessa o della offerta, sarà ridotta di un terzo la pena prevista per il reato di corruzione.

La istigazione disciplinata dalla norma si riferisce sia all'ipotesi di corruzione propria sia a quella impropria di cui agli artt. 318, 319 c.p. le quali si differenziano a seconda che il pubblico agente riceva denaro od altra utilità, ovvero ne accetti la promessa, per commettere, oppure omettere o ritardare un atto contrario ai doveri d'ufficio; ovvero per compiere un atto conforme ai doveri d'ufficio. Inoltre, La norma dell'art. 322 c.p. si riferisce anche alla distinzione delle condotte in antecedenti o susseguenti, a seconda che la promessa o la dazione segua o meno il compimento dell'atto, ovvero il ritardo o l'omissione dello stesso.[2]

La riforma del 1990, inoltre, ha eliminato il riferimento alla funzione del denaro o altra utilità come "retribuzione non dovuta", tuttavia la dottrina ha ritenuto che vista la rilevanza dell'idea della "proporzionalità tra le due corrispettive prestazioni del privato o del pubblico ufficiale" che caratterizza in generale tutte le forme di corruzione, tale requisito vada comunque accertato anche nei casi di istigazione.

Nell'art. 322 c.p. manca tuttavia, il richiamo alla fattispecie dell'art. 319 ter c.p. relativa alla corruzione in atti giudiziari, così ci si è chiesti quale sia la disciplina giuridica applicabile nel caso in cui la proposta di conclusione dell'accordo criminoso abbia per oggetto un atto giudiziario.

Pertanto si sono delineati due orientamenti in dottrina: il primo ritiene che vi sia possibile individuare nella norma un implicito riferimento anche a tale fattispecie delittuosa, dato il richiamo agli artt. 318 e 319 c.p., che a sua volta sono richiamati dal 319 ter c.p.

Il secondo orientamento ritiene che dal mancato richiamo all'art. 319 ter c.p. derivi l'impossibilità di configurare l'istigazione in caso di corruzione in atti giudiziari.

Per quanto concerne il bene giuridico tutelato dalla norma in esame, esso ricalca sostanzialmente l'interesse protetto dalle forme di corruzione di cui agli artt. 318, 319 c.p. trattandosi di attività dirette a conseguire i risultati tipici di questi due delitti, con l'unica differenza dell'anticipazione della soglia della punibilità. In particolare, in tema di corruzione impropria ex art. 318 c.p., l'orientamento maggiormente persuasivo individua il bene giuridico protetto nell'interesse a che gli atti d'ufficio non costituiscano oggetto di una compravendita privata. In tal modo si vuole salvaguardare un rapporto Stato-cittadino non inquinato dall'intromissione di interessi "privati" o "venali" del pubblico funzionario nel compimento di atti del suo ufficio.

Assai controversa appare invece l'individuazione dell'oggetto giuridico nell'ambito della corruzione propria. Vi sono coloro che individuano l'oggetto giuridico nel regolare funzionamento della P.A., dando risalto al fatto corruttivo inteso come sviamento dell'attività amministrativa dai suoi fini pubblici istituzionali attraverso lo sfruttamento dell'ufficio a fini privati. Recentemente si è delineata poi, un'altra impostazione: a fronte del ricorso a pratiche di corruzione su scala internazionale si è affermato che la dimensione offensiva dei reati di corruzione non sarebbe più riconducibile a tradizionali interessi di categoria quali il buon andamento e l'imparzialità della P.A., bensì a nuovi e diversi valori relativi all'integrità della "costituzione economica". Tuttavia, se è indubbio che il fenomeno corruttivo finisce per coinvolgere profili economici della nostra società, il nucleo centrale della corruzione è e rimane l'illecito "pactum sceleris" in relazione all'attività dell'ufficio. [3]

L'aspetto problematico della fattispecie è però la sua natura giuridica: una buona parte della dottrina ritiene scorretto qualificare tale fattispecie come "istigazione in quanto tale": tale termine si riferisce, infatti, a chi, nell'ambito del concorso di persone nel reato, fa sorgere o cerca di rafforzare l'altrui proposito criminoso. Al contrario l'articolo in discussione prevedrebbe l'incriminazione di condotte che, dirette in modo idoneo e non equivoco alla realizzazione della corruzione del pubblico ufficiale (primi due commi) e del privato (commi tre e quattro), sarebbero riconducibili allo schema del delitto tentato. Il legislatore mostrerebbe quindi la volontà di incriminare l'ipotesi tentata tramite una figura autonoma di reato consumato che, quindi, laddove si verificano tutti gli elementi di cui all'articolo 322, dovrà essere considerato tale. Contrariamente a ciò dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono la corruzione un reato a concorso necessario affermando la necessità, ai fini della sua piena integrazione, che le condotte del privato e dei pubblici agenti convergano nel patto scellerato avente ad oggetto i doveri di questi ultimi soggetti. Pertanto nell'art. 322 c.p. verrebbero punite a titolo di istigazione alla corruzione le condotte del privato e del pubblico agente che non si saldino con quelle della controparte.[4]

L'adesione a tale impostazione porta a ritenere che, essendo la corruzione un reato a concorso necessario, il tentativo può essere caratterizzato soltanto da una violazione incompleta degli obblighi di legge da parte di entrambi i concorrenti necessari, esulando in tali ipotesi l'integrazione delle fattispecie criminose delineate dall'art. 322 c.p. ove è richiesto invece, il contegno positivo di una sola delle parti.

[1] GALLI R., (2017). Nuovo corso di diritto penale. Cedam, Italia, Milano.

[2] GALLI R. Nuovo corso di diritto penale. Cit.

[3] ZINZIO V., tratto da: <http://www.penale.it/page.asp?IDPag=1043>

[4] BOSSO L., tratto da: <https://www.tesionline.it/consult/brano.jsp?id=31961>

9. art. 322 bis c.p. Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale e degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche (1) :

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) .

Le disposizioni degli articoli 319 quater, secondo comma, (3) 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso (4):

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, 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 finanziaria (5).

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.

Corruzione internazionale e ordinamento giuridico italiano: la L. 231 e il profilo della responsabilità penale delle aziende private

Intervento letto durante la IV Conferenza Ministeriale anticorruzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) Parigi - 15 marzo 2016

Il fenomeno della corruzione internazionale è sempre più presente nel mondo globalizzato dell'economia. E' importante reagirvi per due principali ragioni: la prima è che la corruzione altera il meccanismo degli incentivi della concorrenza sui mercati mondiali, e la formazione di un'adeguata e comune tutela giuridica è necessario per garantire la parità della concorrenza fra le imprese sui mercati mondiali; è inoltre necessario aiutare i Paesi in Via di Sviluppo nella loro crescita economica e sociale, perché la corruzione costituisce prima di tutto una forte distorsione dell'allocazione delle risorse, distogliendo soprattutto quelle che potrebbero essere destinate allo sviluppo.

La Convenzione dell'OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali combatte la corruzione internazionale imponendo agli Stati aderenti di considerare reato per le persone fisiche e giuridiche il fatto di corrompere funzionari stranieri per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale.

Le norme in esecuzione della Convenzione in Italia sono pienamente efficaci dal 4 luglio 2001 L'ordinamento italiano ha introdotto, dal punto di vista della corruzione delle persone fisiche, l'art. 322bis c.p. che punisce "peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri", applicando diverse fattispecie penali [art. 314 e 316 (peculato), da 317 a 320 (varie ipotesi di concussione e corruzione) e 322 (istigazione alla corruzione)] ai funzionari delle Comunità europee e dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio in Stati membri dell'Unione europea.

Ma la maggiore novità della esecuzione della Convenzione OCSE in Italia è l'obbligo di perseguire direttamente anche le persone giuridiche responsabili della corruzione.

La responsabilità penale delle persone giuridiche, introdotta dal decreto legislativo n.231 del 2001, prevede che un ente (incluse le società di persone e di capitali) è responsabile per i reati di corruzione commessi nel suo interesse o vantaggio da persone che rivestono

funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione o controllo (anche di fatto), oppure da loro controllati e dipendenti.

La norma riguarda non solo persone giuridiche di diritto italiano ma anche enti, società e imprese aventi in Italia la loro sede principale, che rispondono anche in relazione al reato compiuto all'estero "purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto".

L'impresa può evitare di essere sanzionata qualora l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, e sia stato affidato ad un organismo autonomo dell'ente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e questo vi abbia provveduto efficacemente.

La responsabilità dell'ente e la sua perseguibilità sono autonome rispetto a quella dell'imputato: possono quindi coesistere.

La legislazione italiana prevede anche la predisposizione di appropriati codici di comportamento quale guida dei modelli di organizzazione aziendale: è un mezzo di prevenzione della corruzione attraverso il coinvolgimento della società civile e delle associazioni di categoria.

Nei casi in cui sia accertata l'infrazione l'impresa è passibile di sanzioni pecuniarie amministrative e, nei casi più gravi, anche di sanzioni interdittive all'esercizio dell'attività, la sospensione o revoca di autorizzazioni, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti o contributi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La novità della norma non ha tuttavia giocato a favore della sua immediata applicazione pratica, che in Italia non ha avuto un gran successo. In riferimento ai procedimenti per corruzione internazionale iniziati in Italia a partire dall'entrata in vigore della Convenzione OCSE, fino al 31.12.2015, risultano indagini iniziate durante l'interperiodo di riferimento; di queste, 18 procedimenti sono ancora in fase di indagine, 9 in fase processuale, 26 procedimenti sono conclusi con solo 1 condanna passata in giudicato ed 1 condanna non definitiva.

Tali dati dimostrano che, pur costituendo la corruzione internazionale la matrice storica dell'introduzione stessa della normativa italiana in materia di responsabilità da reato per le persone giuridiche, sino ad ora il D.Lgs. n.231/2001 ha ricevuto principalmente applicazione per illeciti dipendenti da reati di corruzione di persone fisiche, nella fattispecie pubblici ufficiali appartenenti all'ordinamento dello Stato italiano.

L'impianto delineato dal D.Lgs. n.231/2001 si muove in una logica sostanzialmente di repressione del fenomeno corruttivo. Tuttavia, un approccio basato solo su questo

punto di vista è risultato nel tempo limitato e sostanzialmente insufficiente a combattere efficacemente la corruzione. Ad esso va accoppiato un approccio preventivo alla corruzione, ovvero mettere in opera meccanismi ed adottare misure che rendano più difficile corrompere ed essere corrotti. E' questa la logica della nuova legge 190 del 2012 e del d.lgs 190 del 2014 che l'ha emendata, i quali assoggettano alla normativa anticorruzione vigente le società controllate dallo Stato, gli enti di diritto privato controllati dalle amministrazioni centrali ed i soggetti di diritto privato sottoposti al controllo di regioni, province autonome e enti locali.

La ratio della legge è di estendere le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza, e i relativi strumenti di programmazione, a soggetti che, indipendentemente dalla natura giuridica, sono controllati dalle amministrazioni pubbliche, si avvalgono di risorse pubbliche, svolgono funzioni pubbliche o attività di pubblico interesse.

Numerose disposizioni della legge n. 190 del 2012 e dei relativi decreti attuativi individuano gli enti di diritto privato partecipati da pubbliche amministrazioni o in controllo pubblico e gli enti pubblici economici quali destinatari di misure di prevenzione della corruzione e di promozione della trasparenza.

In sede interpretativa si è dovuto far fronte a difficoltà di non poco momento.

L'ambito di applicazione della legge n. 190 del 2012 e quello del d.lgs. n. 231 del 2001 non coincidono; sussistono differenze significative, in particolare sulla tipologia dei reati da prevenire (D.Lgs. n.231 ha riguardo ai reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società, mentre la legge 190 è volta a prevenire anche reati commessi in danno della società) E sui fatti di corruzione (il 231 attiene alle fattispecie tipiche di concussione ed alla corruzione tra privati, mentre la legge n. 190 del 2012 fa riferimento, invece, ad un concetto più ampio di corruzione, in cui rilevano anche le situazioni di "cattiva amministrazione"). Nel valutare gli adeguamenti, la magistratura ed ANAC hanno tenuto conto della particolare struttura e della disciplina di riferimento dei soggetti che assumono veste giuridica privata e delle esigenze di tutela della riservatezza e delle attività economiche e commerciali da essi svolte in regime concorrenziale.

In tale prospettiva, il problema dell'applicabilità delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza alle società controllate, a quelle partecipate e agli altri enti di diritto privato in controllo pubblico nonché agli enti pubblici economici, ha indotto l'A.N.AC. e il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) ad avviare una riflessione comune, con l'istituzione di indicazioni condivise sull'applicazione della normativa anticorruzione e della nuova disciplina in materia di trasparenza, ovvero le <Linee-guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici>.

Tali Linee-guida muovono dal presupposto fondamentale che le amministrazioni controllanti debbano assicurare l'adozione del modello di organizzazione e gestione previsto

dal D.lgs. n. 231/2001 da parte delle società controllate. Oneri minori gravano sulle società a partecipazione pubblica non di controllo.

Dal punto di vista soggettivo le Linee Guida sono innanzitutto indirizzate alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, nonché agli enti pubblici economici, mentre l'applicazione delle Linee guida è sospesa per le società per azioni quotate in Borsa e per le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e le loro controllate, in ragione del loro particolare regime giuridico in materia di tutela degli investitori e del funzionamento delle regole del mercato concorrenziale. Resta ferma la circostanza che anche in queste società vi è un interesse pubblico alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza, che sarà oggetto di futura normativa: un tavolo comune che l'A.N.AC. e il MEF hanno avviato con la CONSOB è al lavoro al riguardo.

Le Linee guida sono rivolte, inoltre, alle amministrazioni pubbliche che vigilano, partecipano e controllano gli enti di diritto privato e gli enti pubblici economici.

Spetta in primo luogo a dette amministrazioni promuovere l'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza da parte di tali enti, in ragione dei poteri che le amministrazioni esercitano nei confronti degli stessi ovvero del legame organizzativo, funzionale o finanziario che li correla. Le norme si applicano ad un insieme di società ed enti particolarmente vasto ed eterogeneo: al 31 dicembre 2012 le amministrazioni centrali partecipano, direttamente o in via indiretta, in 423 enti a cui si aggiungono i 17 partecipati dagli enti previdenziali. Le amministrazioni locali hanno dichiarato di detenere, direttamente o in via indiretta, 35.311 partecipazioni che insistono su 7.726 enti.

Per definire l'ambito soggettivo occorre tenere distinte le società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni pubbliche, individuate ai sensi dell'art. 2359, co. 1, numeri 1 e 2, del codice civile, e quelle a partecipazione pubblica non maggioritaria, in cui, cioè, la partecipazione pubblica non è idonea a determinare una situazione di controllo.

Sono da ritenere soggetti alla normativa anticorruzione anche gli enti pubblici economici che, ancorché svolgono attività di impresa, perseguono finalità pubbliche. Gli enti pubblici economici, d'altra parte, sono da subito stati inclusi dal Piano Nazionale Anticorruzione tra i soggetti cui applicare le disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza della legge n. 190 del 2012.

Sono tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione anche gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico diversi dalle società, con particolare riguardo agli enti costituiti in forma di "fondazione" o di "associazione", ovvero enti che hanno natura privatistica, non necessariamente con personalità giuridica, rispetto ai

quali sono riconosciuti in capo alle amministrazioni pubbliche poteri di controllo che complessivamente consentono di esercitare un potere di ingerenza sull'attività con carattere di continuità, ovvero un'influenza dominante sulle decisioni dell'ente. ANAC ha elaborato alcuni indici di controllo per identificare tali enti, fra i quali i principali sono il rapporto tra amministrazione ed ente e le attività concretamente realizzate.

Dal punto di vista oggettivo le società di diritto pubblico partecipate in maggioranza e controllate si devono quindi:

1. dotare di misure di prevenzione della corruzione tese a mitigare i rischi di insorgere di fenomeni corruttivi e di cattiva amministrazione. Devono in primo luogo individuare e gestire i rischi di corruzione, effettuando un'analisi del contesto e della realtà organizzativa per individuare in quali aree o settori di attività e secondo quali modalità si potrebbero astrattamente verificare fatti corruttivi. Tra le attività esposte al rischio di corruzione vanno considerate in prima istanza autorizzazioni e concessioni, appalti e contratti, sovvenzioni e finanziamenti, selezione e gestione del personale, cui si aggiungono ulteriori aree individuate da ciascuna società in base alle proprie caratteristiche organizzative e funzionali. Fra queste, a titolo esemplificativo, possono rientrare l'area dei controlli, l'area economico finanziaria, l'area delle relazioni esterne e le aree in cui vengono gestiti i rapporti fra amministratori pubblici e soggetti privati. L'analisi, finalizzata a una corretta programmazione delle misure preventive, deve condurre a una rappresentazione, il più possibile completa, di come i fatti di cattiva amministrazione e le fattispecie di reato possono essere contrastate nel contesto operativo interno ed esterno dell'ente.

Ne consegue che si dovrà riportare una «mappa» delle aree a rischio e dei connessi reati di corruzione nonché l'individuazione delle misure di prevenzione.

2. Dotarsi di un sistema di controlli delle misure adottate, e di introdurre nuovi principi e strutture di controllo quando l'ente risulti sprovvisto di un sistema atto a prevenire i rischi di corruzione.

Devono nominare un responsabile per la prevenzione della corruzione, che elabora la proposta di Piano Triennale per la prevenzione della corruzione per l'ente, ne programma le attività di aggiornamento e formazione del personale, verifica l'efficace attuazione del Piano e ne propone la modifica quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni o quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'Amministrazione, verifica l'effettiva rotazione degli incarichi ed il livello di attuazione del Codice di comportamento.

In ogni caso, è quanto mai opportuno, anche in una logica di semplificazione, che sia assicurato il coordinamento tra le funzioni del Responsabile della prevenzione della

corruzione e quelle degli altri organismi di controllo, con particolare riguardo al flusso di informazioni a supporto delle attività svolte dal Responsabile.

3. Prevedere un Codice di comportamento dei dipendenti e adottare un “Programma triennale per la trasparenza e l’integrità” in cui sono individuate le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi delle informazioni da pubblicare, prevedendo anche uno specifico sistema delle responsabilità; *prevedere specifiche norme sull’inconferibilità e incompatibilità specifiche per gli incarichi di amministratore e per gli incarichi dirigenziali, e attività di formazione, definendo contenuti, i destinatari e le modalità di erogazione della formazione in materia di prevenzione della corruzione.*

4. Istituire un sistema che incoraggi il dipendente a denunciare gli illeciti di cui viene a conoscenza nell’ambito del rapporto di lavoro, *avendo cura di garantire la riservatezza dell’identità del segnalante dalla ricezione e in ogni contatto successivo alla segnalazione. A questo fine è utile assicurare la trasparenza del procedimento di segnalazione, definendo e rendendo noto l’iter, con l’indicazione di termini certi per l’avvio e la conclusione dell’istruttoria e con l’individuazione dei soggetti che gestiscono le segnalazioni.*

5. Imprimere accelerazione alla rotazione nelle mansioni.

Uno dei principali fattori di rischio di corruzione è costituito dalla circostanza che uno stesso soggetto possa sfruttare un potere o una conoscenza nella gestione di processi caratterizzati da discrezionalità e da relazioni intrattenute con gli utenti per ottenere vantaggi illeciti. Al fine di ridurre tale rischio è auspicabile che questa misura sia attuata anche all’interno delle società, compatibilmente con le esigenze organizzative d’impresa. Essa implica una più elevata frequenza del turnover di quelle figure preposte alla gestione di processi più esposti al rischio di corruzione. La rotazione non deve comunque tradursi nella sottrazione di competenze professionali specialistiche ad uffici cui sono affidate attività ad elevato contenuto tecnico. Altra misura efficace, in combinazione o alternativa alla rotazione, potrebbe essere quella della distinzione delle competenze (cd. “segregazione delle funzioni”) che attribuisce a soggetti diversi i compiti di: a) svolgere istruttorie e accertamenti; b) adottare decisioni; c) attuare le decisioni prese; d) effettuare verifiche

6. Dotarsi di misure di trasparenza dell’attività previste sia dall’art. 1 della l.190 del 2012, sia dal capo II del D. Lgs. n.33 del 2013. *I documenti oggetto di obbligo di pubblicazione, e la cui pubblicazione sia stata omessa, devono poter essere richiesti ed ottenuti da chiunque (accesso civico). La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione. Ogni amministrazione deve adottare un Programma triennale per la trasparenza e l’integrità, da aggiornare annualmente, che definisce le misure, i modi e le iniziative volti all’attuazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, ivi comprese le misure organizzative volte ad assicurare la*

regolarità e la tempestività dei flussi informativi. Ogni amministrazione deve poi nominare un Responsabile per la Trasparenza, che vigila sull'applicazione del programma triennale.

Sempre dal punto di vista soggettivo sono invece soggette a misure anticorruzione meno pregnanti le società a partecipazione pubblica non di controllo e a partecipazione pubblica non maggioritaria, ossia quelle in cui le amministrazioni detengono una partecipazione non idonea a determinare una situazione di controllo.

In considerazione delle finalità istituzionali perseguite da questi enti non viene meno l'interesse generale alla prevenzione della corruzione. Poiché, però, tali enti non sono considerati in controllo pubblico essi non sono tenuti ad adottare le misure previste dalla l. n. 190/2012 né a nominare un Responsabile della prevenzione della corruzione, rimanendo in ogni caso libere di farlo. E' comunque opportuno che il modello organizzativo predetto sia integrato con misure di prevenzione relative a organizzazione e gestione idonee a prevenire ulteriori fatti corruttivi in danno alla società e alla pubblica amministrazione, nel rispetto dei principi contemplati dalla normativa in materia di prevenzione della corruzione.

Resta ferma la possibilità, anche su indicazione delle amministrazioni partecipanti, di programmare misure organizzative ai fini di prevenzione della corruzione sul modello della L.190 del 2012. Resta compito delle pubbliche amministrazioni partecipanti promuovere, in special modo nel caso in cui esse corrispondano all'ente forme di finanziamento, l'adozione di protocolli di legalità che disciplinino specifici obblighi di prevenzione della corruzione e di trasparenza, diversamente calibrati e specificati in base alla tipologia di poteri, di vigilanza, di finanziamento o di nomina, che l'amministrazione esercita. In questi casi i protocolli di legalità devono disciplinare, ad esempio, gli obblighi di trasparenza e di informazione sull'uso delle risorse pubbliche da parte dei beneficiari. Nel caso di esercizio di soli poteri di vigilanza, occorre che nei protocolli siano indicate le modalità per rendere tale attività efficace e trasparente, assicurandone la conoscibilità degli esiti.

E' anche compito delle amministrazioni che a vario titolo vi partecipano, promuovere, da parte di questi soggetti, l'adozione di modelli come quello previsto nel D.lgs. n. 231 del 2001, laddove ciò sia compatibile con la dimensione organizzativa degli stessi.

Riguardo alla normativa sulla trasparenza, la legge n. 190 del 2012 e il d.lgs. n. 33 del 2013 prevedono obblighi di pubblicazione ridotti per le società in questione, e l'intera normativa sulla trasparenza deve essere rispettata solo in quanto «attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea». Esse sono poi tenute a rispettare le norme sulla incompatibilità previste nel medesimo decreto ed, in particolare, dagli articoli 9 e 10.

Le società partecipate sono sottoposte, per quanto concerne la pubblicazione dei dati sull'organizzazione, unicamente agli obblighi di pubblicità di cui agli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 33/2013. Inoltre le società partecipate non sono tenute a nominare il Responsabile della trasparenza né ad adottare il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità ma possono comunque provvedere in tal senso. E' auspicabile, in ogni caso, che le società rendano noto, ai fini dell'accountability, come intendono realizzare la pubblicazione dei dati e i soggetti interni coinvolti.

Poiché le società devono pubblicare i dati e le informazioni sopra elencati, l'Autorità ritiene che per questi dati e informazioni sia applicabile la normativa sull'accesso civico (art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013). È opportuno, in aggiunta, che le società prevedano, al proprio interno, una funzione di controllo e di monitoraggio degli obblighi di pubblicazione, anche al fine di attestare l'assolvimento degli stessi. Questa funzione è affidata preferibilmente all'Organismo di vigilanza, ferme restando le scelte organizzative interne ritenute più idonee, tenuto conto dell'esigenza di limitare gli oneri organizzativi e di semplificare e valorizzare i sistemi di controllo già esistenti.

Analogamente a quanto indicato per le società controllate, qualora le società a partecipazione pubblica non di controllo non dispongano di un sito internet in cui costituire la sezione "Società trasparente", sarà cura delle amministrazioni partecipanti rendere disponibile una sezione del proprio sito in cui le società partecipate possano predisporre la pubblicazione dei dati.

Anche gli enti denominati dalla delibera "altri enti di diritto privato partecipati", ovvero quelli le cui decisioni e la cui attività non risultano soggette al controllo dell'amministrazione, sono rilevanti ai fini della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza in quanto comunque partecipati da amministrazioni.

Detti enti, pur avendo natura di diritto privato, si possono configurare quali strutture organizzative di rilievo pubblico, in quanto deputate a svolgere attività amministrative ovvero attività di interesse generale. Nonostante l'autonomia statutaria e gestionale loro riconosciuta, all'amministrazione sono attribuiti poteri di vigilanza in ragione della natura pubblica dell'attività svolta. Detti poteri possono sostanzziarsi, ad esempio, nell'approvazione da parte dell'amministrazione degli atti fondamentali, nella formulazione di rilievi sui bilanci, nei compiti di verifica dell'effettiva tutela dei beneficiari secondo le forme individuate negli statuti.

Tali enti non sono destinatari diretti delle disposizioni contenute nell'art. 11, co. 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, le amministrazioni partecipanti sono tenute a promuovere, all'interno dei protocolli di legalità di cui al precedente paragrafo, l'applicazione anche da parte di tali enti degli obblighi di trasparenza individuati per le società a partecipazione pubblica non di controllo.

Nella categoria degli enti di diritto privato solo partecipati da pubbliche amministrazioni rientrano, anche sulla base della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, le fondazioni

bancarie, le casse di previdenza dei liberi professionisti, le associazioni e le fondazioni derivanti dalla trasformazione per legge di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza

9. 346 bis c.p. Traffico di influenze illecite

Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale.

La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita.

Traffico di influenze illecite

AltalexPedia, voce agg. al 31/05/2018 di Simone Marani - Avvocato

Pubblicato il 31/05/2018

Commette il delitto di traffico di influenze illecite chi, fuori dei casi di concorso nei reati di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio o corruzione in atti giudiziari, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

1. Nozione e caratteri generali

Secondo quanto disposto dall'art. 346-bis c.p., "chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro

o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale.

La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita”.

Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), in ossequio a quanto disposto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003, cosiddetta “Convenzione di Merida”, ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116 e soprattutto alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (Convenzione di Strasburgo), ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110.

La norma, tesa a punire le condotte di intermediazione di soggetti terzi nell'opera di corruzione tra il corrotto ed il corruttore, risponde anche ad esigenze di carattere nazionale; preme evidenziare come tale figura di reato, di derivazione internazionale, è da sempre rimasta estranea alla nostra tradizione giuridica, a causa di un problema di tipicità delle norme sulla corruzione, incentrate tradizionalmente su uno stretto rapporto tra il pubblico ufficiale e l'atto d'ufficio.

Come già evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, con la celebre pronuncia della Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, si è reso necessario colmare un vuoto normativo determinato dall'evoluzione del fenomeno corruttivo nel nostro Paese, nelle ipotesi in cui un soggetto, in cambio di utilità, si impegni ad esercitare una influenza illecita su un pubblico agente competente all'emanazione di un atto d'ufficio che interessa il committente.

Appare del tutto evidente come siffatta ipotesi non potesse essere ricondotta nel novero della corruzione, propria o impropria, posto che l'accordo non ha ad oggetto il compimento di un atto inerente all'ufficio del pubblico agente, nemmeno nel caso in cui il mediatore possedesse una qualifica pubblicistica. Principio confermato dalla giurisprudenza secondo la quale: “Il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 bis codice penale, introdotto dalla Legge

n. 190/2012, trattandosi di delitto propedeutico alla commissione dei reati di corruzione propria – come si desume agevolmente dall'inciso iniziale contenuto nell'art. 346 bis comma 1 – non è configurabile in una situazione in cui sia stato accertato un rapporto alterato e non paritario tra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato” (Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11808).

Si consideri, inoltre, che nell'art. 346-bis c.p. il legislatore ha inserito la clausola “fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter c.p.”, condizione che pone la fattispecie penale in oggetto in una situazione giuridica di evidente subordinazione rispetto ai reati di corruzione propria e corruzione in atti giudiziari.

2. Bene giuridico tutelato

La disposizione in commento pone in essere una forma di tutela anticipata dell'interesse alla legalità, buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Infatti il testo normativo dell'art. 346-bis c.p. è chiaro, lineare nel determinare una tutela penale prima che l'accordo corruttivo vada in porto punendo colui che gioca come tramite tra corrotto e corruttore mediante la propria influenza.

Il fondamento giuridico della norma è quello di evitare che gli incarichi pubblici possano sedimentare un tessuto di relazioni con i pubblici ufficiali su cui il privato possa fare leva nello svolgimento della sua attività di intermediazione verso la Pubblica Amministrazione, oltre che nella volontà d'impedire l'esercizio di pressioni indebite sui pubblici funzionari ed anche l'illecito arricchimento dell'intermediario.

3. Soggetto attivo

Il reato di traffico di influenze illecite è un reato comune in quanto sia il committente che il mediatore non debbono possedere una qualifica soggettiva particolare.

Solo nel caso in cui il mediatore assuma la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio il comma 3 della norma incriminatrice contempla un aggravamento di pena. Si tratta di un reato necessariamente plurisoggettivo proprio dato che oltre al mediatore è punito anche il committente della mediazione, come contemplato espressamente dal comma 2.

4. Elemento oggettivo: il pactum sceleris

Rispetto alle fattispecie corruttive, il reato in commento si presenta come una tutela anticipatoria delle stesse, volta a punire l'intermediario prima che si possa perfezionare l'accordo corruttivo tra il privato e la Pubblica Amministrazione; infatti la fattispecie è stata introdotta dal legislatore penale al fine di evitare anche le attività preparatorie rispetto a quello che potrebbe poi sfociare in una istigazione alla corruzione.

Il nucleo dell'antigiuridicità si evince e si ricava proprio nell'accordo che intercorre fra il privato ed un intermediario dove si pattuisce la dazione di un'utilità patrimoniale in cambio dell'esercizio di un'influenza di quest'ultimo su un pubblico agente, proprio al fine di orientarne le decisioni amministrative in senso favorevole all'istigatore iniziale.

L'art. 346-bis c.p. prevede due diverse ipotesi di traffico di influenze illecite: un primo caso è rappresentato dal c.d. traffico di influenze gratuito, nel quale il committente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale al mediatore affinché quest'ultimo remunererà il pubblico agente per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o l'omissione o il ritardo di un atto di ufficio.

Si tratta di una particolare ipotesi di traffico di influenze illecite nel quale il denaro o il vantaggio patrimoniale dato o promesso dal committente al mediatore è utilizzato per remunerare il pubblico agente per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o per l'omissione o il ritardo di un atto del suo ufficio, con un patto diretto a realizzare un delitto di corruzione propria o di una corruzione in atti giudiziari.

La seconda ipotesi è costituita dal c.d. traffico di influenze oneroso, laddove il committente remunera il mediatore affinché quest'ultimo realizzi una illecita influenza sul pubblico agente; in questo caso il denaro o il vantaggio patrimoniale dato o promesso dal committente al mediatore serve a remunerarlo per l'influenza che quest'ultimo si impegna a porre in essere sul pubblico agente. Le relazioni che il mediatore si impegna a far valere debbono essere realmente esistenti e debbono costituire la ragione della dazione o della promessa del vantaggio patrimoniale da parte del committente. E' del tutto irrilevante la durata e l'intensità della relazione con il pubblico agente, ma è sufficiente che esse siano tali da influenzare, in concreto, l'azione di quest'ultimo.

5. Elemento soggettivo

Il delitto in commento è a dolo specifico, in quanto il committente e il mediatore debbono stipulare un patto allo scopo specifico di remunerare il pubblico agente per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o ritardo di un atto di ufficio, nell'ipotesi di influenze gratuite, oppure di esercitare una influenza illecita nei confronti del pubblico agente, nel caso di influenze onerose.

6. Consumazione e tentativo

Il delitto di traffico di influenze illecite si consuma nel momento in cui si perfeziona il patto tra il committente ed il mediatore. Ai fini del perfezionamento del delitto è irrilevante l'esercizio dell'influenza illecita da parte del mediatore o il comportamento del pubblico agente.

Il tentativo sembra essere astrattamente configurabile, sebbene realizzi una eccessiva anticipazione di tutela, come nel caso in cui il mediatore, senza successo, solleciti la dazione di denaro o di un vantaggio patrimoniale ad un interlocutore in vista di un esercizio di una influenza illecita sul pubblico agente.

La norma incriminatrice espressamente esclude il concorso con gli artt. 319 e 319-ter c.p.; sebbene non disciplinato dalla legge si ritiene che il concorso di reati sia escluso anche con il delitto di istigazione alla corruzione propria (art. 322, comma 2, c.p.), posto che ammettere tale concorso sarebbe irragionevole visto che il medesimo è escluso per l'ipotesi di corruzione consumata.

E' da escludere il concorso anche con il reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p.), con la turbativa d'asta (art. 353 c.p.), e con la rivelazione di segreti di ufficio (art. 326 c.p.), in quanto il reato di traffico illecito rimane assorbito in questi più gravi delitti.

Si deve escludere, infine, il concorso con la fattispecie di cui all'art. 318 c.p., posto che la corruzione per la funzione non rientra tra i reati scopo né nel caso di traffico di influenze gratuito che in quello oneroso.

7. Rapporti con altri reati

Il delitto di traffico di influenze illecite si differenzia da quello di millantato credito (art. 346 c.p.) posto che, mentre in quest'ultimo delitto le relazioni con il pubblico agente da influenzare non sono esistenti, essendo solo vantate, nel traffico di influenze illecite, come abbiamo visto, il presupposto dell'accordo è proprio la sussistenza delle relazioni con il pubblico agente.

Mentre la norma dell'art. 346 c.p. mira a tutelare il prestigio della pubblica amministrazione, quella dell'art. 346-bis c.p. tende a preservarne l'imparzialità ed il buon andamento, essendo diretta a schermare il pubblico agente, prima ancora che questi subisca pressioni esterne.

La questione era particolarmente dibattuta in passato posto che la giurisprudenza ravvisava il millantato credito anche nel caso in cui l'autore del reato avesse un rapporto reale con il pubblico agente e, amplificando il proprio credito verso di lui, inducesse il soggetto passivo a credere di poter ottenere il favore e a riconoscergli il presso della mediazione (Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 1985, n. 11172; Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 1991, n. 5071). In un'ottica prettamente preventiva se si ritiene che l'oggetto di tutela del delitto di millantato credito sia l'imparzialità della pubblica amministrazione, più che il patrimonio del soggetto ingannato, così come farebbe intendere anche la collocazione sistematica della norma, è logico affermare che tale interesse sia tanto più messo in pericolo quanto più le relazioni tra l'intermediario e il pubblico ufficiale siano effettive, quindi l'episodio corruttivo più probabile.

L'introduzione della norma in commento ha posto in essere una più netta linea di demarcazione tra il caso in cui il soggetto agente vanta un credito inesistente verso il pubblico funzionario e quello in cui vanta un credito esistente. Mentre nel primo caso la giurisprudenza più recente riconosce alla pubblica amministrazione la veste di soggetto passivo del reato e al privato quella di danneggiato (Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 2002, n. 10662), nel caso di traffico di influenze entrambi, privato e mediatore, sono soggetti attivi del reato e la pubblica amministrazione è l'unica tutelata, in quanto persona offesa esposta al rischio di condizionamenti da parte del c.d. trafficanti (Cass. pen., Sez. VI, 19 febbraio 2003, n. 17642).

L'introduzione dell'art. 346-bis c.p. ha posto sul tappeto la delicata questione di diritto intertemporale relativamente a fatti commessi prima della sua introduzione.

Secondo l'orientamento che sembra preferirsi, l'art. 346-bis c.p. costituirebbe una nuova incriminazione, con la conseguenza della sua inapplicabilità ai fatti commessi prima della sua introduzione.

A conferma della non sovrapponibilità della fattispecie in commento con quella di millantato credito, recente giurisprudenza di merito ha sottolineato la punibilità del soggetto che compra l'influenza, prevista della nuova fattispecie e non in quella preesistente; elemento che sottolineerebbe la natura bilaterale del traffico di influenze e che, invece, connoterebbe quale vittima il compratore di fumo, rendendo strutturalmente non sovrapponibili i due reati (Corte d'Appello Milano, Sez. II, 23 dicembre 2016, n. 1806).

Merita segnalare anche una certa giurisprudenza di legittimità secondo la quale le condotte di colui che, vantando una 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, condotte finora qualificate come reato di millantato credito ai sensi dell'art. 346, comma 1 e 2, c.p., devono, dopo l'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, in forza del rapporto di continuità tra norma generale e norma speciale, rifluire sotto la previsione dell'art. 346-bis c.p., che punisce il fatto in maniera più mite (Cass. pen., Sez. VI, 28 novembre 2014, n. 51688).

Il delitto in commento si distingue da quello di corruzione propria (art. 319 c.p.) e di corruzione in atti giudiziari (art. 319-bis c.p.), perché il patto tra il mediatore e il committente è antecedente ed esterno rispetto a quello corruttivo.

Il traffico di influenze illecite si distingue dalla concussione (art. 317 c.p.) perché il primo presume un rapporto paritario tra committente e mediatore.

Bibliografia essenziale

Benussi, I delitti contro la pubblica amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali, in Trattato di diritto penale, Parte speciale, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2013;

Fiandaca-Musco, Diritto penale, Parte speciale, I, Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 2013;

Merenda, Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi, in Diritto penale contemporaneo, 2013;

Prete, Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), in Diritto penale contemporaneo;

Semeraro, I delitti di millantato credito e traffico di influenza, Milano, 2000.

Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione

Da Giurisprudenza Penale Web, ottobre 2018

di Raffaele Cantone

1. Ribattezzato “Spazza-corrotti” da autorevoli esponenti dell’esecutivo, non senza una certa enfasi retorica, il disegno di legge “Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica amministrazione” introduce una serie di innovazioni che puntano a rafforzare la lotta alla corruzione lato sensu. Solo per restare agli aspetti salienti, il ddl emenda infatti più fronti: la repressione penale, tramite un aggravamento del trattamento sanzionatorio, la riformulazione di una fattispecie incriminatrice (traffico d’influenze) con assorbimento delle condotte di un altro delitto contestualmente abrogato (millantato credito) e l’estensione della possibilità di confisca anche ai casi di amnistia o estinzione del processo per intervenuta prescrizione; le sanzioni accessorie, con inasprimento dell’interdizione dai pubblici uffici e dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, oltre a un ampliamento dell’ambito di applicazione; le tecniche di investigazione, mediante l’ampliamento della disciplina delle operazioni sotto copertura; estende infine alle associazioni e alle fondazioni cd. politiche la disciplina attualmente prevista in materia di trasparenza dei partiti.

In coerenza con l’appellativo con cui è stato qualificato, grandi aspettative, anche da parte dell’opinione pubblica, si sono addensate sugli

effetti che il disegno di legge saprà produrre. Se nel complesso il giudizio di merito può essere sostanzialmente favorevole, sia pure con qualche riserva, per ragioni che spiegherò in seguito, le proprietà “taumaturgiche” attribuite al ddl rischiano tuttavia di sovraccaricare il provvedimento di previsioni eccessive. Innanzitutto perché è impossibile prevedere la forma che, conclusi i vari passaggi parlamentari (che non si prevedono facili né indolori), il disegno di legge acquisirà al momento di essere promulgato. In secondo luogo poiché il ddl Bonafede è solo l’ultimo di una serie di provvedimenti volti al contrasto dei fenomeni corruttivi e parlarne come se l’Italia fosse all’“anno zero”, quasi che nulla fosse stato fatto finora, rischia di ingenerare la fuorviante attesa di risultati immediati, laddove la lotta alla corruzione richiede per definizione tempi lunghi. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limiterò perciò a cercare di valutare quale potrà essere l’impatto delle nuove norme.

2. La novità che ha avuto maggiore eco nel dibattito pubblico è il cd. “Daspo per i corrotti”. Rileva subito osservare come la semplificazione lessicale, benché di indiscutibile efficacia comunicativa, sia in realtà impropria. Una pena accessoria quale l’interdizione dai pubblici uffici, che può scattare solo all’esito del giudizio penale, viene difatti accostata a una misura di prevenzione nata per contrastare il tifo violento, notificata in un arco temporale assai ristretto rispetto ai fatti contestati. Al di là dell’inesattezza terminologica, si tratta di una circostanza che merita di essere rimarcata; la pena accessoria interverrà a distanza di anni dalla consumazione del reato.

Nel complesso, comunque, non possono che giudicarsi con favore la decisione di abbassare da 3 a 2 anni la condanna minima necessaria per far scattare l’interdizione perpetua (ampliando così il catalogo dei reati) e l’inasprimento della pena accessoria per le condanne inferiori a tale termine (in aumento da 5 a 7 anni). Il motivo è presto detto: un po’ come gli atleti risultati positivi al doping, che subiscono una lunga squalifica per aver alterato le regole della competizione (danneggiando chi invece le rispetta), allo stesso modo è fondamentale che chi truoca una gara d’appalto perda per un lungo periodo il diritto a contrattare con la pubblica amministrazione e in questo senso un aggravamento della sospensione può rafforzare la funzione di deterrenza insita nella sanzione. Tale argomentazione vale anche per la previsione dell’interdizione nei casi di sospensione della pena o di applicazione su richiesta, con la contestuale abolizione degli automatismi attualmente previsti dalla

legge: una misura rilevante in particolar modo alla luce del “peso” che, dal punto di vista quantitativo, condizionale e patteggiamento rivestono attualmente nelle condanne per corruzione, già di per sé assai rare nel nostro Paese.

Non mi trova pertanto concorde l’osservazione, avanzata da alcuni, che vedono profili di incostituzionalità nel provvedimento, in base all’argomentazione che essa costituirebbe un vulnus al diritto al lavoro. L’articolo 317-bis del codice penale già prevede una interdizione perpetua per le pene superiori a 3 anni di reclusione per i reati di peculato (art. 314), concussione (art. 317), corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319) e corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter), eppure simili contestazioni non sono mai state sollevate. Al contrario, poiché la ratio della novella risiede nella sostanziale inadeguatezza rispetto al dettato costituzionale di adempiere le funzioni pubbliche “con dignità e onore”, un allargamento del catalogo ad altri delitti (fra i vari, corruzione per l’esercizio della funzione, induzione indebita, istigazione, traffico di influenze illecite) ed una rimodulazione della pena che giustifica la misura accessoria appare certamente giustificata.

Più che da rischi di costituzionalità, il profilo maggiormente critico va semmai ravvisato nelle ricadute che la nuova configurazione giuridica dell’interdizione potrebbe avere sui cd. “pentiti della corruzione”. La l. 69/2015 ha infatti introdotto una circostanza attenuante per la collaborazione processuale nei delitti contro la Pubblica amministrazione, garantendo una riduzione compresa fra 1/3 e 2/3 della pena. È un istituto essenziale, per un reato plurisoggettivo e bilaterale quale la corruzione in cui non vi è l’interesse dei partecipanti a rendere noto il pactum sceleris. Sanzioni assai afflittive come il cd. Daspo e l’interdizione, così come riformulata, potrebbero tuttavia incidere negativamente, scoraggiando la collaborazione in sede dibattimentale. Sarebbe dunque opportuno prevedere espressamente l’esclusione di tali pene accessorie nei casi in cui ad un imputato venga riconosciuta la suddetta attenuante.

Condivisibile è l’inasprimento delle sanzioni interdittive nei confronti dell’impresa, con l’innalzamento dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione - qualora vengano commessi delitti di concussione, induzione indebita, corruzione, istigazione. L’attuale durata, ovvero almeno un anno, è oggettivamente inadeguata rispetto alla gravità dei fatti; la previsione del ddl di un periodo compreso fra 5 e 10 anni è,

però, forse eccessiva, quantomeno nella parte in cui prevede un minimo così alto.

Più problematica, in termini di proporzionalità, appare invece la previsione di un lungo periodo affinché la riabilitazione si estenda anche alle summenzionate pene accessorie (12 anni). Il fondamento della misura risiede nell'intento di "monitorare" socialmente il condannato ben oltre l'estinzione dei meri effetti penali, anche con finalità di deterrenza rispetto alla reiterazione del reato. La sentenza di riabilitazione, tuttavia, non è di per sé un diritto ma giunge all'esito di una valutazione approfondita del Tribunale di Sorveglianza, chiamato a valutare le "prove effettive e costanti di buona condotta" del condannato, tanto da rappresentare l'unica causa di estinzione anticipata anche di un effetto di natura prettamente amministrativa quale l'incandidabilità (misura amministrativa prevista dalla cd legge Severino). Suscita dunque qualche perplessità prevedere, nei confronti di un soggetto già riabilitato, una durata tanto prolungata di una pena accessoria quale l'interdizione, durata che rischia di apparire irrazionale e come tale di dubbia legittimità costituzionale.

3. Essendone da tempo sostenitore, non posso che salutare con favore l'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione. Tale tecnica investigativa, prevista dalla Convenzione Onu di Merida del 2003 contro la corruzione ma mai applicata in Italia, finora era limitata a un assai ristretto catalogo di fattispecie: terrorismo, droga, criminalità organizzata, sequestro di persona con finalità estorsive, pedofilia. Prevedere un simile ampliamento, dunque, denota in primo luogo la consapevolezza della pericolosità sociale della corruzione e dei delitti annessi. Quanto al caso di specie, la possibilità di ricorrere ad agenti infiltrati per acquisire elementi di prova può risultare essenziale per scardinare la summenzionata, costitutiva segretezza del pactum sceleris, soprattutto in quei casi in cui la corruzione abbia carattere sistematico o sia posta in essere da vere e proprie organizzazioni criminali.

Tale innovazione sancisce fra l'altro – almeno ci si augura- la definitiva uscita di scena dell'agente provocatore, prospettato in un primo momento. Le perplessità che desta siffatta figura, che rischia di far scivolare il sistema penale verso una logica preventiva di polizia, sono numerose e note, sia per la creazione artificiale di un delitto che probabilmente non verrebbe altrimenti commesso, quanto per il rischio

di discrezionalità insito nella scelta del destinatario della provocazione, che si presta a essere piegata a finalità extra-giudiziarie.

Non è del resto un caso se la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha reiteratamente condannato Paesi membri del Consiglio d'Europa per l'impiego illegittimo di questo istituto, dichiarandolo inammissibile nei casi in cui è possibile accertare che il delitto non sarebbe stato consumato in assenza della provocazione.

Rileva tuttavia osservare come la figura dell'agente provocatore rischi di insinuarsi fra le maglie delle novelle legislative, peraltro al di fuori persino di quelli che sarebbero i necessari presupposti autorizzativi da parte dell'autorità giudiziaria. Segnatamente con l'introduzione dell'art. 323-ter c.p., che statuisce una causa di non punibilità in caso di autodenuncia e collaborazione alle indagini entro sei mesi dalla commissione del fatto, una proposta già formulata ai tempi di Tangentopoli con l'intento di incentivare le denunce ma che non trovò mai traduzione pratica sul piano legislativo.

Una siffatta previsione di impunità potrebbe prestarsi a utilizzi indebiti, tramite un pentimento precostituito che in realtà cela una intenzionale attività, fin dal primo momento, di provocazione. Semplificando: si offre una tangente per "incastrare" qualcuno e poi si confessa la condotta delittuosa prima che scadano i termini per usufruire della non punibilità. Di tale criticità pare essere pienamente consapevole il proponente del ddl medesimo, che ha previsto l'inapplicabilità della non punibilità "quando vi è prova che la denuncia è premeditata rispetto alla commissione del reato denunciato".

Tuttavia le indubbie difficoltà di accertamento di tale ultima circostanza e l'impiego assai ridotto della norma che è possibile prevedere, fa ritenere essere più opportuno, in via prudenziale, soprassedere dall'introduzione di una norma che potrebbe prestarsi comunque a strumentalizzazioni, senza assicurare gli auspicati vantaggi.

4. Rilevante è anche la previsione di mantenere l'efficacia della confisca disposta all'esito del giudizio penale di primo grado nei casi in cui in Appello o in Cassazione non sia possibile arrivare a sentenza definitiva per intervenuta prescrizione del reato o amnistia. Si tratta di un tema ampiamente affrontato dalla giurisprudenza, ovvero la cd. "confisca senza condanna".

Da ultimo, nei mesi scorsi, anche la Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sul tema, riconoscendo la sostanziale

legittimità di una simile misura in base dell'accertamento del reato svolto dal giudice dell'impugnazione sulla sentenza di condanna di primo grado. È perciò meritoria la decisione di estendere tale principio, introdotto nella legislazione col d.lgs. 21/2018, anche ai principali delitti contro la Pubblica amministrazione, rafforzando in tal modo lo strumento dell'ablazione, che colpendo la disponibilità economica degli associati ha dimostrato negli anni di essere la vera chiave di volta per un contrasto fattivo al crimine organizzato.

Fra l'altro questa norma potrebbe rivelarsi anche un efficace sostegno per velocizzare i tempi della giustizia, poiché l'imputato soggetto a confisca, nelle more della definizione del giudizio, non sarà incentivato a ricorrere a strumentali atteggiamenti dilatori.

5. La parte più significativa del disegno di legge, tanto in termini di innovazione quanto di fattivo contrasto alla corruzione in chiave preventiva, è rappresentata dal Capo II del ddl, che introduce nuove norme in materia di trasparenza delle sovvenzioni alla politica.

Da tempi non sospetti sostengo la necessità di ampliare la tracciabilità delle erogazioni (attualmente prevista per i partiti) alle fondazioni, dal momento che esse sono divenute ormai i principali collettori del finanziamento privato. Del resto un numero crescente di inchieste giudiziarie ne ha disvelato il ruolo di "schermo" per le dazioni attraverso una interposizione fra corruttore e corrotto.

Sono pertanto da apprezzare in primo luogo l'equiparazione delle fondazioni ai partiti e i limiti posti al loro utilizzo collaterale ("Un partito o movimento politico può essere collegato ad una sola fondazione", ai sensi dell'art. 9 c. 2). Ragguardevole è anche l'obbligo di pubblicità dei finanziatori (essendo le ragioni connesse alla privacy divenute sovente una comoda scappatoia per attuare finalità corruttive o comunque illecite) e l'abbassamento degli importi ricevuti a titolo di liberalità che dovranno essere dichiarati da 5mila a 500 euro.

Se ragionevole appare anche la scelta di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria (da tre a cinque volte l'importo ricevuto), qualche criticità potrebbe mostrarla la decisione di demandare l'accertamento delle eventuali violazioni alla Commissione di garanzia per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, composta da cinque magistrati (uno designato dal Primo presidente della Corte di cassazione, uno dal Presidente del Consiglio di Stato e tre dal Presidente della Corte dei conti).



E' il caso di ricordare sommessamente che i componenti della prima Commissione, nominata nel 2012, si dimisero in massa meno di due anni dopo per protestare contro la mancanza di risorse, strumentali e di personale, che di fatto impediva lo svolgimento dei compiti affidati dalla legge. Circostanza denunciata pochi mesi dopo l'insediamento anche dal collegio che ne prese il posto e in seguito sanata con la l. 175/2015 attraverso il distacco di apposito personale fuori ruolo, non si sa quanto sufficiente per far fronte alle incombenze attuali ma certamente inidoneo per le verifiche che dovrebbero essere fatte con le nuove auspicabili disposizioni.

Alla luce di siffatti precedenti, l'invito non può che essere quello di un adeguato rafforzamento del personale e dei mezzi a disposizione della Commissione, affinché le sia garantita piena funzionalità e, di conseguenza, venga assicurata l'effettività della norma.

7 dicembre 2018 / Gian Luigi Gatta

RIFORME DELLA CORRUZIONE E DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO: IL PUNTO SULLA SITUAZIONE, IN ATTESA DELL'IMMINENTE APPROVAZIONE DEFINITIVA

D.d.l. n. 1189-B, all'esame della Camera e approvato dal Senato, con il voto di fiducia, il 13.12.2018

1. È ormai imminente, a quanto pare, l'approvazione definitiva della c.d. legge spazza-corrotti, che strada facendo ha ampliato il proprio oggetto ben oltre la materia dei delitti contro la p.a., proponendosi come è noto di riformare la disciplina generale della prescrizione del reato, bloccata dopo la sentenza di primo grado.

Il d.d.l., presentato dal Ministro della Giustizia Bonafede alla Camera il 24 settembre 2018 (solo tre mesi fa), è stato approvato in prima lettura dalla Camera il 22 novembre 2018 e dal Senato, in seconda lettura, il 13 dicembre 2018. L'approvazione è avvenuta, in tale ultima occasione, attraverso il voto di fiducia. La terza e definitiva lettura del d.d.l. è in programma alla Camera domani, 18 dicembre 2018.

Sotto l'albero di Natale, i penalisti troveranno verosimilmente – piaccia o meno – una riforma di ampia portata, che interessa: la parte generale del



codice penale (prescrizione del reato, pene accessorie, riabilitazione, sospensione condizionale della pena in rapporto ai delitti contro la p.a.); la parte speciale (corruzione e altri delitti contro la p.a., comprese, tra l'altro, l'abrogazione della norma sul millantato credito e la riformulazione di quella sul traffico di influenze illecite); l'ordinamento penitenziario (estensione della disciplina dell'art. 4 bis o.p. a concussione, corruzione, induzione indebita e peculato; esclusione di tutte le pene accessorie perpetue – anche di quelle previste per reati diversi da quelli contro la p.a. – dall'effetto estintivo previsto dall'art. 47, co. 12 o.p. per l'affidamento in prova al servizio sociale); la procedura penale (disciplina del patteggiamento per i delitti contro la p.a., nuova misura cautelare del divieto temporaneo di contrattare con la p.a., riformata disciplina delle intercettazioni informatiche o telematiche per i delitti contro la p.a., operazioni sotto copertura estese ai delitti contro la p.a.); la disciplina della responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 (inclusione del traffico d'influenze illecite tra i reati presupposto; aumento significativo della durata delle sanzioni interdittive in caso di condanna per alcuni delitti contro la p.a.).

2. Questa Rivista ha già dato conto, con una scheda di Chiara Ubiali, delle molte novità contemplate nell'originario disegno di legge, che ha tuttavia subito significative modifiche nel corso dei lavori parlamentari. Della modifica più discussa e rilevante – quella relativa alla disciplina della prescrizione del reato – si è pure dato conto con un contributo a firma di chi scrive ([clicca qui](#)), nonché con la pubblicazione delle registrazioni video delle audizioni parlamentari e dei comunicati di alcune associazioni di studiosi e di magistrati (rinvenibili nella colonna di sinistra). Va peraltro qui segnalato e messo in evidenza che di questa riforma, destinata a cancellare con un tratto di penna quella realizzata un anno fa dal precedente governo con la c.d. legge Orlando, si prevede l'entrata in vigore differita al 1° gennaio 2020. La legge Orlando continuerà pertanto a trovare applicazione per tutto l'anno prossimo, ragion per cui ci è parso ulteriormente interessante pubblicare in data odierna un contributo di Stefano Zirulia a commento di quella riforma, destinato al “Libro dell'anno del diritto” della Treccani.

Quando il disegno di legge sarà definitivamente approvato, sarà nostra cura procedere a un meditato esame delle diverse novità normative in materia di delitti contro la p.a. e di prescrizione del reato e non



mancheremo di ospitare contributi a riguardo. Riteniamo tuttavia di fare cosa utile ai nostri lettori pubblicando sin d'ora il testo approvato col voto di fiducia dal Senato – destinato verosimilmente a restare invariato nell'imminente passaggio alla Camera –, unitamente al Dossier del Servizio studi del Senato stesso, che fornisce una prima lettura dell'articolata riforma.

3. Senza alcuna pretesa di completezza, mi limito qui a segnalare ai lettori, tra le molte novità della riforma, alcune tra le più rilevanti introdotte nel corso dei lavori parlamentari e pertanto non presenti nella citata scheda di Chiara Ubiali, già pubblicata su questa Rivista.

3.1. Già ho detto della modifica della disciplina della prescrizione del reato, della quale si prevede l'entrata in vigore differita. Quanto alla seconda anima della legge in gestazione, relativa a corruzione e delitti contro la p.a., va segnalato anzitutto come l'iter in Parlamento non ha stravolto i pilastri portanti della riforma, a partire dall'inasprimento delle pene accessorie (interdizione dai pubblici uffici e incapacità di contrattare con la p.a.) realizzato in direzioni diverse: a) ampliando il novero dei casi in cui alla condanna conseguono le suddette pene accessorie; b) aumentando considerevolmente la durata di quelle temporanee (non più da 1 a 5 anni bensì da 5 a 7 anni); c) estendendo i casi in cui le pene stesse sono perpetue; d) prevedendo un termine più lungo per ottenere la riabilitazione delle pene accessorie perpetue (7 anni dalla riabilitazione, che non produce effetto, quanto meno immediato, rispetto a quelle pene); e) prevedendo la possibilità che, in deroga all'art. 166 c.p., il giudice, nel sospendere l'esecuzione della pena, possa non estenderne gli effetti alle pene accessorie stesse; f) prevedendo la possibilità, in sede di patteggiamento allargato, di negoziare la sospensione o l'applicazione delle suddette pene accessorie, anche perpetue; g) prevedendo che, in sede di patteggiamento 'ordinario', sia possibile applicare le suddette pene accessorie; h) introducendo quale misura cautelare il divieto temporaneo di contrattare con la p.a.; i) prevedendo, infine, che l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, che estingue ogni effetto penale della condanna (comprese le pene accessorie, secondo la giurisprudenza) non si estenda alle pene accessorie perpetue.

Da segnalare anzitutto, rispetto a entrambe le pene accessorie perpetue in questione, come una disposizione chiave per realizzare il c.d. DASPO



per i corrotti è rappresentata dal nuovo testo dell'art. 179 c.p. L'originaria versione del d.d.l. prevedeva che la riabilitazione non avesse effetto rispetto a quelle pene accessorie, estinguibili dopo 12 anni dall'intervenuta riabilitazione a condizione che il condannato riabilitato desse prova di buona condotta (cioè continuasse a dare prova di buona condotta). Questa disciplina è stata modificata diminuendo considerevolmente il termine decorso il quale, in caso di buona condotta, si produce l'effetto estintivo sulle pene perpetue: non più 12 anni, come nell'originario d.d.l., bensì 7 anni. A conti fatti, se la riforma sarà approvata il condannato a pena perpetua potrà chiedere la riabilitazione, come oggi, decorsi almeno tre anni dalla data in cui la pena principale sia stata eseguita o si sia altrimenti estinta, salvo dover però attendere ulteriori sette anni per l'estinzione della pena accessoria perpetua, senza poter contare sulla scorciatoia oggi rappresentata dal buon esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47, co. 12 o.p.). Si noti che le modifiche dell'art. 179 c.p. e dell'art. 47, co. 12 o.p. hanno portata generale e riguardano, pertanto, tutte le pene accessorie perpetue, con effetti che non sono limitati al settore dei delitti contro la p.a.

Da segnalare ancora, quanto alla disciplina dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 317 bis c.p.), che il legislatore ha dato rilievo alle circostanze attenuanti di cui all'art. 323 bis c.p. in una duplice direzione. Si è opportunamente previsto che se il fatto è di particolare tenuità (art. 323 bis, co. 1 c.p.) trova applicazione, in luogo della pena accessoria perpetua, la corrispondente pena temporanea (da 5 a 7 anni). Se, viceversa, ricorre la circostanza della collaborazione di cui all'art. 323 bis, co. 2 c.p., la condanna importa, in luogo della pena accessoria perpetua, la corrispondente pena temporanea da 1 a 5 anni. La prima previsione mira a porre la disciplina in linea con il principio di proporzionalità; la seconda costruisce un ponte d'oro per il 'pentito' che non possa percorrere la via, maestra, rappresentata dalla causa di non punibilità introdotta nel nuovo art. 323 bis c.p.

3.2. Proprio la causa di non punibilità per chi denuncia la corruzione rappresenta – quanto meno sotto il profilo delle opzioni politico-criminali – una delle principali novità introdotte dal disegno di legge in esame. Rispetto al testo originario, nel corso dei lavori parlamentari la disciplina è stata modificata in tre direzioni: a) estendendo la causa di non punibilità alla corruzione in atti giudiziari; b) escludendone l'applicabilità all'agente sotto copertura (per il timore che dietro al denunciante che guadagna

l'impunità possa nascondersi un agente provocatore); c) modificando la tempistica della denuncia utile: non più prima dell'iscrizione della notizia di reato (un termine normalmente ignoto al denunciante) e comunque entro sei mesi dalla commissione del fatto, come nella versione originaria, bensì "prima di avere notizia" dello svolgimento delle indagini e comunque entro quattro mesi dalla commissione del fatto.

3.3. Nonostante le perplessità manifestate durante i lavori parlamentari, non ha invece subito modifiche la disciplina riformata delle operazioni sotto copertura (art. 9, co. 1 l. 16 marzo 2006, n. 146), estesa come è risaputo dal d.d.l. alla corruzione e ad altri delitti contro la p.a. Il legislatore, fin dalla relazione di accompagnamento al d.d.l., ha sottolineato la differenza tra le operazioni sotto copertura, volte ad acquisire elementi di prova relativi a reati in essere, e l'agente provocatore, che invece, istigandone la commissione, crea un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso. E la preoccupazione del possibile abuso delle operazioni sotto copertura, per provocare il reato, è alla base della disposizione (essa sì riformulata) secondo cui la causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter (connessa alla denuncia del reato) non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione del citato art. 9 l. n. 146/2006. Senonché il testo della riformata disposizione, nella misura in cui consente all'agente sotto copertura di dare e ricevere tangenti, anche nell'ambito di un rapporto bilaterale (cioè al di fuori di contesti complessi/organizzati, ma nell'ambito di un semplice schema corrotto-corruttore), lascia a mio parere residuare il rischio di possibili abusi, sub specie di sconfinamenti, più o meno palesi, nella provocazione. E' un rischio che potrà e dovrà essere evitato ricorrendo a un'interpretazione conforme a Costituzione, che valorizzi, per il tramite dell'art. 117 Cost., la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di entrapment, che ravvisa una violazione dell'art. 6 Cedu (diritto all'equo processo) quando risulti che, senza la provocazione, il reato non sarebbe stato commesso e che, pertanto, le forze dell'ordine non si sono limitate a un ruolo passivo rispetto a un reato in essere, ma hanno creato il reato stesso, incitando l'autore a commetterlo (cfr. ad es. Romanuskas c. Lituania, 2008).

3.4. Tra le novità introdotte dalla riforma in gestazione, oggetto di modifiche rispetto all'originaria versione del d.d.l., segnalo la nuova disciplina della riparazione pecuniaria ex art. 322 quater c.p., che viene estesa anche al corruttore e sembra assumere i connotati di una sanzione,

dal problematico coordinamento con la confisca. Essa infatti è obbligatoria, in caso di condanna per corruzione e altri reati, e comporta sempre “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”. Non solo, la riparazione pecuniaria, in base a un nuovo art. 165, co. 4 c.p., diventa un obbligo al cui adempimento il giudice è tenuto a subordinare la sospensione condizionale della pena.

3.5. Rilevanti modifiche riguardano poi l’esecuzione delle pene per i reati di corruzione. Il regime differenziato di cui all’art. 4 bis, co. 1 o.p. viene infatti esteso ai reati di cui agli artt. “314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis” del codice penale (non anche al traffico di influenze illecite, come nell’originaria versione del d.d.l.); sicchè gli autori di questi reati potranno accedere ai benefici penitenziari – comprese le misure alternative alla detenzione – solo nei casi in cui collaborino con la giustizia; collaborazione che deve essere prestata – come si è precisato nel corso dei lavori parlamentari – “ ai sensi dell’art. 323 bis, co. 2 c.p.”. Questa disciplina, improntata ad estremo rigore e di dubbia legittimità costituzionale sotto il profilo dell’equiparazione del trattamento rispetto a reati di gravità tra loro ben diversa, va letta assieme alla causa di non punibilità per chi denuncia e all’attenuante (con effetti sulle pene principali e, come si è visto, anche sulle pene accessorie), riconosciuta a chi collabora in un momento in cui la causa di non punibilità, evidentemente, non è più applicabile. La collaborazione, incentivata nella fase delle indagini e a processo in corso, finisce per essere indotta in sede di esecuzione, pena l’impossibilità di accedere ai benefici penitenziari e pertanto la condanna a scontare la pena in carcere.

3.6. Da ultimo, vanno segnalate alcune riforme che incidono sulla disciplina della responsabilità da reato degli enti: da un lato, si inserisce nel catalogo dei reati presupposto il traffico di influenze illecite; dall’altro lato, si inasprisce la disciplina delle sanzioni interdittive in caso di condanna per concussione e alcune ipotesi di corruzione, aumentandone la durata in una misura (fino a sette anni, se l’illecito è commesso da soggetti in posizione apicale) comunque inferiore a quanto previsto dall’originario d.d.l., oggetto, sul punto, di forti critiche anche da parte di Confindustria, in sede di audizione. Anche in questo caso il legislatore ha inteso premiare la collaborazione, stabilendo che le sanzioni

interdittive hanno una durata inferiore (da tre mesi a due anni) “se prima della sentenza di primo grado l’ente si è efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l’adozione e l’attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi”.

DA SITO ANAC

- **L'interdizione da una professione o da un'arte**

L'interdizione dall'esercizio di una professione o un'arte è una pena accessoria prevista dal codice penale italiano all'art. 30 e priva chi ne sia colpito della capacità di esercitare, durante l'interdizione, una professione, un'arte, un mestiere che preveda il rilascio di un'autorizzazione, abilitazione, licenza o altro genere di permesso, e comporta la decadenza dal permesso, abilitazione, licenza; la decadenza si intende rivolta a chi è già in possesso di una abilitazione, licenza ecc, mentre privazione della capacità chi non sia abitualmente titolare del permesso.

Questa interdizione, oltre ad essere prevista in singole norme incriminatrici, consegue anche alla condanna per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'esercizio di una professione, arte, mestiere (art.31 c.p.) e non può avere durata inferiore a un mese, né superiore a cinque anni. Si determina in base al principio di equivalenza.[senza fonte]

Deve essere tenuta distinta dal divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali, designato come misura cautelare.

Art 30 cp Interdizione da una professione o da un'arte.

[I]. L'interdizione da una professione o da un'arte priva il condannato della capacità di esercitare, durante l'interdizione, una professione, arte, industria, o un commercio o mestiere, per cui è richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza dell'Autorità, e importa la decadenza dal permesso o dall'abilitazione, autorizzazione, o licenza anzidetti.

[II]. L'interdizione da una professione o da un'arte non può avere una durata inferiore a un mese, né superiore a cinque anni salvi i casi espressamente stabiliti dalla legge.

- **L'interdizione legale**

L'interdizione legale, nel diritto penale italiano, è una pena accessoria disposta nei confronti di coloro che siano stati condannati all'ergastolo o alla pena della reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni per delitto non colposo.

A seguito del provvedimento che dispone l'interdizione legale, il destinatario perde la capacità di agire; il provvedimento ha natura meramente dichiarativa al ricorrere dei presupposti di legge, non essendo prevista l'instaurazione di uno specifico procedimento.

A differenza dell'interdizione giudiziale, lo stato di incapacità che consegue alla pronuncia del provvedimento non è disposto a protezione dell'interdetto, come nel caso dell'infermo di mente, ma punitivo, per una più intensa punizione del condannato (art. 32 c.p.).

Va precisato che l'interdizione legale limita l'incapacità del soggetto ai soli atti che riguardano "la disponibilità e l'amministrazione dei beni" (art. 32 comma IV c.p.) e poiché in questo caso nel soggetto non difetta la capacità di intendere e di volere, esso può contrarre matrimonio, fare validamente testamento, riconoscere un figlio (pur se con la "sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori, salvo che il giudice disponga altrimenti"). Gli atti compiuti dall'interdetto legale sono annullabili e l'azione di annullamento può essere esercitata da chiunque ne abbia interesse (si tratta di un caso di legittimazione assoluta, in deroga al principio generale di legittimazione relativa per l'azione di annullamento).

Art 32 cp Interdizione legale.

[I]. Il condannato all'ergastolo è in stato d'interdizione legale.

[II]. La condanna all'ergastolo importa anche la decadenza dalla potestà dei genitori.

[III]. Il condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni è, durante la pena, in stato d'interdizione legale; la condanna produce altresì, durante la pena, la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori salvo che il giudice disponga altrimenti.

[IV]. Alla interdizione legale si applicano, per ciò che concerne la disponibilità e l'amministrazione dei beni, nonché la rappresentanza negli atti ad esse relativi, le norme della legge civile sulla interdizione giudiziale.

- L'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese

Art. 32-bis c.p. Interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese.

L'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese priva il condannato della capacità di esercitare, durante l'interdizione, l'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'imprenditore .

Essa consegue ad ogni condanna alla reclusione non inferiore a sei mesi per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio.

- L'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione

Codice penale

32-ter Incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione

1. L'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione importa il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio.

2. Essa non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a tre anni.

32-quater casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la p.a.

1. Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 316 bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319 bis, 320, 321, 322, 322-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 501, 501-bis, 640, n. 1) del secondo comma, 640 bis commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il DDL anticorruzione 18 dicembre 2018

32-quater. – (Casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione) – Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies, 452-quaterdecies, 501, 501-bis, 640, secondo comma, numero 1, 640-bis e 644, commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione»;

Si tratta dei seguenti reati:

1. art. 314, primo comma . Peculato (vedi sopra)
2. 316 bis cp Malversazione ai danni dello Stato

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 [32quater] (5).

Malversazione a danno dello Stato

AltalexPedia di Anna Larussa

Pubblicato il 01/06/2017

Commette il reato di malversazione a danno dello Stato 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 (art. 316-bis cod. pen.)

Come è noto, l'articolo 316 bis del codice penale, punisce a titolo di malversazione a danno dello Stato, il fatto di «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».

L'articolo è stato aggiunto dall'art. 3, L. 26 aprile 1990, n. 86, in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione ed è stato poi modificato nell'attuale versione dall'art. 1, L. 7 febbraio 1992, n. 181, che ha inserito un espresso riferimento alle Comunità europee: dopo tale inserimento il riferimento, nella rubrica della disposizione normativa, al solo Stato quale soggetto passivo del reato, appare incompleto dovendosi la suddetta soggettività riconoscere anche in capo a qualunque altro ente pubblico nonché alle Comunità europee.

2. L'interesse tutelato

La finalità della previsione incriminatrice è da ravvisare nell'esigenza di tutelare la «destinazione» dei finanziamenti pubblici, contrastando la condotta di chi, ottenuto un finanziamento con vincolo di destinazione alla soddisfazione di un determinato interesse pubblico, non lo impieghi per soddisfare la finalità preordinata. Il bene giuridico tutelato è pertanto costituito dalla corretta gestione delle risorse pubbliche destinate a fini di incentivazione economica.

3. Soggetto attivo

Nonostante la collocazione sistematica della fattispecie criminosa nel capo I del titolo II del libro II del codice penale, dedicato ai «delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», la malversazione si configura come reato comune, potendo essere commessa da “chiunque” soddisfi le condizioni prescritte dalla norma ovvero sia estraneo alla PA e sia beneficiario di un finanziamento pubblico, vincolato a soddisfare le finalità di interesse generale individuate dal precetto che ha autorizzato l'erogazione; altri (FIANDACAMUSCO, PELISSERO) lo definisce “proprio” in ragione della necessaria ricorrenza delle due condizioni predette. Poichè la norma usa la locuzione “estraneo alla P.A.” per connotare il soggetto attivo del reato, si è posto il problema di come interpretare tale concetto, se in senso rigido, e quindi escludendo tout court tutti i soggetti inseriti in un qualunque apparato pubblico, ovvero in senso ampio, avendo riguardo per la definizione della soggettività attiva anche all'altra condizione prevista dalla norma: orbene, la Corte di Cassazione ha, sul punto, optato per la seconda interpretazione e ha precisato che la nozione di “estraneità” alla pubblica amministrazione deve intendersi in senso ampio, tale da escludere non solo coloro che non siano inseriti nell'apparato organizzativo dell'amministrazione, ma anche coloro che, pur legati da un vincolo di subordinazione, non partecipino alla procedura di controllo delle erogazioni (Cass. Pen., Sez. VI, Sentenza 22 maggio 2015, n. 21494; Cass. Pen. Sez. VI, Sez. VI, 29 settembre 2005, n. 41178).

4. Soggetto passivo

Soggetto passivo del reato sono lo Stato, la Comunità europea o altro ente pubblico (da intendersi come il soggetto attraverso cui la pubblica amministrazione esplica la sua attività istituzionale) che ha erogato il finanziamento a condizioni di favore – fino alla gratuità come nel caso delle sovvenzioni – con vincolo di destinazione.

Dalla tassatività dell'elencazione prevista dall'art. 316-bis c.p. consegue che il privato denunciante, non potendo qualificarsi come persona offesa dal reato, non ha la facoltà di proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione formulata dal p.m.

5. Elemento materiale

Quanto all'elemento materiale, il reato in questione consta di un presupposto e di una condotta: il primo è costituito dall'erogazione di un contributo, di una sovvenzione o di un finanziamento destinato a determinate finalità di interesse pubblico (Cass. Pen., Sez. VI 28 settembre 1992, Scotti, 27 maggio 1998, Cosentini, e 16 marzo 2000, Abruzzo); la seconda è costituita dalla diversa destinazione che il beneficiario dà a quella somma o a una parte di essa (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 27 maggio 1998, Cosentini; Sezione VI penale, sentenza 16 marzo 2000, Abruzzo); tale destinazione può essere del tipo più variabile, potendo spaziare dal semplice non utilizzo (laddove, ad esempio, la somma rimanga immobilizzata su un conto corrente) all'appropriazione pura e semplice e persino alla realizzazione di opere d'interesse aziendale ma non rientranti fra quelle per le quali il finanziamento era stato concesso: ciò in

quanto l'individuazione e la valutazione dell'interesse pubblico da agevolare spetta soltanto allo Stato o al diverso ente pubblico erogante.

Più nel dettaglio, nell'alveo del presupposto del reato, si possono definire la nozione di sovvenzioni con riguardo alle attribuzioni pecuniarie a fondo perduto, quella di contributi con riguardo alle erogazioni in conto capitale o in conto interessi finalizzate al raggiungimento di determinati obiettivi produttivi, quella di finanziamenti con riguardo ai prestiti caratterizzati da condizioni più favorevoli di quelli esistenti sul mercato.

Quanto alla condotta, il reato è integrato non solo nel caso di distrazione «a fini privati», ma anche nel caso di destinazione del finanziamento a soddisfare una finalità di pubblico interesse diversa da quella vincolata, pur anche quando questa fosse stata ritenuta dal beneficiario più urgente e più meritevole di soddisfazione (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 6 giugno 2001, per la quale l'individuazione e la valutazione dell'interesse pubblico da agevolare spetta sempre e soltanto allo Stato o al diverso ente pubblico erogante), in altre parole, in tutte le ipotesi di variazioni e scostamenti ab initio o in itinere dal progetto finanziato.

6. Elemento soggettivo

L'elemento soggettivo del reato di malversazione a danno dello Stato è il dolo generico, consistente nella consapevole volontà di sottrarre allo scopo prefissato le risorse derivanti dalla erogazione di un contributo, di una sovvenzione o di un finanziamento destinato a determinate finalità di interesse pubblico; rimanendo, quindi, irrilevanti le finalità di qualsiasi tipo che l'agente abbia inteso perseguire.

7. Caratteristiche

Il reato in questione, in ragione delle diverse modalità esecutive con cui può realizzarsi si può connotare sia come reato commissivo, quindi come distrazione dell'erogazione dallo scopo tipico, sia come reato omissivo, ovvero come mancato impiego della somma nell'ambito della destinazione vincolata (così, Tribunale di Milano, sentenza 10 novembre 1997, Bottinelli e altro).

Inoltre, in ragione del danno cagionato all'ente erogante, si configura appunto come reato di danno.

8. Momento consumativo

Poiché il reato previsto dall'articolo 316-bis del codice penale ha come scopo quello di reprimere le frodi successive al conseguimento di prestazioni pubbliche (frodi attuate non destinando i fondi ottenuti alle finalità per le quali essi sono stati erogati), si ritiene che lo stesso si perfezioni nel momento in cui si attua la mancata destinazione dei fondi allo scopo per il quale erano stati ottenuti, derivandone che trattasi di reato istantaneo e non permanente (Cass. Pen., Sez. VI 8 novembre 2002, n. 40375).

Ove si acceda all'interpretazione secondo cui il reato avrebbe anche natura commissiva, attesa la possibilità di integrazione della condotta attraverso la destinazione delle somme erogate ad altro scopo, la consumazione si perfezionerebbe nel momento in cui tale destinazione fosse posta in essere.

9. Particolare tenuità del fatto

Al delitto in questione è applicabile la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis c.p., per la particolare tenuità del fatto

10. Rapporto con l'art. 640 bis c.p.

Un precisa notazione merita il rapporto tra il reato in questione e la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.). Al riguardo, la dottrina ha evidenziato la complementarità tra le due figure di reato: la truffa aggravata, infatti, incrimina l'illecito conseguimento da parte del privato, mediante artifici e raggiri, di finanziamenti pubblici che non gli spetterebbero e, quindi, la frode a monte; la malversazione a danno dello Stato, al contrario, punisce l'utilizzazione delle risorse pubbliche per un fine diverso e, pertanto, la frode a valle. Nell'ipotesi in cui il privato dapprima, mediante artifici e raggiri, abbia ottenuto risorse che, altrimenti, non avrebbe avuto titolo a percepire e, successivamente, abbia utilizzato tali somme per scopi diversi da quelli indicati dalla legge, la dottrina esclude il concorso materiale in omaggio al principio del ne bis in idem sostanziale (Fiandaca – Musco).

La giurisprudenza è divisa: un primo orientamento ritiene infatti che le due fattispecie siano in concorso fra di loro in ragione della mancanza di identità degli interessi protetti (Cass. Pen., Sez. II, n. 29512 del 16/06/2015, Sicilfert s.r.l., Rv. 264232; Cass. Pen., Sez. II, n. 43349 del 27/10/2011, Bonaldi, Rv. 250994; Cass. Pen., Sez. VI, n. 4313 del 02/12/2003, dep. 2004, Gramegna, Rv. 228655).

L'opposto orientamento ritiene sussistente un concorso apparente di norme, in quanto i comportamenti tipizzati nelle disposizioni in esame sarebbero offensivi del medesimo bene giuridico, poiché il diverso impiego del finanziamento conseguirebbe naturalmente all'ottenimento dell'erogazione a seguito di artifici o raggiri (Cass. Pen., Sez. II, n. 42934 del 18/09/2014; Cass. Pen., Sez. VI, n. 23063 del 12/05/2009, Bilotti, Rv. 244180; Cass. Pen., Sez. II, n. 39644 del 09/07/2004, Ambrosio, Rv. 230365),

Di recente, sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite (Cass. Pen. S.U., sentenza 28 aprile 2017, n. 20664) le quali hanno optato per la sussistenza di un concorso materiale. In tale direzione deporrebbero secondo l'autorevole Consesso: lo sviluppo storico e sistematico delle due previsioni incriminatrici, rispetto alle quali la mancata previsione di clausole di riserva sarebbe indiziante di una meditata autonomia delle fattispecie; la consumazione in tempi diversi dei due reati, che presupporrebbe una pianificazione

autonoma da parte dell'autore; la possibilità astratta di situazioni diverse ("a) il privato ottiene un finanziamento illecitamente e, successivamente, utilizza la somma per scopi privati (l'ipotesi più frequente); b) il privato ottiene con mezzi fraudolenti l'erogazione, ma la destina effettivamente ad opere o attività giustificanti il sostegno economico richiesto (ipotesi più rara ma non certo impossibile); c) il privato ottiene legittimamente il finanziamento, ma omette di destinarlo all'attività o all'opera di pubblico interesse per cui era stato erogato cfr. testualmente la sentenza citata; la circostanza che il reato di cui all'art. 316-ter cod. pen., omologo a quello di cui all'art. 640-bis cod. pen., è punito in modo più mite di quest'ultima incriminazione, cosicché rispetto a questo la fattispecie di cui all'art. 316-bis cod. pen., che si realizzerebbe ove gli importi riscossi vengano sottratti alle finalità a cui erano destinati per essi stabilite, non potrebbe ridursi ad un irrilevante post factum non punibile.

Responsabilità dell'ente

Nel caso in cui il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio di un ente, società o associazione, anche priva di responsabilità giuridica, ad eccezione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli enti pubblici non economici e degli enti aventi funzioni costituzionali il d.lgs. 231/2001 contempla, per il reato, accanto alla responsabilità penale del singolo autore, anche quella amministrativa dello stesso ente, società o associazione.

Tale disciplina prevede che la responsabilità amministrativa dell'ente quando il delitto sia commesso, nell'interesse o a vantaggio del medesimo, dai soggetti indicati dagli articoli 5 e 6 del d.lgs. 231/2001, ossia da chi rivesta funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione, o eserciti anche di fatto la gestione o il controllo dell'ente, ovvero da chi sia sottoposto alla direzione o vigilanza di una delle persone appena individuate.

11. Aspetti processuali

Sanzione: la pena prevista per il reato di cui all'art. 316-bis c.p. è la reclusione da sei mesi a quattro anni. Alla condanna consegue la confisca obbligatoria dei beni, la quale può realizzarsi anche per equivalente.

Procedibilità: d'ufficio.

Autorità giudiziaria competente: Tribunale collegiale

12. Bibliografia

AA.VV., Manuale di diritto penale parte speciale, Roma 2010, Dike giuridica p.150;

BENUSSI, Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato, in Riv. trim. dir. pen. Econ., 1997;

BOLOGNINI, Malversazione a danno dello Stato, in I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Padova, 1999;

COPPI, Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, in Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 1993;

GAMBARDELLA, Art. 316-bis. Malversazione ai danni dello Stato in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina di G. Lattanzi, Milano, 2010;

GULLO, Malversazione a danno dello stato (Art. 316-bis), in Dizionario dei reati contro l'economia, Milano, 2000;

FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, parte speciale, Bologna, 2001, p.198;

MARCONI, Malversazione ai danni dello Stato, in Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 1993;

PATALANO, La malversazione a danno dello Stato, Torino, 2003;

PELISSERO, Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato, in Riv.it. Dir. Proc.pen. 1992; PISA, Malversazione a danno dello Stato, in I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, Torino, 1996.

3. Art. 316 ter c.p. Indebita percezione di erogazioni a danno dello stato

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640bis, 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 (2) è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a tremilanovecentonovantanove euro e novantasei centesimi si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da cinquemilacentosessantaquattro euro a venticinquemilaottocentoventidue euro. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito

Da Iusinitinere - Claudia Ercolini

La legge 300 del 2000 ha introdotto, nel nostro sistema penale, la fattispecie di “indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato” di cui al 316 quater c.p., ponendosi in linea di continuità con gli interventi del 1990, volti alla introduzione delle ipotesi di “malversazione a danno dello Stato” di cui al 316 bis c.p. e della “truffa aggravata” ex 640 bis c.p. È possibile, infatti, delineare una comune ratio di riferimento: la repressione delle frodi aventi ad oggetto

le sovvenzioni nazionali o comunitarie, perpetrate tramite condotte di abusiva captazione o distrazione dei finanziamenti pubblici.

Ebbene l'art. 316 ter c.p. incrimina, salvo che il fatto costituisca il reato previsto dal 640 bis c.p., la condotta di "Colui che mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente 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".

Dunque il legislatore, tramite tale norma, ha voluto completare il sistema di tutela colmando la precedente lacuna riscontrata nel sistema penale: la mancata incriminazione delle condotte volte al conseguimento illegittimo delle erogazioni pubbliche incentivanti, senza tuttavia integrare gli artifici e i raggiri propri della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. [1] Pertanto, giova in primo luogo evidenziare, il rapporto di sussidiarietà tra gli articoli 316 ter c.p. e 640 bis c.p., desumibile dalla clausola di riserva posta nell'incipit della prima norma e confermato dalle Sezioni Unite nel 2007: " Il delitto di indebita percezione a danni dello Stato è in rapporto di sussidiarietà e non di specialità con quello della truffa aggravata, in quanto il primo reato, residuale e meno grave, si configura solo quando difettino nella condotta gli estremi della truffa, come nel caso di situazioni qualificate dal mero silenzio antidoveroso o dalla assenza di induzione in errore dall'autore della disposizione patrimoniale".

Dunque, ai fini dell'integrazione del 316 ter c.p., è sufficiente il mero mendacio, ovvero le semplici dichiarazioni che siano non veritiere ma allo stesso tempo non fraudolente.

Dunque, l'elemento presente nella truffa e non nel delitto di cui al 316 ter c.p. è costituito proprio dagli artifici e raggiri e dalla loro idoneità ingannatoria, ovvero la capacità di indurre in errore l'ente erogatore.

Tuttavia il semplice silenzio antidoveroso o la semplice condotta di falso non sono di per sé sufficienti ad escludere la configurazione del 640 bis c.p.: tali condotte potranno, infatti, assumere connotati fraudolenti ed ingannatori, tali da indurre in errore ed integrare l'ipotesi della truffa.

Definita tale differenza, possiamo identificare, con più precisione, il bene giuridico tutelato dalla norma: questo è rappresentato dagli interessi finanziari della P.A. nazionale e comunitaria e dal connesso buon andamento della stessa, con particolare riferimento all'aspetto della corretta allocazione delle risorse.

Circa il soggetto attivo del reato si identifica in "chiunque", pertanto il reato verrà integrato da un qualsiasi soggetto, purchè sia estraneo alla P.A.

Si tratta dunque di un reato comune, di pericolo e a condotta interamente vincolata, data la indicazione rigida delle modalità attuative da parte della norma.

In particolare vengono descritte due tipologie di condotte: commissive ed omissive. La prima risulta integrata attraverso l'utilizzo o comunque la presentazione, ai pubblici funzionari incaricati del vaglio, di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere. Il termine utilizzare, invece, viene impiegato nel significato di "servirsi di qualcosa", che però non viene "prodotto" o allegato, ossia trasferito materialmente nella sfera di disponibilità del destinatario. Il verbo presentare è qui sinonimo di esporre, mostrare o far conoscere. Documento, poi, è l'atto scritto che contiene dati, nozioni o notizie e a tale ampia categoria vanno ricondotti anche i documenti informatici, fonici o audiovisivi. La dichiarazione, al contrario, è una manifestazione solo verbale, non cristallizzata in un supporto. Tali documenti e dichiarazioni devono poi, per espressa dizione normativa, essere falsi o attestanti cose non vere, secondo una dizione volutamente ampia, che abbraccia ogni tipo di falsità, sia essa ideologica o materiale.

La ulteriore condotta, invece, è di tipo omissivo, deve ovviamente trattarsi dell'omissione di informazioni dovute: queste devono trovare fondamento in una richiesta espressa dell'ente erogatore nel corso dell'istruttoria, finalizzata alla concessione del finanziamento o risultare imposte dal principio di buona fede precontrattuale ex art. 1337 c.c.

Inoltre, sia le dichiarazioni e i documenti falsi, sia le omissioni devono naturalmente presentarsi determinanti, ovvero causalmente efficienti, in relazione all'esito positivo del percorso burocratico che conduce all'erogazione economica finale.

Per ciò che concerne il coefficiente psicologico preteso dal tipo legale in esame, questo è rappresentato dal dolo generico. La forma omissiva di realizzazione del modello legale, inoltre, presuppone pacificamente la conoscenza — da parte del soggetto agente — delle informazioni rilevanti e della incidenza di queste sulla spettanza delle erogazioni.

Infine possiamo evidenziare la stretta vicinanza tra tale fattispecie di reato e quella dell'art. 316 bis c.p. volta alla incriminazione della condotta di "malversazione a danno dello Stato".

La Cassazione nel 2008[2] si è espressa proprio al fine di mettere in luce il discrimen" tra le due tipologie di reato: "Mentre l'articolo 316 bis del c.p. è diretto a reprimere la distrazione dei contributi pubblici dalle finalità per le quali erano stati erogati e si riferisce necessariamente ai contributi connotati appunto da un tale vincolo di destinazione, l'art. 316 ter c.p., essendo destinato a reprimere la percezione di per sé indebita dei contributi, indipendentemente dalla loro successiva destinazione, è applicabile anche a erogazioni non condizionate da particolari destinazioni funzionali"

Di fatto, analizzandone i rapporti, si dovrebbe giungere alla conclusione che tra le due fattispecie non si ponga un problema di concorso di reati, bensì di concorso apparente di norme.

Pertanto, colui che mediante la presentazione di documenti falsi ottiene un finanziamento pubblico e successivamente lo destina a finalità diverse da quelle della causale o a finalità private dovrebbe, di conseguenza, essere punito ai sensi dell'art. 316 ter c.p. [3]

Il problema sorge, però, in quanto l'art. 316 ter c.p. è sanzionato meno gravemente rispetto all'art. 316 bis, non potendo operare, dunque, il principio dell'assorbimento. Perciò, è preferibile una soluzione diversa che inquadra i rapporti tra le due fattispecie all'interno della categoria del concorso di reati, disciplina sanzionatoria che sarà, il più delle volte, mitigata dall'istituto del reato continuato ex art. 81 c.p.

[1] GALLI R., (2017). *Nuovo corso di diritto penale*. Cedam, Italia, Milano.

[2] *Sentenza del 26 settembre 2008, n. 36975*

4. art. 317 c.p. Concussione (vedi sopra)

5. art. 318 c.p. Corruzione per l'esercizio della funzione (vedi sopra)

6. art. 319 e 319 bis c.p. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (vedi sopra)

7. art. 319 ter c.p. Corruzione in atti giudiziari (vedi sopra)

8. art. 319 quater c.p. Induzione indebita a dare o promettere utilità (vedi sopra)

9. art. 320 c.p. Corruzione di persona incaricata di pubblico servizio, con riferimento anche al corruttore (art. 321 c.p.) vedi sopra

10. art. 322 c.p. Istigazione alla corruzione (vedi sopra)

11. art. 322 bis c.p. Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale e degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (vedi sopra)

12. art. 346 bis c.p. Traffico di influenze illecite (vedi sopra)

13. art. 353 c.p. 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 [534, 576-581; 264] 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 e con la multa da centotre euro a milletrentadue euro.

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 cinquecentosedici euro a duemilasessantacinque euro .

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 [32quater] .

R. Lugli, Turbata libertà degli incanti, confini giuridici e rapporti con il reato di estorsione, in Giurisprudenza Penale Web, 2017, 7-8

Cassazione Penale, Sez. II, 28 giugno 2017 (ud. 28 aprile 2017), n. 28388

Presidente Diotallevi, Relatore Ariolli, PG Lori

Con la sentenza in commento la Seconda Sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata sul reato di cui all'art. 353 c.p. affermando che il reato di turbata libertà degli incanti è integrato da tutte le condotte tipiche che si inseriscono nella procedura di incanto, anche se intervenute successivamente alla chiusura dell'asta e ribadendo che tra questa fattispecie e il reato di estorsione non sussiste un concorso apparente di norme.

1. Il fatto storico. Alla base della pronuncia le condotte turbative di una gara indetta per l'aggiudicazione di un bene immobile pignorato (nell'ambito di una procedura esecutiva immobiliare).

Secondo la ricostruzione operata in sentenza i tre imputati, ossia la debitrice esecutata, il marito e il fratello della stessa, con minacce e richieste "sollecitavano" l'aggiudicatario a rinunciare al trasferimento dell'immobile – impedendogli di versare la restante parte del prezzo di cui all'asta – con l'intento di far rientrare nel possesso del bene la debitrice. Intento poi realizzato a seguito di un nuovo incanto aggiudicato, ad un prezzo inferiore rispetto a quello precedente, dalla madre della debitrice esecutata.

Per tali condotte i tre imputati sono stati condannati in primo grado (sentenza poi confermata in appello), per i reati di estorsione e di turbata libertà degli incanti.

2. Confine giuridico del reato di turbata libertà degli incanti

Confermando la pronuncia della Corte territoriale, la sentenza in commento individua il confine giuridico del reato di cui all'art. 353 c.p. partendo dall'interpretazione del concetto di "gara" indicato nella norma.

La difesa degli imputati aveva infatti sostenuto un'interpretazione restrittiva facendo coincidere il concetto di "gara" solo con il momento partecipativo dell'asta, escludendo quindi

il reato nelle ipotesi in cui – analogamente al caso di specie – le condotte fossero state poste successivamente all’aggiudicazione, configurandole stesse un post factum non punibile.

La Corte di Cassazione ha escluso tale interpretazione, affermando che la fattispecie di cui all’art. 353 c.p. è a formazione progressiva che si sviluppa attraverso la creazione di un vincolo di indisponibilità del bene, e procede, mediante indizione della gara, con l’aggiudicazione provvisoria dello stesso a seguito della formulazione delle offerte (e il successivo ed eventuale l’incanto) e la successiva vendita, che sostanzia e perfeziona la vicenda traslativa. È proprio alla vendita definitiva che – secondo la Corte – deve aversi riguardo per determinare il confine giuridico della “gara” tipizzata dalla norma.

L’art. 353 c.p. punisce, così, non solo le turbative materiali allo svolgimento dell’asta e delle procedure di incanto, ma tutte le condotte tipiche che si inseriscono nella procedura, falsandone l’esito. Quindi anche quelle che riguardano la fase di trasferimento del bene, come nel caso di specie.

La Corte fonda tale interpretazione, in sostanza, su due argomenti: le disposizioni relative alle fasi dell’incanto, dell’aggiudicazione provvisoria e della successiva assegnazione definitiva sono contenute nel medesimo alveo di norme del codice di procedura civile e le opposizioni all’aggiudicazione possono essere avanzate fino all’aggiudicazione definitiva, quindi fino all’effetto traslativo che individua la conclusione della procedura. Tali argomenti appaiono però non del tutto convincenti.

Tuttavia, l’interpretazione estensiva avallata dalla Cassazione risulta esattamente in linea con la profonda attenzione che da sempre è stata data alla tutela dei pubblici incanti, anzitutto proprio dal legislatore. Si pensi, infatti, alle fattispecie di cui agli artt. 353 bis e 354 c.p., ma anche dalla Giurisprudenza di Legittimità che ha avuto modo di individuare confini piuttosto ampi del reato di turbata libertà, ritenendo configurabile “la turbativa illecita di cui all’art. 353 cod. pen. (...) anche nella procedura che precede la indizione della gara, purché essa abbia idoneità ad alternarne il risultato finale”, con ciò determinandone tra l’altro il confine iniziale (cfr. Cass. pen., Sez. 6, Sentenza n. 653 del 14/10/2016 Ud. (dep. 10/01/2017) Rv. 269525).

Sebbene siano evidenti i rischi di tali interpretazioni estensive (in termini di tassatività della norma penale), non può non rilevarsi come limitare l’applicazione dell’art. 353 c.p. soltanto al momento dell’asta vanificherebbe le finalità di tutela perseguite dal legislatore che pervadono tutte le fasi della procedura, quindi anche quella finale con effetto traslativo, ove si ritiene essere prevalente l’interesse di carattere pubblicistico, volto alla soddisfazione dei crediti nel rispetto della par conditio creditorum (al fine di realizzare compiutamente ed autoritativamente la responsabilità patrimoniale del debitore di cui all’art. 2740 c.c.).

3. I rapporti con l'estorsione

Le considerazioni di cui sopra assumono maggior criticità in relazione alla seconda questione affrontata dalla Corte in sentenza: configurabilità di un concorso formale tra il reato di estorsione e quello di turbata libertà degli incanti.

Dopo aver ricordato e avallato l'impostazione di tipo teleologico sul tema, per cui le due norme concorrono tutelando beni giuridici diversi (l'art. 629 c.p. tutela il patrimonio, attraverso la repressione di atti diretti a coartare la volontà di autodeterminazione del soggetto negli atti di disposizione patrimoniale, l'art. 353 c.p. tutela l'interesse della pubblica amministrazione a che la gara, che deve precedere la stipulazione del contratto dal quale deriva una entrata oppure una spesa, si svolga nella più ampia libertà e regolarmente sotto ogni aspetto, garantendo una contrattazione giusta e conveniente)[1] la Corte effettua un confronto tra gli elementi costitutivi delle due fattispecie escludendo che possa esservi un concorso apparente difettando gli elementi psicologici dei reati in esame.

La Suprema Corte prosegue e individua un elemento del tutto nuovo di divergenza tra le due norme – che desta tuttavia qualche perplessità –: se la turbata libertà degli incanti può configurarsi con una semplice condotta intimidatoria (o la violenza) che turbi o impedisca la gara, il reato di estorsione richiede un quid pluris tra la condotta e l'evento, costituito da un atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto coartato, che deve essere causalmente legato alla violenza o minaccia.

Tale ultima considerazione valutata rispetto al peculiare caso di specie relativo ad una procedura esecutiva immobiliare “turbata” nella fase di trasferimento del bene solleva dubbi circa una possibile violazione del c.d. ne bis in idem sostanziale. Si osservi, infatti, che, secondo questa impostazione, gli imputati con minacce (che costituiscono la condotta) hanno impedito che l'aggiudicatario provvisorio corrispondesse il prezzo mancante (e con ciò realizzando l'evento del reato di cui all'art. 353 c.p., vale a dire il turbamento della gara); allo stesso tempo però questo evento – il non aver versato il prezzo – secondo la Corte costituirebbe anche l'atto di disposizione patrimoniale dell'aggiudicatario “provvisorio” del bene, causalmente legato alle minacce, da cui discende la configurabilità anche del delitto di estorsione.

È evidente come, in fattispecie analoghe a quella del caso in esame, la configurabilità di un concorso formale tra gli artt. 353 e 629 c.p. sia, quantomeno, un po' forzata. Le norme finirebbero, infatti, per condannare un idem factum il cui disvalore avrebbe, forse, potuto trovare integrale tutela sotto l'art. 353 c.p. interpretato quale reato plurioffensivo, posto a tutela sia dell'interesse della pubblica amministrazione sia del privato. Diversamente si rischia di duplicare la punibilità per il medesimo fatto con conseguente violazione del ne bis in idem sostanziale.

[1] *Invero la Corte non ignora l'impostazione che inquadra la fattispecie di turbata libertà degli incanti tra i reati plurioffensivi che tutelano altresì "la libertà di chi partecipa alle gare di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza" ma tale aspetto non viene considerato, come invece intendeva la difesa, ai fini dell'identità tra i beni giuridici.*

.14. art. 356 c.p. Frode nelle pubbliche forniture

Chiunque commette frode (1) nella 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 milletrecentadue euro [32quater] (2).

La pena è aumentata [64] nei casi preveduti dal primo capoverso dell'articolo precedente [252].

Frode: è ogni comportamento malizioso, non necessariamente implicante inganni o raggiri, volto a conseguire un illecito profitto, non fornendo quanto dovuto secondo contratto o fornendo cose diverse per quantità o qualità, senza tuttavia che sia necessario che si configuri un aliud pro alio.

(1) *Secondo qualche giudice di merito, soggetto attivo del reato può essere anche un incaricato di pubblico servizio [v. 358] che si sia contrattualmente impegnato.*

(2) *Anche la giurisprudenza chiarisce che il termine frode si riferisce ad ogni adempimento che sia affetto da malafede contrattuale, essendo sufficiente la dolosa consegna di cose in tutto o in parte difformi dalle caratteristiche convenute (o dal campione) senza che occorra necessariamente la consegna dell'aliud pro alio in senso civilistico (nella specie l'imputato, aggiudicatario dell'appalto relativo ad una fornitura di divise invernali per il personale di un comune, aveva consegnato divise non conformi, per qualità della stoffa, alle caratteristiche tecniche prestabilite nel capitolo d'appalto) (Cass. 10-11-1987, n. 11449).*

(3) *Importo incrementato ex art. 113, c. 1, l. 689/1981.*

(4) *Cfr. nota (4) sub art. 316bis.*

(5) *Risponde del delitto in esame, ad esempio, il dipendente di un ente pubblico che abbia assunto contrattualmente l'obbligo di fornire determinati prodotti a un altro ente pubblico.*

Giurisprudenza annotata

Frode nelle pubbliche forniture

Il reato di frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.) non richiede una condotta implicante artifici o raggiri, propri del reato di truffa, nè un evento di danno per la parte offesa, coincidente con il profitto dell'agente, essendo sufficiente la dolosa inesecuzione del contratto

pubblico di fornitura di cose o servizi, con la conseguenza che ove ricorrano anche i suddetti elementi caratterizzanti la truffa è configurabile il concorso tra i due delitti. (Rigetta, App. Lecce, s.d. Taranto, 12/07/2012)

Cassazione penale sez. VI 15 maggio 2014 n. 38346

In tema di frode nelle pubbliche forniture, il momento consumativo del reato di cui all'art. 356 c.p., presupponendo il compimento di una attività di verifica svolta dal contraente pubblico in grado di disvelare il mancato adempimento del contratto nei suoi profili essenziali, coincide con la contestazione di specifici vizi o inadempienze all'appaltatore, non essendo sufficiente una qualsiasi difformità nell'esecuzione della prestazione o la mera interlocuzione fra le parti. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso che la consumazione del reato andasse individuata nell'epoca di invio di una missiva interlocutoria del direttore dei lavori, che aveva contestato solo una parte dei vizi dell'opera allo scopo di suggerire all'appaltatore i necessari interventi correttivi). (Rigetta, App. Lecce, s.d. Taranto, 12/07/2012

Cassazione penale sez. VI 15 maggio 2014 n. 38346

Il delitto di cui all'art. 356 c.p. presuppone un inadempimento fraudolento che si ponga come momento di una complessiva inesecuzione della prestazione, letta nella sua integralità e non parcellizzata tramite i singoli momenti attraverso i quali si realizza, salvo che gli stessi assumano un rilievo essenziale rispetto alla corretta esecuzione degli obblighi assunti. (Fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto non configurabile il delitto in esame, con riferimento ad una esternalizzazione di servizi regionali a favore di una società privata, in presenza di un singolo inadempimento costituito dall'essere stato un dipendente adibito ad una funzione diversa da quella pattuita). Annulla in parte senza rinvio, App. Catanzaro, 27/01/2012

Cassazione penale sez. VI 02 ottobre 2013 n. 50334

L'art. 356 c.p. sanziona quelle condotte contrattuali che nei rapporti con l'amministrazione violano il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, principio sancito dall'art. 1375 c.c. La malafede si può manifestare attraverso espedienti maliziosi o inganni da parte del fornitore, diretti a dissimulare la mancata attuazione degli obblighi contrattuali, così compromettendo gli interessi della p.a.

Ufficio Indagini preliminari Torino 10 maggio 2011 n. 913

Il reato previsto dall'art. 356 c.p., è configurabile anche nel caso in cui venga fornita una cosa diversa da quella pattuita e tale diversità può riferirsi all'origine, alla provenienza, alla qualità o quantità purché si tratti di un livello di difformità che abbia un'apprezzabile grado di significatività, che cioè sia idoneo ad incidere nello svolgimento del rapporto con

L'amministrazione e, quindi ad offendere il bene tutelato dalla norma incriminatrice, infatti non è necessario un comportamento fraudolento mediante uso di raggiri, essendo sufficiente la semplice mala fede nell'esecuzione del contratto, ravvisabile anche nella consegna "aliud pro alio".

Ufficio Indagini preliminari Torino 10 maggio 2011 n. 913

Per integrare il reato di cui all'art. 356 c.p. non è sufficiente il semplice inadempimento del contratto, ma occorre un "quid pluris" rappresentato dalla malafede contrattuale e, dunque, la presenza di un espediente malizioso o di un inganno tali da fare apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti (accolto, nella specie, il ricorso avverso il sequestro preventivo di apparecchi T-red la cui fornitura, a detta dell'accusa, integrava una ipotesi di "aliud pro alio", sull'assunto che tali apparecchi fossero muniti soltanto in apparenza dell'approvazione ministeriale, atteso che il produttore l'avrebbe ottenuta con l'inganno, omettendo deliberatamente di sottoporre all'esame degli organi tecnici del Ministero un componente fondamentale dell'apparecchiatura (una scheda relè preposta alla trasmissione del segnale semaforico alle telecamere di ripresa), che costituiva la causa dei malfunzionamenti riscontrati; la Corte, invece, ha fatto proprie le osservazioni di una verifica amministrativa, ribadendo che l'interfaccia con l'impianto semaforico -costituita, nella specie, dalla scheda incriminata- non faceva parte integrante dell'apparecchio e non era quindi soggetta alla procedura di approvazione e, pertanto, confermando la validità del decreto di approvazione del T-red a suo tempo emesso).

Cassazione penale sez. VI 10 gennaio 2011 n. 5317

In tema di frode nelle pubbliche forniture, il semplice inadempimento del contratto non integra il reato di cui all'art. 356 c.p., richiedendo la norma un "quid pluris", cioè la malafede contrattuale e, dunque, la presenza di un espediente malizioso o di un inganno, tale da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti. A tal fine, per la configurabilità del reato, non è però necessario un comportamento fraudolento mediante l'uso di raggiri (potendosi anzi configurare, in concorso, il reato di truffa, ove siano posti in essere artifici o raggiri), essendo sufficiente la semplice malafede nell'esecuzione del contratto che si sostanzia nella consegna di "aliud pro alio", indipendentemente da ogni valutazione circa l'idoneità della cosa consegnata rispetto alla destinazione che essa deve avere; e ciò con la precisazione che la consegna dell'"aliud pro alio" si verifica non solo quando la cosa sia materialmente diversa per genere o specie da quella pattuita, ma anche quando presenti difformità qualitative intrinseche tali da renderla del tutto inidonea alla funzione economico-sociale del contratto, quale conosciuto e voluto dalle parti contraenti (da queste premesse, è stato ritenuto correttamente ravvisato il reato "de quo" a carico del titolare di un laboratorio di analisi convenzionato con la Asl, che aveva presentato per il pagamento alla predetta azienda fatture relative ad analisi chimiche di laboratorio su pazienti

convenzionati che solo apparentemente risultavano essere eseguite a regola d'arte, mentre erano state in realtà effettuate con reagenti chimici e reattivi con validità scaduta).

Cassazione penale sez. VI 22 gennaio 2010 n. 8593

Soggetto attivo del reato di cui all'art. 356 c.p. può essere anche colui che fornisce all'impresa appaltatrice dell'opera pubblica materie prime in qualità non idonea per la corretta realizzazione dell'appalto, indipendentemente dall'assenso prestato dall'ente pubblico allo svolgimento di tale incarico. (Fattispecie relativa a fornitura di calcestruzzo di qualità scadente utilizzato per la costruzione di opere pubbliche).

Cassazione penale sez. VI 07 ottobre 2008 n. 44273

È sufficiente a configurare l'elemento psicologico del reato previsto dall'art. 356 c.p. il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di effettuare una prestazione diversa per quantità e qualità da quella dovuta, a meno che vengano scoperti ed allegati ulteriori elementi che attribuiscono all'oggettivo inadempimento una valenza colposa.

Tribunale Bari sez. I 01 aprile 2008

In tema di frode nelle pubbliche forniture, il semplice inadempimento del contratto non integra il reato di cui all'art. 356 c.p., richiedendo la norma un "quid pluris", cioè la malafede contrattuale e, dunque, la presenza di un espediente malizioso o di un inganno, tale da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti; non è però necessario un comportamento fraudolento mediante l'uso di raggiri, essendo sufficiente la semplice malafede nell'esecuzione del contratto (Fattispecie in tema di consegna di "aliud pro alio", ravvisata non soltanto quando la cosa sia materialmente diversa per genere o specie da quella pattuita, ma anche quando presenti difformità qualitative intrinseche tali da renderla del tutto inadatta alla funzione economico-sociale del contratto, quale conosciuto e voluto dalle parti contraenti).

Tribunale Bari sez. I 01 aprile 2008

Ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 c.p., non è necessario un comportamento fraudolento mediante l'uso di artifici o raggiri, essendo sufficiente la semplice mala fede nell'esecuzione del contratto, ravvisabile nella consegna di "aliud pro alio", il che si verifica non solo quando la cosa sia materialmente diversa per genere o specie da quella pattuita, ma anche quando presenti difformità qualitative intrinseche, tali da renderla del tutto inadatta alla funzione economico-sociale del contratto, quale conosciuto e voluto dalle parti contraenti. (Nella fattispecie era stata accertata da parte della ditta appaltatrice del servizio di refezione scolastica per alcune

scuole la somministrazione di passata di pomodoro e grana padano in luogo di parmigiano e pomodoro pelato in scatola o fresco durante la stagione).

Corte appello Catanzaro sez. I 08 gennaio 2008 n. 1938

15. associazione per delinquere (art. 416 c.p.)

16. associazione per delinquere di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.)

Codice dei contratti pubblici

Art.36

5. I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

Art.37

7. E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale.

Art.38

1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

(lettera così modificata dall'art. 33, comma 2, legge n. 134 del 2012)

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all' articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (ora art. 6 del decreto legislativo n. 159 del 2011

- n.d.r.) o di una delle cause ostative previste dall' articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora art. 67 del decreto legislativo n. 159 del 2011 - n.d.r.); l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società;

(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell' articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all' articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all' articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa;

(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;

(lettera così sostituita dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

l) che non presentino la certificazione di cui all' articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;

m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all' articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all' articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4

luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 ;
(disposizione abrogata, ora il riferimento è all' art. 14 del d.lgs. n. 81 del 2008

- n.d.r.)

(lettera così modificata dall'art. 3, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)

m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell' articolo 40, comma 9-quater , risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all' articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA;

(lettera così sostituita dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, **non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria**, salvo che ricorrano i casi previsti dall' articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689 . La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

(lettera aggiunta dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009, poi così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

(lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, legge n. 166 del 2009)

1-bis. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora artt. 20 e 24 del decreto legislativo n. 159 del 2011

- n.d.r.), ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario

(comma introdotto dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009 poi così modificato dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

(comma introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011, poi così modificato dall'art. 20, comma 1, lettera d), legge n. 35 del 2012)

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'Articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: (comma così modificato dall'art. 1, comma 5, legge n. 44 del 2012)

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. (comma così sostituito dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all' articolo 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002. (comma così modificato dall'art. 31, comma 2, lettera a), legge n. 98 del 2013)

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

Art. 90

8. Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le

situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall' articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti

Come cambia la “moralità professionale” nel nuovo codice degli appalti e delle concessioni

Articolo estratto dalla rivista MediAppalti (www.mediappalti.it) a cura di Ilenia Filippetti

1. La Direttiva 2014/24/UE e la rilevanza delle condanne penali dell'appaltatore

L'art. 80 del nuovo Codice degli appalti e delle concessioni¹ 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.

Le origini delle nuove disposizioni vanno ricondotte, in particolare, all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE², nella quale sono stati ridefiniti - rispetto alla precedente direttiva 2004/18/CE - i motivi d'esclusione delle imprese dalle procedure di gara: più in particolare, la logica che sembra aver guidato il legislatore europeo sembra essere finalizzata:

- a dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti che incidono sull'affidabilità dell'impresa nell'esecuzione degli appalti pubblici;
- a “salvare”, nel contempo, gli operatori economici che (a prescindere dalla possibilità di ravvedimento mediante l'adozione di misure di c.d. self-cleaning), si sono resi colpevoli di meri errori formali oppure di negligenze lievi o non dolose.

La direttiva 24/2014 si propone - come si desume dalla stessa denominazione della rubrica dell'art. 57 (Criteri di selezione) - di definire con precisione i motivi di esclusione, dando ad essi un connotato più squisitamente oggettivo rispetto alla direttiva 18/2004 che identificava le cause di esclusione dell'art. 45 con le “situazioni personali del candidato o offerente”: la nuova disposizione, molto più articolata della precedente, prevede inoltre nuove cause di esclusione ed amplia il numero dei destinatari della stessa.

Particolarmente rilevante appare, in tale contesto, l'estensione della verifica dei requisiti a tutti i membri del consiglio d'amministrazione, di direzione o di

vigilanza dell'operatore economico nonché alle persone dotate dei relativi poteri di rappresentanza, decisione o controllo, laddove, al contrario, l'art. 45 della direttiva 18/2004 si riferiva più genericamente alle persone giuridiche e/o fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti o qualsiasi persona che esercita poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo³.

La direttiva 24/2014 ha inoltre introdotto il nuovo meccanismo del c.d. self-cleaning, che consente all'operatore economico di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione⁴: occorre tuttavia precisare che tale opportunità non sarà comunque utilizzabile nei casi in cui l'operatore sia stato escluso dalla partecipazione alle procedure d'appalto con sentenza definitiva, e ciò per tutto il periodo in cui gli effetti della sentenza sono destinati a prodursi⁵.

L'art. 57 della direttiva 24/2014, dunque, individua alcune situazioni concrete attraverso le quali l'operatore economico potrà dimostrare il permanere della propria affidabilità, prevedendo, in particolare, le seguenti ipotesi:

- aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito;
- aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le Autorità investigative;
- aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti.

È stato introdotto il meccanismo del "self-cleaning" dell'impresa

La direttiva 24/2014 precisa che spetterà, in ogni caso, all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare se le misure adottate dal concorrente siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso. Nel caso in cui le misure siano ritenute insufficienti, infine, è previsto l'obbligo per l'amministrazione di motivare esplicitamente la decisione di esclusione che verrà assunta nei confronti dell'operatore economico.

2. Le cause di esclusione previste dal nuovo codice

Il nuovo codice dei contratti e delle concessioni disciplina i "Motivi di esclusione" all'art. 80, disponendo, in particolare, che costituisce motivo di esclusione dalla procedura la condanna irrogata con:

- sentenza definitiva;
- decreto penale divenuto irrevocabile;
- sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale⁶.

Il nuovo codice prevede un preciso elenco di reati rilevanti ai fini della partecipazione alle gare

I reati considerati incidenti sulla moralità professionale delle imprese sono i seguenti:

- delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del D.P.R. n. 309/1990, dall'art.291-quater del D.P.R. n. 43/1973 e dall'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;
- delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'art. 2635 del codice civile;
- frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;
- delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;
- delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2007;
- sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d.lgs. n. 24/2014;
- ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

È importante sottolineare che, per le ipotesi di reato descritte alle lettere a), b), c) e d), il nuovo codice considera rilevanti anche le condanne irrogate per il delitto tentato.

Per quanto concerne l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione prevista alla lettera g), può essere utile ricordare che:

- ai sensi dell'art. 32-ter del codice penale, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione comporta il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Tale incapacità non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a cinque anni;

- i casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la p.a. sono disciplinati dall'art. 32-quater del codice penale, ai sensi del quale la condanna per i delitti previsti dagli articoli 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies, 501, 501-bis, 640, numero 1) del secondo comma, 640-bis, 644, nonché dall'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006, commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, comporta l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il nuovo codice non richiama più i “reati gravi che incidono sulla moralità professionale”

È di tutta evidenza la profonda modifica apportata al procedimento per l'affidamento della gara rispetto a quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 163/2006, che non elencava un'apposita lista di reati rilevanti ai fini dell'esclusione dalle gare, ma faceva riferimento all'ampia previsione dell'esistenza di “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”: tale locuzione, non delimitata dal legislatore da specifici parametri oggettivi, poneva in capo alle singole stazioni appaltanti l'onere di valutare l'incidenza delle condanne rispetto all'appalto da affidare, con esiti spesso radicalmente divergenti a seconda della diversa valutazione, compiuta da parte di amministrazioni diverse, in ordine alla medesima condanna penale.

A tale proposito, nondimeno, va sottolineato che il Consiglio di Stato, chiamato a rendere parere sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici, aveva sostenuto l'opportunità di integrare l'elenco dei reati con una clausola di chiusura - analoga a quella già recata dall'art. 38 del previgente codice - che sancisse l'esclusione dalla gara in tutti i casi di condanne per reati gravi, che fossero ritenuti comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente⁸.

3. L'estensione del numero dei soggetti da controllare

L'art. 80 del nuovo codice prevede che l'esclusione dalla gara andrà disposta allorché la condanna sia stata pronunciata:

per le impresa individuali:

- nei confronti del titolare;
- nei confronti del direttore tecnico;

per le società in nome collettivo:

- nei confronti di un socio;
- nei confronti del direttore tecnico;

per la società in accomandita semplice:

- nei confronti dei soci accomandatari;
- nei confronti del direttore tecnico;

per gli altri tipi di società o consorzio:

- nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, (poteri) di direzione o (poteri) di vigilanza;
- nei confronti dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
- nei confronti del direttore tecnico;
- nei confronti del socio unico persona fisica;
- nei confronti del socio di maggioranza, in caso di società con meno di quattro soci.

Al di là delle piccole imprecisioni lessicali – dovute, verosimilmente, alla rapidità con la quale si è proceduto alla scrittura ed alla revisione del nuovo codice – è evidente l'aumento degli adempimenti posti in capo alle stazioni appaltanti ed alle imprese, che dovranno, rispettivamente:

- modificare la modulistica necessaria all'acquisizione delle dichiarazioni da parte dei partecipanti alla gara;
- curare l'acquisizione di tutte le nuove dichiarazioni da parte dell'ampia gamma di soggetti indicati dalla nuova norma, assicurandosi, nel contempo, che le sentenze eventualmente irrogate a carico degli stessi siano state dichiarate e che le stesse non incidano sulla possibilità per l'impresa di concorrere alla gara.

Aumentano gli adempimenti per le stazioni appaltanti e per le imprese

La norma prosegue prevedendo – in consonanza con la previsione contenuta all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 ma con la citata estensione dell'ambito soggettivo di applicazione – che, in ogni caso, l'esclusione opera anche quando la condanna è stata pronunciata nei confronti dei predetti soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata. La norma non affronta esplicitamente l'ipotesi – non inverosimile, nonostante i tempi obiettivamente lunghi della giustizia penale – della condanna definitiva riportata da uno dei soggetti cessati per un reato commesso dopo la fuoriuscita dalla compagine aziendale: a differenza di quanto consentito dall'art. 38, tuttavia, il meccanismo di verifica in contraddittorio previsto dall'art. 80 del nuovo

codice potrà consentire al concorrente, anche in tale ipotesi, di dimostrare la non incidenza della condanna rispetto alla moralità professionale dell'impresa.

Analogamente al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, anche il nuovo codice continua a disporre che l'esclusione non potrà essere disposta:

- nei casi in cui il reato sia stato depenalizzato;
- nei casi in cui sia intervenuta la riabilitazione;
- nei casi in cui il reato sia stato dichiarato estinto dopo la condanna;
- in caso di revoca della condanna.

4. L'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale

Per quanto concerne le modalità attuative che dovranno essere seguite al fine di verificare la veridicità delle dichiarazioni rese da parte degli operatori economici, l'art. 86 del nuovo codice, nel disciplinare i "Mezzi di prova", dispone che le stazioni appaltanti accettano - come prova sufficiente della non applicabilità dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 - il certificato del casellario giudiziario⁹.

Il nuovo codice non prevede specifiche prescrizioni relativamente alla tipologia del certificato del casellario che dovrà essere acquisito: a differenza di quanto previsto al comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, il nuovo testo non riproduce l'obbligo per le stazioni appaltanti, in sede di verifica delle dichiarazioni, di richiedere al competente ufficio giudiziario:

Il mezzo di verifica continua ad essere il certificato del casellario giudiziale

Sul punto, peraltro, è stato autorevolmente chiarito che l'utilizzo del termine "certificato" è finalizzata proprio ad armonizzare la terminologia del codice con quella relativa al sistema del casellario giudiziario ai sensi del citato D.P.R. n. 313/2002, nel quale:

- l'insieme dei dati del provvedimento giudiziario o amministrativo da inserire nel sistema è indicato con il termine di "estratto";
- la prova documentale delle iscrizioni esistenti a carico di un determinato soggetto nel sistema del casellario è fornita dai certificati ex artt. 21 e seguenti del medesimo decreto, con la conseguenza che il mezzo documentale di prova continua ad essere il certificato del casellario giudiziale¹⁰.

La mancata rilevanza (o, per converso, la rilevanza) delle condanne che beneficiano della "non menzione" non è stata contemplata dal nuovo codice, con la conseguenza che non risulta chiaro, allo stato attuale:

- se le stazioni appaltanti non debbano mai considerare rilevanti le sentenze che beneficino di tale indicazione;
- se, per converso, le stazioni appaltanti dovranno considerare rilevanti anche le sentenze che beneficino di tale indicazione, purché si tratti di condanne relative ai reati indicati al comma 1 dell'art. 80 (fatte salve, in ogni caso, le ipotesi di reato depenalizzato, di intervenuta riabilitazione, di reato dichiarato estinto dopo la condanna oppure di revoca della medesima condanna).

5. Le false dichiarazioni rese per partecipare alla gara

L'ipotesi della presentazione di falsa dichiarazione è disciplinata al comma 12 del citato art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale la stazione appaltante ne dà un'apposita segnalazione all'Autorità la quale - se ritiene che le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione - dispone l'iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto: un evidente inasprimento della sanzione emerge dall'estensione del periodo massimo di iscrizione all'interno del casellario informatico gestito da ANAC, che viene innalzato sino a due anni - rispetto all'anno previsto dal previgente art. 38 d.lgs. n. 163/2006 - decorso il quale l'iscrizione è comunque cancellata e perde comunque efficacia¹¹.

Nel nuovo sistema rilevano le sentenze elencate all'art. 80 e quelle che comportano l'incapacità di contrattare con la p.a.

Conseguentemente, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora l'operatore economico risulti iscritto nel casellario informatico per aver presentato false dichiarazioni: la formulazione della norma non sembra lasciar adito, peraltro, a possibili valutazioni discrezionali, con la conseguenza che ove la stazione appaltante riscontri l'esistenza di un'iscrizione nel casellario di tale tipologia di annotazioni, sarà necessario procedere all'esclusione del concorrente dalla prosecuzione della gara.

Occorre sottolineare, da ultimo, che una difformità rispetto al regime previgente è rappresentata dal fatto che al comma 2 dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 era previsto che il concorrente dovesse attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva nella quale doveva indicare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali avesse beneficiato della non menzione (con la sola eccezione delle condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nonché delle condanne revocate o per le quali era intervenuta la riabilitazione): tale difformità, tuttavia, dimostra una sua logica coerenza, posto che all'interno del nuovo

sistema configurato dal d.lgs. n. 50/2016 hanno rilievo esclusivamente le sentenze elencate al comma 1 dell'art. 80 nonché quelle che abbiano comportato l'incapacità a contrattare con la p.a..

6. Il procedimento di “self-cleaning”

Il comma 6 dell'art. 80 del nuovo codice dispone che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che esso si trovi - a causa di atti compiuti o omessi prima oppure nel corso della procedura - in una delle situazioni di cui al primo comma del medesimo articolo. In tal caso occorrerà distinguere in quanto, ai sensi del successivo comma 7, nelle ipotesi in cui:

- la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva inferiore a 18 mesi, oppure:
- la sentenza abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato,

l'operatore economico sarà ammesso a provare:

- di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, ed inoltre:
- di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Il concorrente può essere ammesso soltanto se la sentenza ha previsto una pena detentiva inferiore a 18 mesi

Se la stazione appaltante ritiene che:

- le misure poste in essere dall'operatore economico sono sufficienti, il concorrente non sarà escluso dalla procedura d'appalto;
- le misure poste in essere dall'operatore economico sono sufficienti, il concorrente sarà escluso dalla gara e di tale esclusione occorrerà fornire una motivata comunicazione al medesimo operatore economico.

Dalle predette disposizioni emerge, dunque, che all'interno del nuovo sistema la discrezionalità della stazione appaltante non viene eliminata: ed anzi, se ieri la difficoltà principale era quella di compiere una valutazione sull'incidenza di una sentenza penale rispetto all'appalto da affidare, oggi la valutazione della stazione appaltante esula completamente da qualunque valutazione legata allo specifico appalto da aggiudicare. Al contrario, la valutazione della stazione appaltante dovrebbe oggi concentrarsi sull'attività riparatoria posta in essere dal concorrente dopo la commissione del reato (ovverosia su di un'attività difficile, obiettivamente, da apprezzare) oppure sull'adozione, da parte del concorrente, di modelli di

organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, in assonanza con quanto previsto all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. Non è chiaro, in ogni caso, se l'adozione di tali modelli sia di per sé sufficiente a concretare la necessaria dissociazione richiesta nei confronti dei soggetti cessati, ai sensi del comma 3 dell'art. 80.

La valutazione della stazione appaltante dovrà concentrarsi sull'attività riparatoria compiuta dal concorrente dopo la commissione del reato

Ai sensi del successivo comma 9 l'operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non potrà invece avvalersi (durante il periodo di esclusione derivante da tale sentenza) della possibilità di essere ammesso alla gara, nemmeno in forza di una positiva valutazione della stazione appaltante¹². A corollario di tale principio, il comma 10 dell'art. 80 dispone che:

- se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione tale durata è pari a cinque anni;
- se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione ma la pena principale è di durata inferiore a cinque anni, anche la durata dell'incapacità a contrattare è pari alla durata della pena principale.

7. La rilevanza delle condanne irrogate dopo l'aggiudicazione

L'art. 108 del nuovo codice modifica le ipotesi in cui le stazioni appaltanti potranno risolvere un contratto pubblico durante il periodo della sua validità, prevedendo, in particolare che lo scioglimento del vincolo contrattuale potrà essere attivato allorché:

- l'aggiudicatario si sia trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1;
- nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta, durante il periodo di validità del contratto, una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al predetto art. 80¹³.

L'art. 135 del previgente d.lgs. n. 163/2006, nel disciplinare la risoluzione del contratto per reati accertati, si limitava a prevedere che, qualora nei confronti dell'appaltatore fosse intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato per i delitti previsti dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, per reati di usura e riciclaggio nonché per frodi nei riguardi

della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, e per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento avrebbe dovuto proporre alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto.

Le nuove disposizioni - richiamando le ipotesi di reato elencate all'art. 80, comma 1 - allargano l'incidenza delle condanne penali riportate dall'appaltatore dopo l'aggiudicazione rispetto alla normativa previgente, introducendovi, tra le altre, le fattispecie della turbata libertà degli incanti punita dall'art. 353 del codice penale nonché il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente punito a norma del successivo art. 353-bis del codice penale¹⁴.

Note

1 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante l'Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. È noto che il predetto decreto legislativo è stato approvato in attuazione di quanto disposto dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11 che, peraltro, non indicava specifici criteri sul tema dei motivi di esclusione e sulla moralità professionale degli operatori economici (cfr., a conferma, la Tabella di concordanza predisposta dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, pubblicata sulla G.U.R.I., Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016, Suppl. Ordinario n. 11).

2 Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici.

3 ITACA, Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE cit., p. 86.

4 Il self-cleaning consiste, in particolare, nella possibilità per gli operatori economici di porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni commesse in passato, mediante la messa a disposizione di misure idonee a dimostrare la permanenza della loro "affidabilità": sul punto cfr. ITACA (Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale – organo tecnico della Conferenza delle Regioni in materia di appalti pubblici), Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, p. 85 e p. 91.

5 L'articolo 57 della direttiva 24/2014 sembrerebbe destinato avere un'applicazione piuttosto ampia poiché l'operatore può fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti, senza alcun vincolo in relazione all'arco temporale di

riferimento. Una lettura in tal senso, supportata anche dal considerando 102 della medesima direttiva, permetterebbe pertanto ai concorrenti di poter dimostrare la propria affidabilità non solo mediante l'adozione di misure ex ante (ad es. mediante misure organizzative preventive) ma anche mediante il ricorso a comportamenti capaci di rimediare ex post alle conseguenze del reato: così ITACA, Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE cit., p. 90.

6 È utile precisare, in limine, che l'art. 80, comma 14 del nuovo codice estende tutti i motivi di esclusione previsti dal medesimo articolo anche ai subappaltatori.

7 Occorre tener conto che nel vigente ordinamento penale non è previsto che le condanne fissino "il periodo di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara": è invece prevista la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-ter codice penale), che ha una portata più ampia: Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di Codice dei contratti pubblici, parere 1 aprile 2016, n. 855.

8 Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere n. 855/2016 cit..

9 La norma precisa che le stazioni appaltanti dovranno accettare, in sua mancanza del certificato del casellario giudiziale, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del Paese d'origine o di provenienza da cui risulta il soddisfacimento dei requisiti previsti.

10 Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere n. 855/2016 cit..

11 Sul punto sembra esser stato recepita l'indicazione del Consiglio di Stato che suggeriva di chiarire che l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio presso l'ANAC determina l'esclusione solo limitatamente al periodo di iscrizione (e senza alcuna ultrattività successiva alla cancellazione): cfr. Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere n. 855/2016 cit..

12 La norma, in tal caso, fa riferimento esclusivamente alla "sentenza" e non richiama le ipotesi di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

13 Anche in tal caso - analogamente a quanto sottolineato a margine dell'art. 80, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 - la disposizione in commento non richiama le ipotesi di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

14 Si tratta, in particolare, della fattispecie di reato introdotta dalla legge 13 agosto 2010, n. 136 per punire 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.

L'estinzione del rapporto d'impiego o di lavoro

ROSARIA BOSCO

Prime riflessioni sulla nuova disciplina legislativa del procedimento disciplinare a carico del pubblico dipendente indagato o condannato in sede penale.

La recente promulgazione della legge 29/03/2001 n. 97 recante la nuova disciplina normativa dei rapporti tra procedimento penale (e giudicato penale) e lavoro alle dipendenze delle P. A. offre, innanzitutto, l'occasione per una breve disamina storica dell'evoluzione legislativa della materia.

Un'univoca indicazione normativa è stata per lungo tempo fornita dalla disposizione dell'art. 85 comma 1° lett. A) del D.P.R. n. 3/57 (T.U. degli impiegati civili dello Stato) e dalle disposizioni affini dettate per il settore degli enti locali e per gli altri enti pubblici autarchici.

Tali disposizioni sancivano la destituzione "di diritto" del pubblico dipendente a seguito (e, cioè, come effetto accessorio ed automatico) di intervenuta condanna penale irrevocabile dello stesso pubblico dipendente per i delitti ivi elencati (e riconducibili per lo più alla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato, dei delitti contro la P. A., dei delitti contro la fede pubblica).

Il principio di automaticità della destituzione del pubblico dipendente è rimasto vigente nell'ordinamento giuridico fino alla sentenza n. 971 del 14 ottobre 1988 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato articolo 85 comma 1° lett. A) del D.P.R. n. 3/57, per violazione degli artt. 3,4,35 e 97 della Costituzione (1).

La pronuncia costituzionale ha censurato la previsione normativa dell'automaticità della destituzione del pubblico dipendente, ritenendo che fossero in tal modo irragionevolmente precluse la gradualità della sanzione disciplinare da applicare in conseguenza della condanna penale irrevocabile e la possibilità per la P. A. di valutare di volta in volta i casi concreti (risultandone così vulnerato il principio costituzionale del buon andamento).

La legge 7 febbraio 1990 n. 19 ha inteso colmare il vuoto normativo creato dalla citata sentenza costituzionale, stabilendo all'art. 9: a) che "il pubblico dipendente non può

essere destituito di diritto a seguito di condanna penale. E' abrogata ogni contraria disposizione di legge"; b) che la destituzione può peraltro essere irrogata al pubblico dipendente in esito a rituale procedimento disciplinare; c) che la sospensione cautelare del pubblico dipendente dal servizio non può avere comunque durata superiore a cinque anni.

La prima previsione normativa di cui sopra ha pertanto recepito in toto le indicazioni della Corte Costituzionale preclusive dell'automaticità della destituzione, ed ha comportato il venir meno di tutte le residue disposizioni contrarie di legge .

La previsione normativa della destituibilità del pubblico dipendente, ancorché all'esito di un procedimento disciplinare, ha positivamente rimosso possibili dubbi sull'irrogabilità di tale estrema sanzione disciplinare in correlazione al giudicato penale di condanna dello stesso pubblico dipendente.

L'introduzione di un espresso limite temporale di durata massima della sospensione cautelare dal servizio ha attenuato il rigore delle precedenti disposizioni degli artt. 91 e 92 del T.U. n. 3/57, che non sancivano alcun limite temporale per la sospensione cautelare, facoltativa o obbligatoria.

Nell'ambito di una politica legislativa, tesa in quegli anni ad inasprire il regime sanzionatorio a carico dei pubblici funzionari o dipendenti imputati di gravi delitti (lesivi della trasparenza, o della legalità e dell'imparzialità dell'azione amministrativa), la successiva legge 18/1/92 n° 16 ha altresì previsto: a) l'immediata sospensione del pubblico dipendente nei casi di condanna anche non definitiva per il delitto di associazione mafiosa o di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, o per alcuni delitti contro la P. A. (lettere a e b del comma 4°- septies dell'art. 15 della legge n°55/90 così modificata); b) la sospensione del pubblico dipendente nel caso di condanna in primo grado confermata in appello, per qualsiasi delitto commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio (lett. c dello stesso comma 4 – septies); c) la decadenza di diritto del pubblico dipendente a seguito del giudicato penale di condanna per i delitti sopraindicati (comma 4° - octies).

La persistente vigilanza della Corte Costituzionale sulla legittimità della disciplina normativa in materia ha indotto il legislatore ad operare un'attenuazione del rigore del sistema.

Infatti, con sentenza n. 197 del 27 aprile 1993 (2), la Corte Costituzionale, riprendendo le considerazioni già formulate nella fondamentale sentenza n° 971/88, aveva dichiarato l'incostituzionalità del comma 4° octies dell'art. 15 della legge n°55/90 (quale introdotto dalla legge n. 16/92, nella parte in cui prevedeva, pur se sotto la

forma di decadenza, la destituzione di diritto del pubblico dipendente a seguito di condanna penale irrevocabile.

La detta attenuazione del previgente rigore normativo è stata realizzata sia dall'art. 59 del dlgs. del 3 febbraio 1993 n. 29 in tema di privatizzazione del pubblico impiego (il cui art. 59 ha rimesso ai contratti collettivi la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni (3), sia dalla legge 13/12/1999 n. 475 che, nel modificare l'art. 15 della citata legge n. 55/90, ha previsto la necessità della condanna definitiva per l'operatività della sospensione immediata del pubblico dipendente nei casi di cui alle lettere a e b del comma 4° septies dello stesso art. 15, ed ha ridotto i casi di sospensione per condanna definitiva in relazione ai reati comportanti abuso d'ufficio.

La legge 27 marzo 2001 n. 97 è, pertanto, intervenuta in un quadro normativo bisognoso di un assetto più stabile e definitivo della materia.

Del nuovo testo normativo va innanzitutto evidenziato l'ampio riferimento, contenuto nelle sue disposizioni, ai dipendenti di "amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica"; formulazione, questa che, per la sua ampiezza, ricomprende non soltanto il tradizionale settore pubblico (Stato ed enti autarchici in senso stretto), ma anche gli enti pubblici economici, le pubbliche amministrazioni speciali (authorities ed agenzie), nonché gli enti privati (di natura corporativa o meno) caratterizzati organizzativamente e strutturalmente da una preminente presenza pubblica (come, ad es., gli enti lirici e le società speciali di gestione dei servizi locali).

L'ampliamento, in tal modo operato dell'ambito di applicabilità della disciplina in esame, sembra da un lato ispirato dall'esigenza di impedire la fruizione, da parte di dipendenti di enti o imprese formalmente private (ma in realtà esercenti funzioni pubbliche o pubblici servizi), di un regime disciplinare più favorevole (perché correlato alle dinamiche della contrattazione collettiva) (4) rispetto a quello valevole per i dipendenti pubblici in senso stretto, e dall'altro lato finisce con il costituire una sorta di riconoscimento dell'esistenza di un settore pubblico allargato, caratterizzato dalla prevalente natura pubblicistica delle norme ad esso relative.

Una significativa novità della riforma è costituita dall'introduzione (art. 3 legge n. 97/2001) di un'ipotesi di trasferimento del pubblico dipendente (inteso nel senso lato di cui sopra a seguito di rinvio a giudizio) per i delitti contro la P. A. contemplati dallo stesso articolo.

Si tratta di una misura discrezionalmente adottabile dall'amministrazione di appartenenza sulla base di un prudente apprezzamento dell'opportunità o meno della

permanenza del dipendente nell'ufficio (in relazione al discredito che la stessa amministrazione può eventualmente subire per effetto di tale permanenza) (5).

Il secondo comma dello stesso art. 3 prevede altresì il potere dell'amministrazione datrice di lavoro di collocare il dipendente in posizione di aspettativa o di disponibilità (e con il diritto dello stesso al trattamento economico in godimento) nei casi in cui in relazione alla qualifica rivestita dal dipendente o per obiettivi motivi organizzativi non sia possibile attuare il trasferimento d'ufficio.

Fermo restando quest'ultimo potere del datore di lavoro, il trasferimento d'ufficio del dipendente a seguito di rinvio a giudizio deve assicurare allo stesso dipendente, ai sensi dell'art. 2103 c.c., l'equivalenza professionale tra le mansioni precedentemente esercitate e quelle assegnate per effetto del trasferimento. Il comma 3° dell'art. 3 sancisce l'inefficacia della misura adesso in esame nel caso di intervenuta sentenza di proscioglimento o assoluzione, anche non definitiva, o di decorso del termine di cinque anni dalla sua adozione (sempre che non sia intervenuta sentenza di condanna definitiva).

L'art. 4 legge n°97/2001 disciplina ex novo (con implicito effetto abrogativo di tutte le disposizioni previgenti) la sospensione cautelare del pubblico dipendente in relazione al procedimento penale e dispone che tale sospensione operi (doverosamente, e cioè senza alcun margine di discrezionalità da parte dell'amministrazione) nel caso di condanna anche non definitiva per alcuno dei reati già indicati dal menzionato art. 3, comma 1, ed ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena.

Tale sospensione automatica del dipendente dal servizio non è di per sé incompatibile con la previsione, da parte della contrattazione collettiva, di altre distinte ipotesi di sospensione cautelare del pubblico dipendente nell'ambito di procedimenti disciplinari per fatti non penalmente rilevanti (ad es. per gravi negligenze di servizio non integranti illeciti dolosi). Il secondo comma dell'art. 4 sancisce l'inefficacia della sospensione nel caso di intervenuta sentenza di assoluzione o di proscioglimento, anche non definitiva, e nel caso di avvenuto decorso di un termine pari a quello di prescrizione del reato contestato al pubblico dipendente.

Gli effetti del giudicato penale di condanna sul rapporto di impiego o di lavoro pubblico (nel senso sopra illustrato) sono disciplinati dall'art. 5 della legge n. 97/2001, che introduce nel codice penale, - mediante la modifica dell'art. 19 e l'inserimento dell'art. 32 quinquies - una nuova pena accessoria, consistente nell'estinzione dello stesso rapporto di lavoro o di impiego a seguito della condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni per i delitti contro la P. A. ivi contemplati.

Il quarto comma dello stesso art. 5 prevede altresì la possibilità dell'estinzione del rapporto, a seguito di rituale procedimento disciplinare, e, pertanto, non quale effetto accessorio ed automatico del giudicato penale nel caso di intervenuta sentenza irrevocabile di condanna del dipendente, ancorché a pena condizionalmente sospesa, per i medesimi delitti di cui sopra.

In quest'ultimo caso, il procedimento disciplinare deve avere inizio entro gg. 90 dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione competente per lo stesso procedimento e deve concludersi entro 180 giorni dal suo inizio o procedimento, salvi i diversi termini previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro.

Alla stregua delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con la sentenza n°187/1999, i termini di cui sopra hanno natura perentoria (con la conseguenza della definitiva estinzione della potestà disciplinare della P. A. in caso di loro inosservanza).

L'efficacia della sentenza penale nel procedimento disciplinare è adesso regolata dall'art. 1 della legge n. 97/2001, che, nel modificare l'art. 653 c.p.c., ha, da un lato, disposto che la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale ed all'affermazione che l'imputato lo ha commesso e, dall'altro lato, ha stabilito che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione (anche non pronunciata in dibattimento) ha uguale efficacia di giudicato nel procedimento disciplinare quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale o che l'imputato non lo ha commesso.

Dal quadro normativo fin qui descritto emerge un'evidente restrizione del margine di valutazione, da parte della P. A., delle risultanze del processo penale (irrevocabilmente conclusosi con la condanna o con l'assoluzione del pubblico dipendente), perché sono state estese le formule di proscioglimento vincolanti nel successivo procedimento disciplinare, ed è stata altresì sancita l'efficacia pro judicato anche delle sentenze di condanna o di assoluzione non pronunciate a seguito di dibattimento, ed altresì delle sentenze di patteggiamento (com'è dato desumere dal combinato disposto dei nuovi artt. 445, comma 1°, II° periodo, e 653, comma 1° bis, del c.p.p., quali novellati dagli artt. 2 e 1 della legge in esame).

L'interrogativo più rilevante suscitato dall'approvazione della nuova disciplina legislativa in esame è costituito dalla sorte dell'avvenuta reintroduzione di una forma di estinzione automatica del rapporto di lavoro pubblico, quale mera conseguenza accessoria della condanna penale irrevocabile del pubblico dipendente per alcuni delitti contro la P. A..

E' questo un interrogativo solo apparentemente eludibile dalla circostanza che l'estinzione del rapporto di impiego è adesso prevista come autonoma pena accessoria, e ciò perché, comunque, anche la nuova previsione normativa finisce con il sottoporre il pubblico dipendente alla sanzione della destituzione di diritto, senza consentirgli di far valere, nell'adeguata sede del procedimento disciplinare, l'eventuale eccessività della stessa destituzione rispetto alle particolarità del caso concreto.

Appare pertanto probabile che prima o poi la Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sulla conformità della nuova pena accessoria in tema di estinzione "penale" del rapporto di lavoro pubblico alle medesime norme parametro (artt. 3, 4, 35, 97 della Costituzione) già ritenute violate dalle originarie disposizioni contenute nell'art. 85 lett. a del D.P.R. n. 3/57 e in analoghi testi legislativi.

Sul piano più strettamente giuslavoristico, si può comunque osservare fin d'ora che la reintroduzione legislativa, e come tale inderogabile, di una forma di estinzione automatica del rapporto di lavoro pubblico ha comportato un sensibile ridimensionamento dell'autonomia normativa collettiva nella materia. Ed infatti risulta in tal modo precluso qualsiasi intervento integrativo sul punto da parte della contrattazione collettiva, in palese contraddizione con l'indirizzo dettato dall'art. 59 del d.lgs. n. 29/1993 (che prevede che la tipologia delle infrazioni delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi) e volto ad equiparare l'impiego pubblico al lavoro privato (6). Torna forse così la ricorrente sfiducia del legislatore (e dell'opinione pubblica) nella capacità della contrattazione collettiva del settore pubblico di tutelare adeguatamente l'interesse del datore di lavoro (pubblico) alla correttezza ed alla puntualità della prestazione lavorativa del dipendente?!

Argomenti correlati:

TAR CAMPANIA-NAPOLI, SEZ. I - Ordinanza 2 luglio 2001 n. 212 (solleva q.l.c. dell'art. 4 della L. n. 97/2001, il quale prevede che la sospensione è obbligatoria per alcuni reati e la durata massima della sospensione stessa va commisurata ad un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato), in questa rivista, pag. http://www.lexitalia.it/tar1/tarcampna1_2001-212o.htm con nota di F. FONTANELLA.

NOTE

1) Il testo integrale della sentenza è pubblicato in CONS. DI Stato 1988, II, 1779, La declaratoria di incostituzionalità in tal modo operata ha colpito anche analoghe disposizioni di legge in materia come ad esempio l'art. 236 del D. L. P. Reg. sic. n. 6/55 e n.2 47 R. D. n. 383/34.

2) Per il testo integrale della sentenza v. Consiglio di Stato 1993, II, 692.

3) Per un'ampia disamina delle ragioni della riforma e dei principi ispiratori delle deleghe legislative (leggi n. 421/92, n.59/97) e dei relativi decreti legislativi in tema di P.I. v. D'ANTONA, Contratto collettivo sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda" privatizzazione del P.I. in Foro italiano 1999 , I, 621-634; CARINCI, ZOPPOLI, Progettando il testo unico sul pubblico impiego, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, anno 2000 , pag. 5 ss; Sabino CASSESE, La riforma della pubblica amministrazione, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, anno 2000, pag. 107.

4) Ed infatti, l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/70) conferisce alla contrattazione collettiva un rilevante spazio di intervento in sede di disciplina degli aspetti sostanziali e procedurali delle sanzioni disciplinari applicabili nel rapporto di lavoro subordinato.

5) La legittimità o meno della scelta al riguardo discrezionalmente operata dall'amministrazione potrà essere sindacata in sede giudiziaria, non tanto sulla base dei tradizionali canoni di valutazione e di individuazione delle c.d. fattispecie sintomatiche di eccesso di potere, bensì sul piano dei doveri strumentali di correttezza (correttezza e buona fede) che hanno acquisito ormai preminente rilevanza a seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

In ogni caso l'ipotesi di trasferimento introdotto dalla norma in esame si pone in termini di specialità rispetto al generale potere datoriale – ex art. 2103 c.c.- di trasferire il dipendente per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

6) Equiparazione , questa che ha raggiunto una significativa espressione nel passaggio (attuato dall'art. 29 del decreto legislativo n. 80/98) dalla riserva di giurisdizione del giudice amministrativo (v. l'originario testo dell'art. 68 del d. lgs. n. 29/93) per le controversie in tema di responsabilità, anche disciplinare, del pubblico dipendente alla generale giurisdizione del giudice ordinario del lavoro anche su tali controversie (con la conseguente valorizzazione sia del contratto collettivo , sia dei profili di correttezza e di buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro, rispetto ai tradizionali presidi normativi dell'attività amministrativa e dei suoi tipici vizi di legittimità).

- La decadenza o la sospensione dell'esercizio della potestà dei genitori.

Dispositivo dell'art. 34 Codice penale

Fonti → Codice penale → LIBRO PRIMO - Dei reati in generale → Titolo II - Delle pene → Capo III - Delle pene accessorie, in particolare

La legge determina i casi nei quali la condanna importa la decadenza dalla responsabilità genitoriale .

La condanna per delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale importa la sospensione dall'esercizio di essa per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta.

La decadenza dalla responsabilità genitoriale importa anche la privazione di ogni diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in forza della potestà di cui al titolo IX del libro I del codice civile .

La sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale importa anche l'incapacità di esercitare, durante la sospensione, qualsiasi diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in base alle norme del titolo IX del libro I del codice civile

Nelle ipotesi previste dai commi precedenti, quando sia concessa la sospensione condizionale della pena, gli atti del procedimento vengono trasmessi al tribunale dei minorenni, che assume i provvedimenti più opportuni nell'interesse dei minori.

La decadenza della potestà genitoriale

Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.

In tutti i casi nei quali i genitori non esercitano i loro doveri nei confronti dei figli, ovvero abusino dei relativi poteri, con pregiudizio per i figli medesimi, il codice civile prevede forme di intervento da parte del giudice, graduate a secondo della maggiore o minore gravità dell'inadempimento: dalla decadenza della potestà genitoriale all'assunzione dei provvedimenti atipici ex art. 333 ritenuti più opportuni «secondo le circostanze» I provvedimenti in questione possono essere adottati nei confronti di entrambi i genitori o di uno solo di essi, cui sia imputabile la violazione del dovere. Il Tribunale potrebbe altresì adottare nei confronti dei genitori provvedimenti differenziati.

A tale riguardo assume quindi rilievo la condotta obiettiva del genitore, in contrasto con i doveri connessi alla potestà, senza che alcun rilievo pregnante possa riconoscersi alla natura dolosa o colposa del comportamento. I provvedimenti

di cui agli artt. 330 e 333 non hanno infatti natura propriamente sanzionatoria, per assumere essenzialmente una funzione preventiva. Essi (e segnatamente la decadenza dalla potestà) mirano non già a punire i genitori per gli inadempimenti connessi, né tanto meno ad eliminare per il passato le conseguenze pregiudizievoli per il figlio, bensì ad evitare che per l'avvenire si ripetano altri atti dannosi del genitore, ovvero si protraggano ulteriormente le conseguenze dei precedenti inadempimenti. La natura colposa ovvero dolosa dell'inadempimento può tuttavia influire solo nell'indirizzare il giudice verso la misura più drastica della decadenza, o piuttosto verso provvedimenti meno severi, secondo il maggiore o minore grado di consapevolezza dei genitori.

Carattere sanzionatorio assume invece la decadenza dalla potestà, pronunciata in sede penale, quale pena accessoria ex art. 34 c.p. ovvero per i reati di violenza sessuale ex artt. 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquiesse 609 octies c.p.

Presupposti

Sono due i presupposti previsti dalla norma in esame per la declaratoria della decadenza dalla potestà: una condotta del genitore in contrasto con i doveri inerenti alla potestà o con abuso dei relativi poteri ed un grave pregiudizio per il figlio, quale conseguenza di quella condotta.

Alquanto variegata la casistica giurisprudenziale, in relazione al primo presupposto. Si sono così ritenuti sussistere gli estremi per la decadenza dalla potestà in presenza di:

- comportamenti violenti e minacciosi nei confronti del coniuge e dei figli, ovvero nei confronti del solo coniuge, quando siano tali da alterare l'atmosfera familiare nel suo complesso;
- incapacità di capire i bisogni del figlio e coartazione psicologica, in spregio dell'opera di sensibilizzazione dei servizi sociali;
- rifiuto di far sottoporre il figlio ad interventi medici necessari per la salute (vaccinazioni, trasfusioni);
- affidamento del figlio, poco dopo la nascita, a persone sconosciute per farlo adottare, con conseguente elisione di ogni rapporto con queste ultime (T. min. Roma 7.4.1977).

Si è invece escluso che possa legittimare l'intervento del giudice, in base alla norma in commento:

- l'affidamento, da parte di soggetti di etnia diversa dalla nostra, del figlio a terzi, nella convinzione di potergli garantire un benessere economico;

- la malattia mentale del genitore;
- l'esercizio della prostituzione da parte della madre, quando non comporti di per sé grave pregiudizio al figlio.

Potestà e adozione

Può verificarsi che la situazione del minore sia talmente grave da integrare gli estremi dell'abbandono, morale e materiale. In tal caso, il Tribunale minorile dichiarerà lo stato di adottabilità; esso assorbe tutti i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333, che presuppongono pur sempre una situazione reversibile per il minore, ancorché più o meno grave; tanto è vero che il successivo art. 332 prevede proprio la reintegrazione del genitore nella potestà, quando sono venute meno le ragioni per le quali la decadenza era stata pronunciata.

Avuto riguardo alla gradualità dei provvedimenti che possono essere adottati, si è precisato in giurisprudenza che, quando sia accolta l'opposizione allo stato di adottabilità, ben può il giudice minorile pronunciare ex artt. 330 e 333, ove l'interesse del minore lo richieda. Così spetta al Tribunale esaminare se il fanciullo, non più in stato di abbandono, possa rientrare a casa, ovvero ricorrano gli estremi per una pronuncia ablativa o limitativa della potestà; in diversa prospettiva si è invece ritenuta inammissibile l'apertura di un procedimento ex artt. 330 e 333, posto che, in questo modo, si potrebbe porre nel nulla la precedente decisione.

La Corte di Cassazione ha affermato che il genitore è legittimato ad impugnare il provvedimento di adozione in casi particolari, ancorché decaduto dall'esercizio della potestà genitoriale, permanendo la sua qualità di parte nel relativo procedimento.

Effetti

La pronuncia di decadenza comporta per il genitore la sospensione dalla titolarità e dall'esercizio della potestà; di contro, il genitore continua ad essere gravato di tutti i compiti (primo fra tutti quello di mantenimento) il cui assolvimento non sia incompatibile con gli effetti della pronuncia. In tal senso la giurisprudenza ha più volte affermato la responsabilità penale per omessa prestazione dei mezzi di sussistenza ai figli minori, a carico di quel genitore pur dichiarato decaduto dalla potestà. La cessazione della potestà, come già anticipato, si verifica solo nei confronti del figlio o dei figli rispetto ai quali il genitore ha violato i suoi doveri, senza che necessariamente la decadenza si estenda a tutti i fratelli. Lo stesso vale per i figli nati dopo la pronuncia di decadenza, rispetto ai quali non possono essersi verificati, ovviamente i relativi presupposti. Qualora il provvedimento riguardi uno solo dei genitori, l'esercizio della potestà spetterà in modo esclusivo, all'altro genitore. Se invece la decadenza riguarda

entrambi i genitori o il genitore esercente in via esclusiva la potestà, si aprirà la tutela ex art. 343.

Tanto il 2° co. dell'art. 330 quanto l'art. 333 prevedono che il Tribunale minorile possa disporre l'allontanamento del minore dalla residenza familiare. Diversa è peraltro la funzione che tale provvedimento assume nelle due disposizioni normative: nell'art. 330 l'allontanamento del minore si configura come un accessorio eventuale della misura principale della decadenza dalla potestà genitoriale. Esso è ammissibile solo se ricorrono "gravi motivi", da interpretarsi come una specificazione del "grave pregiudizio" di cui al 1° co.

L'allontanamento, quindi, potrà essere pronunciato quando non possa essere garantita, nel nucleo familiare, la convivenza stabile con altri soggetti, comunque idonei a rivestire un ruolo significativo per il minore.

Tra i "gravi motivi" legittimanti l'allontanamento possono individuarsi il pericolo del perpetuarsi di maltrattamenti o violenze ed il rischio di turbe psichiche o emotive conseguenti alla condotta anomala dei genitori.

Il provvedimento di cui all'art. 333 ha invece una sua autonomia all'interno di quelli, atipici, che il Tribunale può assumere. Esso si configura anzi come la misura più grave, risolvendosi per il genitore nella perdita, se pur temporanea, del potere "di fatto" sulla persona del figlio.

Pertanto di recente si è statuito che il genitore dichiarato decaduto dalla potestà ha comunque diritto a incontrare il figlio, con l'unico limite di salvaguardare l'interesse del minore, diversamente opinando sarebbe inutile la pronuncia di reintegra prevista dall'art. 332 poiché anche al mutare delle condizioni, il genitore coattivamente allontanato dal figlio, a seguito della pronunciata decadenza, difficilmente potrebbe riallacciare i rapporti con la prole, in quanto irrimediabilmente compromessi dalla prolungata lontananza.

Nello specifico, e in altri termini, quindi, il decreto di sospensione del potere-dovere del genitore verso il figlio e di divieto dei relativi rapporti, è adottato rebus sic stantibus e non è impugnabile in sede di legittimità. Infatti, il ricorso straordinario per Cassazione dei provvedimenti emessi in sede di reclamo, e relativi a procedimenti camerali, è ammissibile purché sussistano tutte le condizioni previste dalla legge: incidenza su posizioni di diritto soggettivo e di status, decisorietà e definitività.

Sul tema si segnala una recente pronuncia della Corte di Cassazione, che precisa come, in ottemperanza alla regola della prevalenza della sostanza sulla forma, sia ricorribile per Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost. il decreto della Corte di appello, emesso su reclamo ex art. 739 c.p.c., avverso il provvedimento del

Tribunale dei minorenni che, non avendo rilevato la propria incompetenza, si sia pronunciato sulla revisione della regolamentazione del regime di affidamento dei figli nell'ambito della separazione dei coniugi (C. 7041/2013)

La responsabilità genitoriale. (FORUM)

di Francesca Di Muzio

(Trib. Min. Roma, 22/11/2016)

Il provvedimento si segnala per l'attenzione posta al recupero del rapporto genitoriale qualora il genitore (in questo caso il padre), che abbia posto in essere condotte pregiudizievoli per i figli, abbia realizzato un vero e proprio cambiamento atto a porre in essere una revisione critica delle sue condotte violente e aggressive, accentuate dall'utilizzo della sostanza stupefacente. Ma non solo: la decisione pone anche l'accento sul tema della violenza assistita, nonché ribadisce l'importanza degli incontri protetti volti a facilitare il recupero del rapporto padre – minori, e, non da ultimo, conferma l'orientamento giurisprudenziale consolidato sul riparto di competenze tra giudice ordinario e Tribunale per i minorenni.

La violenza assistita patita dai minori, costituisce elemento idoneo per l'affido esclusivo di questi alla madre.

La giurisprudenza è ormai ferma nel riconoscere la violenza assistita definendo maltrattante “non solo il genitore che commette atti di violenza diretti nei confronti dei figli ma anche quel genitore che, abitualmente o in modo più o meno sistematico, ricorre all'interno della comunità familiare a comportamenti ispirati alla logica della forza, della vessazione e della intimidazione, anche nei confronti di soggetti diversi dai figli” (1). Nell'immediato la “violenza assistita” può causare diverse manifestazioni di disagio come stress, depressione, difficoltà scolastiche, ridotte capacità empatiche, bassa autostima, svalutazione di sé, mentre, sul lungo periodo, aumenta il rischio della riproducibilità, ossia di sviluppare comportamenti violenti in età adulta, venendo assunta la violenza come legittimo strumento relazionale.

L'art. 330 c.c. (“Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli”) prevede che: “Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il

genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore”.

Dal tenore letterale della norma, si desume che obiettivo del legislatore sia quello di tutelare e garantire il diritto del minore a crescere, essere amato, educato ed istruito, nonché mantenuto, ricevendo le dovute cure e le necessarie attenzioni dai propri genitori.

Tale diritto è riconosciuto anche dalla Carta Costituzionale che, all'art. 30, afferma: “E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.”

Gli artt. 330 e 333 c.c., poggiando sul principio costituzionale del diritto di tutela del minore, riconoscono al giudice – ogniqualvolta la condotta di uno o entrambi i genitori sia pregiudizievole per la crescita serena del minore – il potere di intervenire, affinché a tali obblighi si provveda in sostituzione di chi non adempie.

Dunque, perché venga dichiarata la decadenza dalla responsabilità genitoriale è necessario che la condotta del genitore abbia cagionato un grave pregiudizio al minore e che tale tipo di provvedimento sia effettivamente corrispondente all'interesse del medesimo.

La ratio della norma è, infatti, quella di garantire, assicurare al minore di crescere ed essere educato in un ambito familiare sereno, affidando al giudice il compito di constatare la possibilità di recupero del ruolo genitoriale.

Ebbene, nel caso che ci riguarda, il sig. G.E. aveva posto in essere condotte evidentemente pregiudizievoli per un sereno sviluppo psico-fisico dei minori, costringendoli a vivere in un ambiente violento, fatto di aggressioni fisiche nei confronti della madre amplificate dell'assunzione costante di sostanza stupefacente.

L'astensione dalle condotte pregiudizievoli è passata dalla presa di coscienza di dover porre in atto un cambiamento, attraverso un percorso terapeutico non diretto esclusivamente ad interrompere lo stato di dipendenza dalla cocaina, ma anche di

riflessione sulle condotte violente, poste in essere nei confronti della ex moglie e dei minori.

La volontà di cambiamento è stata mossa dall'impossibilità di avere rapporti con i figli. E, dunque, nel provvedimento si sottolinea l'importanza di far affiancare i minori da idonee figure che possano predisporre questi ultimi all'incontro con il padre al fine di sostenerli nel recupero della relazione padre-figli bruscamente interrotta dalle condotte del Sig. G.E. Non di poco conto, è stata la circostanza che il G.E. abbia ammesso le proprie colpe in sede penale e non solo, anche dinanzi al Tribunale dei minorenni, ove egli stesso ha affermato di aver compreso la gravità degli errori commessi.

La predisposizione di incontri protetti nel caso di specie indicata dai giudici del Tribunale si pone invece in contrasto con una recente decisione del Tribunale per i minorenni di Torino nella quale i giudici sottolineano che l'adolescente non può essere costretto a frequentare un genitore quando ciò gli crei disagio, per non esserci mai stati rapporti assidui ma solo contatti sporadici.

Il principio della bi-genitorialità

I giudici richiamano le indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui, affinché il principio della bi-genitorialità trovi concreta ed effettiva attuazione, al diritto del figlio di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori (art. 337-ter, comma 1° c.c.), deve specularmente riconoscersi anche il diritto di ciascun genitore al mantenimento di rapporti effettivi con i figli, nell'interesse precipuo del figlio a una crescita serena ed equilibrata affinché il genitore sia posto nelle condizioni di esercitare la responsabilità genitoriale che gli compete e di adempiere al proprio dovere di mantenimento e cura della prole (artt. 147, 315 bis e 316 c.c.).

Ma allorché si tratti di individuare le concrete modalità di esercizio e attuazione del diritto del genitore a mantenere il legame con i figli, sempre in virtù dell'interesse del minore, si deve tener conto delle specifiche circostanze del caso concreto e, in particolare, dell'età del figlio minore. Anche sotto questo profilo, viene richiamata la giurisprudenza C.e.d.u. in base alla quale la coercizione per il raggiungimento dell'obiettivo di mantenimento del legame familiare deve essere utilizzata con estrema prudenza e misura e deve tenere conto degli interessi, dei diritti e delle libertà delle persone coinvolte e in particolare dell'interesse superiore.

Eventuali provvedimenti impositivi di rapporti, visite e incontri, non corrispondono all'interesse superiore del minore ad una effettiva e proficua bi-genitorialità e ad una crescita serena ed equilibrata né sono concretamente funzionali all'attuazione di quel diritto del genitore al mantenimento del legame con i figli, risultando anzi, in quanto

imposti e non frutto di una spontanea rielaborazione relazionale, controproducenti e pregiudizievoli al recupero di una serena relazione padre-figlia nonché al benessere stesso della minore, cui il Tribunale sempre tende nell'adozione delle proprie decisioni.

Diversamente, il Tribunale di Roma ha ritenuto che procrastinare ulteriormente l'assenza di rapporti tra il padre ed i minori, possa ulteriormente esser motivo di distacco tra loro e di conseguenza, dichiara alla luce del rinnovamento posto in essere dal G.E., di non doversi procedere per un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Infine, in tema di riparto di competenze tra tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni l'ordinanza in esame, ribadisce come la competenza a decidere sull'affidamento dei minori e sulle modalità di incontro padre-figli, spetti al Tribunale ordinario, stante la pendenza del giudizio di separazione tra i coniugi. E con ciò, il provvedimento del Tribunale dei minori, ribadendo la vis attrattiva del Tribunale ordinario, si allinea perfettamente alla giurisprudenza consolidata, la quale sostiene come "quando sia in corso un giudizio di separazione, divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 c. c., anche in pendenza dei termini per le impugnazioni e nelle altre fasi di quiescenza, fino al passaggio in giudicato, la competenza in ordine alle azioni dirette ad ottenere provvedimenti limitativi od ablativi della responsabilità genitoriale, proposte successivamente e richieste con un unico atto introduttivo e richieste con un unico atto introduttivo dalle parti (così determinandosi un'ipotesi di connessione oggettiva e soggettiva) deve attribuirsi al giudice del conflitto familiare (Tribunale ordinario e Corte d'Appello).

IL Genitore decaduto può opporsi alla dichiarazione di adottabilità del figlio

Cassazione civile, sez. I, ordinanza 18/06/2018 n° 16060

Il genitore dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale che abbia interesse a recuperare il rapporto col minore, può opporsi alla dichiarazione di adottabilità del figlio, facendo valere l'insussistenza di uno stato di abbandono del minore, per poi, una volta avvenuto gradualmente il recupero di detto rapporto, agire per richiedere la reintegrazione nella responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 332 c.c. La Corte di Cassazione, con l'ordinanza 18 giugno 2018 n. 16060, ha precisato che il genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale, può contestare la dichiarazione di adottabilità del minore.

Il caso

Entrambi i genitori del minore erano stati dichiarati decaduti ai sensi dell'art. 330 c.c. In un primo momento il minore era stato provvisoriamente affidato ai nonni i quali, erano stati giudicati in seguito inadeguati, e così era stato avviato il procedimento per far dichiarare lo stato di adottabilità.

Il Tribunale per i minorenni di Catania dichiarava, ai sensi della L. n. 184 del 1983 artt. 8 e 15, lo stato di adottabilità del minore.

La sentenza, appellata dalla madre del bimbo, veniva riformata dalla Corte d'appello di Catania, che revocava la dichiarazione di adottabilità del minore, disponendo che il Servizi sociali del territorio organizzassero incontri assistiti tra il minore e la madre, ai fini del recupero del loro rapporto.

Dalla c.t.u. disposta nel giudizio di appello, e da quanto riferito dall'assistente sociale incaricata del caso, l'originaria diagnosi della madre affetta da un disturbo neuro psichico, era stata rettificata in una più lieve variante del disturbo, e la donna era risultata idonea ad accudire il figlio.

Dall'epoca del provvedimento di decadenza, la donna si era sposata e aveva avuto una bambina, e il coniuge giudicato adeguato a svolgere il ruolo di padre e accogliere in famiglia il figlio della moglie.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto, ha proposto ricorso l'avvocato quale tutore del minore, nei confronti della madre, del padre e dei nonni, nonché del P.G. presso la Corte d'appello di Catania.

Tutte le censure sono state respinte.

Il provvedimento della Cassazione. In ragione di un solido orientamento giurisprudenziale, lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità è dichiarato solo quando i genitori non sono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e la situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio.

Il preminente diritto fondamentale del figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i suoi genitori e di essere allevato nella nell'ambito della propria famiglia, sancito dall'art.1 della L. n. 184 del 1983 impone che nel valutare i presupposti dello stato di adottabilità, sia tenuto conto del suo superiore interesse.

Solo dove emerga un radicale e definitivo stato di abbandono e un'irreversibile incapacità dei genitori ad allevare il minore, quel diritto può essere compresso (Cass. Civ. 30/06/2016 n. 13435, Cass. Civ. 24/11/2015 n. 23979, Corte Cost. n. 278 del 2013).

Tali valutazioni spettano al giudice di merito e sono incensurabili in cassazione, fatto salvo il caso in cui la motivazione sia da reputarsi del tutto carente.

A parere della Cassazione la Corte siciliana, ha svolto le sue valutazioni in maniera coerente con i principi che stanno alla base dell'istituto. La Corte suprema ha inoltre precisato che la decadenza del genitore dalla potestà non impedisce allo stesso di contestare la dichiarazione di adottabilità del minore, che ha interesse ad opporsi all'adozione per evitare le definitive conseguenze di tale provvedimento.

La legittimazione a contestare lo stato di adottabilità non è espressione della rappresentanza legale del figlio minore da parte del genitore, ma è esercitata in proprio, quale portatore dell'interesse alla conservazione della famiglia naturale, cui la normativa in questione è prioritariamente ispirata.

Il provvedimento cita un precedente della Corte in cui si riconosce nel procedimento di adottabilità di minori, la necessaria la partecipazione dei genitori, anche se privati della potestà genitoriale ex art. 330 c.c.

Conseguentemente, la violazione della norma sul litisconsorzio necessario, non rilevata dal Giudice di primo grado che non dispone l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha rimesso la causa dinanzi al primo Giudice, comporta l'annullamento di ufficio delle pronunce emesse e il rinvio della causa al giudice di prime cure (Cass. Civ. 30/10/2013 n. 24482).

Pertanto, nell'ottica della conservazione della famiglia di origine del minore, il genitore decaduto dalla che abbia interesse ad un recupero del rapporto genitoriale, ben può opporsi alla dichiarazione di adottabilità, facendo valere l'insussistenza di uno stato di abbandono del minore, per poi, una volta avvenuto gradualmente il recupero di detto rapporto, eventualmente attivarsi per richiedere la reintegrazione nella responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 332 c.c.

Le pene accessorie previste per le contravvenzioni sono:

- La sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte
- La sospensione dalla direzione degli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese.

La pena comune alle contravvenzioni e ai delitti è ex articolo 19 C.p

- la pubblicazione della sentenza penale di condanna
- Normativa tributaria: cancellazione dagli albi dei costruttori e dei fornitori della pubblica amministrazione.

- Legge fallimentare: inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale (la durata fissa di tale pena accessoria è stata recentemente dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale – Vedi Sito Tutor Magistralis)

Dal SITO:

Con sentenza N. 222 del 2018 la Corte Costituzionale, investita della questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione con ordinanza n. 52613 del 2017, degli artt. 216 u.c. e 223 u.c. L. Fall., in relazione agli articoli 3, 4, 41, 27 e 117 Cost. – quest'ultimo in relazione agli artt. 8 Cedu e 1 prot. n. 1 Cedu – l'ha accolta in via interpretativa nei modi e termini che seguono. Le norme in questione prevedono, come è noto, l'applicazione automatica dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa della durata fissa di 10 anni nel caso di condanna per il reato di bancarotta fraudolenta indipendentemente da ogni valutazione da parte del giudice penale sulla gravità in concreto del reato e sull'entità della pena.

La Corte di Cassazione remittente aveva osservato come la durata fissa della pena accessoria in argomento contrasterebbe con il principio di mobilità della pena e cioè con la sua tendenziale predeterminazione tra un minimo e un massimo; in ossequio ai principi pilastro posti a presidio del nostro ordinamento, vale a dire il principio di adeguamento di cui all'art. 3 Cost., che impone di proporzionare la pena alle effettive esigenze dei singoli casi e del correlato principio di legalità di cui all'art. 25 Cost che «dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali – come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma Cost».

La disciplina censurata, secondo la Corte rimettente, dovrebbe essere considerata anche in contrasto con l'art. 4 Cost, perché avrebbe inciso in maniera rilevante sulla possibilità dell'interessato di esercitare il suo diritto al lavoro, non soltanto come fonte di sostentamento ma anche come strumento di sviluppo della sua personalità; sotto questo specifico profilo, la norma censurata presenterebbe, perciò, dubbi di conformità alla Costituzione anche con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 8 CEDU e 1 Prot. add. CEDU, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale «le limitazioni derivanti dall'applicazione della pena accessoria devono considerarsi quali ingerenze nel godimento del diritto al rispetto della vita privata e, come tali, non soltanto devono essere previste dalla legge e debbono perseguire uno scopo legittimo, ma devono essere proporzionate rispetto a

detto scopo, comportando la violazione del divieto di discriminazione nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare oltre che una ingerenza nel godimento del diritto di proprietà» (così sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, terza sezione, del 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia).

La Corte Costituzionale ha osservato in diritto quanto segue:

a) La manifesta infondatezza di una questione di legittimità prospettata dalle parti nel corso del medesimo giudizio non impedisce a un giudice che intervenga successivamente nel corso dello stesso processo di considerare, all'opposto, rilevante e non manifestamente infondata la medesima questione. Ciò, anche, come nel caso di specie, si tratti di giudice del rinvio, "che è certamente vincolato ai principi di diritto formulati nella sentenza di annullamento, ma conserva pur sempre il potere di sottoporre a questa Corte gli eventuali dubbi di legittimità costituzionale che egli nutra nei confronti delle disposizioni che è tenuto ad applicare nel giudizio di rinvio, in forza delle indicazioni della sentenza di annullamento".

b) Le sanzioni accessorie interdittive devono rispondere agli stessi principi di proporzionalità per le pene principali e devono essere rapportate al concreto disvalore del fatto di reato, pena la vanificazione dello stesso obiettivo di rieducazione del reo, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost. Fermo restando tale limite, nulla osta, sul piano dei principi costituzionali, a che il legislatore possa articolare strategie di prevenzione di gravi reati attraverso la previsione di sanzioni interdittive, la cui durata sia stabilita in modo indipendente da quella della pena detentiva; e ciò in ragione della diversa finalità delle due tipologie di sanzione, oltre che del loro diverso grado di afflittività rispetto ai diritti fondamentali della persona. In ottica de iure condendo, anzi, strategie siffatte ben potrebbero risultare funzionali a una possibile riduzione dell'attuale centralità della pena detentiva nel sistema sanzionatorio, senza indebolire la capacità deterrente della norma penale. Finalità, l'una e l'altra, che potrebbero in ipotesi essere conseguite, nel caso concreto, anche senza la pena detentiva, ovvero mediante l'applicazione di pene detentive di durata più ridotta rispetto a quanto oggi abitualmente accade, ogniqualvolta sia previsto, per l'appunto, un robusto ed efficace corredo di pene interdittive, se del caso disciplinate anche come autonome pene principali, secondo quanto suggerito da vari progetti di riforma (come lo "Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale", presentato nel maggio 2007 dalla Commissione "Pisapia", nonché lo "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di

delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale” elaborato nel dicembre 2013 dalla Commissione “Palazzo”).

Secondo la Corte Costituzionale la soluzione prospettata in questo caso dalla Sezione rimettente – ancorando meccanicamente la durata delle pene accessorie in esame a quella della pena detentiva concretamente inflitta – frustrerebbe, allora, indebitamente il legittimo scopo perseguito dalla disposizione impugnata: disposizione, peraltro, il cui vizio consiste non già, in via generale, nel difetto di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie da essa previste per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta; bensì nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale, che – 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 sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve.

c) Le pene accessorie temporanee previste dalla disposizione censurata incidono in senso fortemente limitativo su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato, riducendo drasticamente la sua possibilità di esercitare attività lavorative per un arco temporale di dieci anni, destinati a decorrere – in forza dell’art. 139 cod. pen. – dopo l’integrale esecuzione della pena detentiva. Anzi, l’intervenuta esecuzione della pena accessoria dopo l’esecuzione di quella detentiva, spesso sostituita dall’affidamento in prova al servizio sociale, determina un arretramento della condizione soggettiva del condannato e si risolve in una sanzione più afflittiva rispetto alla pena stessa che, diversamente da quella accessoria, viene graduata dal giudice in rapporto alla gravità del fatto e alla personalità del reo.

La Corte Costituzionale, prendendo spunto dall’attuale sistema fallimentare che prevede per la bancarotta semplice e per il ricorso abusivo al credito una sanzione interdittiva della durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice “fino a” un massimo determinato dalla legge (due anni nel caso della bancarotta semplice, tre anni nel caso del ricorso abusivo al credito) è pervenuta ad una diversa soluzione rispetto a quella prospettata dalla Corte rimettente.

La Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione censurata nella parte in cui dispone: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti

previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni», in modo da permettere al giudice penale di determinare, con una valutazione caso per caso la pena accessoria in concreto applicabile.

«Pene accessorie temporanee di durata fissa, come quelle previste dalla norma dichiarata illegittima, non sono compatibili – si legge nel comunicato stampa sotto allegato – con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Poiché la gravità dei fatti qualificabili come bancarotta fraudolenta può essere in concreto assai diversa, un'unica e indifferenziata durata delle pene accessorie determina risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto ai fatti di bancarotta meno gravi».

D'ora in poi – prosegue il comunicato – «nel condannare un imputato per bancarotta fraudolenta il giudice penale dovrà determinare discrezionalmente la durata delle pene accessorie che si aggiungono alla pena principale della reclusione. La durata delle pene accessorie sarà stabilita caso per caso dal giudice, fino al tetto massimo di dieci anni ma senza più alcun automatismo, tenendo conto della concreta gravità del fatto commesso dall'imputato. Resta ferma, ovviamente, la possibilità che la durata della pena accessoria sia maggiore di quella della pena detentiva. La Corte ha infatti osservato che le pene accessorie hanno un minor grado di afflittività, e svolgono una funzione almeno in parte diversa, rispetto a quella delle pene detentive, essendo finalizzate a impedire al condannato di continuare le attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati».

- Legge 24/11/81: divieto di emettere assegni bancari o postali
- Legge sugli stupefacenti: divieto di espatrio per un periodo non superiore ai 3 anni.
- DASPO Art. 6, comma 7, L. 13 dicembre 1989 n. 401: divieto di accedere ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive con obbligo di presentazione alla P.G. per un periodo da due a otto anni.
- DASPO prevista dal DL anticorruzione

DA ALTALEX

DASPO sportivo e DASPO urbano: lettura a caldo del Decreto Salvini

Articolo, 22/11/2018

Con il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 “sicurezza-immigrazione” il Governo, nella sua veste di Legislatore, ha inteso intervenire in diversi settori dell’ordinamento, con il dichiarato fine, tra gli altri, di garantire la sicurezza dei consociati. Tra le modifiche apportate dal Titolo II del decreto legge in commento e per quel che interessa ai fini del presente contributo, interessante risulta lo studio del tenore normativo degli artt. 22 e 23, i quali incidono rispettivamente sulla disciplina del DASPO sportivo e del DASPO urbano, estendendone l’orizzonte applicativo a talune fattispecie non contemplate dalla normativa precedente.

Inquadramento sistematico ed esame contenutistico della disciplina normativa in commento

Con il decreto legge sicurezza-immigrazione (D.L. 4 ottobre 2018, n. 113) - che unifica in un solo testo le precedenti proposte di d.l. sicurezza e d.l. immigrazione – il Governo ha inteso intervenire in diversi settori dell’ordinamento, con il dichiarato scopo di promuovere e garantire, come si evince dal nomen del decreto stesso, una maggiore sicurezza sociale.

Segnatamente, il testo prevede e disciplina casi straordinari di necessità e di urgenza in ordine al rilascio di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze umanitarie.

Si registra, di poi, l’introduzione e la regolamentazione dell’istituto della revoca dello status di protezione internazionale in caso di commissione di gravi reati.

Proseguendo oltre il testo si propone la razionalizzazione del procedimento volto ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, il rafforzamento di dispositivi volti a garantire la sicurezza pubblica, con particolare riferimento alla prevenzione e al contrasto alla criminalità organizzata e, infine, il miglioramento della efficienza operativa dell’Agenzia Nazionale per l’amministrazione dei beni sequestrati e confiscati.

Per quanto qui di interesse in relazione alla «straordinaria necessità e urgenza di introdurre norme per rafforzare i dispositivi a garanzia della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alla minaccia del terrorismo e della criminalità organizzata di tipo mafioso, al miglioramento del circuito informativo tra le Forze di polizia e l’Autorità giudiziaria e alla prevenzione e al contrasto delle infiltrazioni criminali

negli enti locali, nonché mirate ad assicurare la funzionalità del Ministero dell'interno», si segnala che ad essa è stato dedicato l'intero Titolo II del decreto (disposizioni in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa): si può così evidenziare, anche da un punto di vista grafico-testuale, la netta cesura con il Titolo I, dedicato al tema dell'immigrazione, e con il Titolo III, volto a modificare la disciplina in tema di amministrazione di beni sequestrati o confiscati.

Tra le altre disposizioni sul tema della sicurezza pubblica vi rientrano, altresì, gli artt. 22 e 23 in tema di DASPO.

Trattasi, come si avrà modo di apprezzare infra di normative elaborate al precipuo fine di ampliare l'ambito di operatività delle discipline del DASPO sportivo e del DASPO urbano.

Discipline che si avrà cura di esaminare partitamente nei paragrafi che seguono.

Il daspo per le manifestazioni sportive (art. 6 legge 13.12.1989, n. 401)

Preliminarmente è d'uopo richiamare la ratio giustificatrice del Divieto di Accedere alle manifestazioni SPORtive (c.d. D.A.SPO), che si sostanzia nella salvaguardia della sicurezza sociale di un ingente numero di persone riunite in un luogo - solitamente - chiuso.

Al ricorrere di talune circostanze, infatti, il Questore può proibire a un soggetto, anche solamente denunciato a piede libero o destinatario di una sentenza di condanna non definitiva, di accedere a luoghi in cui si svolgono attività sportive specificamente indicate nel provvedimento questorile. Come si è avuto modo di chiarire, peraltro, in altri contributi sul tema, a firma dello scrivente, la giurisprudenza oramai consolidata ha chiarito che il divieto questorile comprende non solo, come detto, i luoghi in cui si svolgono competizioni o manifestazioni sportive, ma finanche le zone limitrofe di transito, sosta o trasporto.

Nel vigore antecedente il decreto sicurezza, il DASPO, secondo la disciplina normativizzata all'art. 6, comma primo, legge n. 401/1989 - riguardava essenzialmente reati in relazione ai quali il pericolo di verificazione di eventi lesivi si presumeva essere maggiormente elevato, tra i quali possono annoverarsi, a titolo esemplificativo, il porto di armi improprie senza una valida giustificazione (art. 4, commi 1 e 2, legge 18.04.1975, n. 110), l'utilizzo di caschi o altri strumenti atti a mascherare il viso senza giustificato motivo (cfr. art. 5 legge 22.05.1975, n. 152), il lancio di materiale pericoloso, lo scavalco e l'invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive (sic art. 6 bis legge 13.12.1989, n. 401), il possesso di artifici

pirotecnici in occasione di manifestazioni sportive e di cui all'art. 6 ter legge n. 401/1989.

Se, come visto, da un lato, l'art. 6 legge n. 401/1989 pare fornire un'elencazione tassativa dei reati-presupposto per l'applicazione del divieto di accesso a manifestazioni sportive (elenco di cui si è dato un breve e non esaustivo elenco supra), dall'altro prosegue al comma 1, primo periodo, con una formula di chiusura ampia, volta a consentire la comminatoria del DASPO anche a situazioni che possono non integrare i reati estremizzati dalla norma stessa, o comunque altre fattispecie delittuose. La norma in disamina, infatti, recita che il Questore può proibire l'accesso alle manifestazioni sportive quando il soggetto ha «preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze [ha] incitato, inneggiato o indotto alla violenza» (art. 6, comma 1, primo periodo, l. 401/1989). Si può notare come gli episodi di inneggiamento o incitamento alla violenza non necessariamente assumono un ruolo di rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, con la conseguenza che il mancato rilievo causale del contributo potrebbe atrofizzare la funzione incriminatrice ex novo dell'art. 110 c.p. Nonostante la possibile irrilevanza penale di tali comportamenti, potendo le stesse risultare foriere di un coefficiente di pericolosità per la sicurezza delle manifestazioni sportive, il Legislatore ha ritenuto di dovere accordare a simili condotte quanto meno un trattamento sanzionatorio di tipo amministrativo.

Con il decreto-sicurezza si è voluto estendere l'ambito applicativo del DASPO sportivo anche a talune ipotesi annoverate nel codice antimafia. Utilizzando una tecnica di rinvio fisso, l'art. 22 cit. va ad interpolare i primi due periodi dell'art. 6, comma primo, legge 13.12.1989 n. 401, prevedendo che «il divieto di cui al presente comma può essere adottato anche nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 4, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159», articolo così modificato dalla legge 17.10.2017, n. 161 disciplinante le modifiche al Codice Antimafia.

Con la nuova disciplina, dunque, potranno essere attinti dal DASPO anche gli indiziati di gravi delitti con finalità di terrorismo di cui all'art. 51, comma 3 quater, c.p.p.

Ma l'ambito di operatività della disciplina del DASPO sportivo viene ulteriormente ampliata con l'inserimento dei soggetti, i quali, operando in gruppo o isolatamente, pongono in essere atti preparatori o esecutivi volti a sovvertire l'ordinamento dello Stato con la commissione di uno dei seguenti reati:

1. delitti contro l'incolumità pubblica di cui al Libro II, Titolo VI, capo I del Codice Penale;

2. insurrezione armata contro i poteri dello Stato (art. 284 c.p.);
3. devastazione, saccheggio e strage (art. 285 c.p.);
4. guerra civile (art. 286 c.p.);
5. banda armata (art. 306 c.p.);
6. epidemia (art. 438 c.p.);
7. avvelenamento di acque o di sostanza alimentari (art. 439 c.p.);
8. sequestro di persona semplice e a scopo di estorsione (artt. 605 e 630 c.p.).

Il terzo gruppo di soggetti destinatari del provvedimento questorile si riferisce a coloro che, operando in gruppo o isolatamente, pongono in essere atti preparatori o esecutivi con finalità di terrorismo anche internazionale.

Vi è, di poi, un ulteriore gruppo di soggetti cui può essere comminata la misura amministrativa del DASPO: si tratta di coloro che, operando in gruppo o isolatamente, pongono in essere atti preparatori o esecutivi volti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies c.p.

In altre parole, quindi, quattro sono i gruppi di delitti per i quali sarà possibile procedere, oltre che con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con la comminatoria questorile del DASPO:

1. indiziati di gravi delitti con finalità di terrorismo di cui all'art. 51, comma 3 quater, c.p.p.;
2. soggetti che pongono in essere atti preparatori o esecutivi volti a sovvertire l'ordinamento dello Stato;
3. soggetti che pongono in essere atti preparatori o esecutivi volti alla commissione di reati con finalità di terrorismo anche internazionale;
4. soggetti che pongono in essere atti preparatori o esecutivi volti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies c.p.

Si può notare *ictu oculi* una certa somiglianza dei punti sub 1 e 3.

Tuttavia, alcune significative differenze (sia pure sul piano dell'iter criminis e procedimentale penale, non già sul piano amministrativistico) risultano apprezzabili ad uno sguardo attento: i soggetti di cui al punto 1 possono risultare attinti semplicemente da un procedimento di prevenzione, procedura che può risultare sganciata da un procedimento penale e permeata da un tasso di indeterminatezza ben

maggior rispetto all'instaurazione di un procedimento penale; d'altra parte nel punto sub 1 non vengono tenute in considerazione le finalità di terrorismo internazionale, espressamente richiamate sub 3.

Misure a tutela del decoro di particolari luoghi (c.d. DASPO urbano – art. 9 decreto-legge 20.12.2017, n. 14): le novità introdotte dal decreto-legge sicurezza

Il decreto-legge sicurezza, all'art. 23, riporta tutta una serie di interventi incidenti sui presupposti applicativi della disciplina del c.d. DASPO urbano di cui al combinato disposto degli artt. 9 e 10 decreto-legge 20.02.2017, n. 14 (convertito con modificazioni dalla legge 18.04.2017, n. 48). Nonostante sia denominato nella prassi e dal Governo nella sua veste legislativa "DASPO urbano", non può non notarsi come si versi solo apparentemente (ed impropriamente) al cospetto di un DASPO, dal momento che questo presuppone il divieto di accesso alle manifestazioni sportive e non, più in generale, a luoghi pubblici. In ogni caso, e a prescindere dalla sviante denominazione, le funzioni dei due istituti risultano essere analoghe almeno in parte.

Il DASPO urbano, ai sensi dell'art. 10 cit., consiste nell'ordine motivato di allontanamento da un determinato luogo, irrogato per iscritto dall'organo accertatore (non solo il Questore come nel DASPO sportivo) di una delle infrazioni di cui all'art. 9 del medesimo decreto-legge (v. infra). Segnatamente, il soggetto destinatario di tale provvedimento non potrà fare accesso nel luogo in cui si trovava al momento in cui ha commesso l'infrazione passibile di sanzione per le quarantotto ore successive al momento consumativo della stessa. Tale termine, tuttavia, può subire un consistente aumento (fino a sei mesi) nel momento in cui l'organo accertatore, verificata la reiterazione delle condotte di cui all'art. 9, commi primo e secondo, decreto-legge n. 14/2017, ravvisi un pericolo per la sicurezza pubblica; periodo prolungato ulteriormente (da 6 mesi a 2 anni) nel momento in cui il soggetto "recidivo" alle violazioni di cui all'art. 9 cit. sia stato condannato con sentenza definitiva, ovvero comunque con doppia conforme, nei cinque anni precedenti, per un delitto contro il patrimonio o contro la persona.

Per ciò che concerne la disciplina statica del DASPO urbano, si può notare innanzitutto come vi sia un doppio livello di tutela, nazionale e locale. Invero, l'art. 9, comma primo cit. mira a garantire il regolare funzionamento del trasporto pubblico e delle relative infrastrutture, punendo con una sanzione amministrativa pecuniaria da €100,00 a €300,00, e con il divieto di accesso (c.d. DASPO urbano) chiunque impedisca l'accessibilità e la fruizione delle dette infrastrutture «in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi» previsti dalle stesse.

Inoltre, al medesimo, fine, possono essere sanzionati coloro che all'interno dei citati luoghi:

1. si trovino in stato di manifesta ubriachezza (art. 688 c.p.);
2. pongano in essere atti contrari alla pubblica decenza mediante turpiloquio (art. 726 c.p.);
3. pongano in essere attività di commercio abusivo (art. 29 d. lgs. 31.03.1998, n. 114);
4. svolgano attività di parcheggiatore o di guardamacchine abusivi (art. 7, comma 15 bis, C.d.S.).

Come detto al DASPO urbano “nazionale” si affianca un particolare tipo di DASPO urbano “locale”, dal momento che l'art. 9, comma terzo, decreto-legge n. 14/2017 facoltizza i regolamenti di polizia locale ad individuare determinate aree urbane a cui estendere la disciplina di cui all'art. 9, commi 1 e 2, d.l. 14/2017.

La riforma del decreto sicurezza ha interessato tale ultima disciplina, estendendo l'ambito applicativo della disposizione a luoghi non previsti originariamente dall'art. 9, comma terzo, decreto-legge n. 14/2017. Invero, prima di tale novum normativo, i luoghi cui era possibile, per il regolamento di polizia locale, estendere la disciplina del DASPO si snodavano attraverso tre macro-direttrici: centri di istruzione; centri di interesse storico-culturale; aree verdi.

A seguito dell'intervento riformatore in commento, sono stati inclusi tra i luoghi ai quali allargare la tutela interdittiva i «presidi sanitari» e le «aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli», tutti accomunati da una intensa frequentazione di pubblico e dalla elevata funzione sociale che svolgono. Evidentemente, per tali motivi si è ritenuto di garantire, da un lato, il regolare andamento del lavoro sanitario e delle manifestazioni pubbliche e, dall'altro, la sicurezza di chi frequenta detti luoghi.

In sostanza, con un intervento mirato il Legislatore non ha snaturato la natura dell'istituto, ponendosi in linea di continuità con il precedente legislatore e limitandosi ad introdurre nel tessuto normativo del DASPO urbano taluni luoghi che assolvono a una elevata funzione

Riferimenti normativi

Art. 6 legge 13.12.1989, n. 401;

Art. 4, comma primo, lettera d), D.lgs. 06.09.2011, n. 159;

Art. 9 d.l. 20.02.2017, n. 14;

D.L. 24.09.2018, n. 113.

DASPO SPORTIVA: MISURA DISPOSTA PER FATTI OGGETTO DI UNA CONDANNA PENALE

C.Edu, I sez., dec. 8 novembre 2018, Serazin c. Croazia

1. Con la decisione che qui brevemente si segnala, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il provvedimento che vieta al tifoso di assistere a competizioni sportive previsto dalla legislazione croata – in tutto simile, come gli stessi giudici di Strasburgo rilevano, al DASPO italiano – non costituisca una sanzione penale ai sensi della Convenzione, stante la sua eminente funzione preventiva; e che, pertanto, la misura in questione possa essere disposta anche in relazione ai medesimi fatti di reato che hanno comportato l'inflizione di una (vera e propria) pena da parte del giudice, senza che ciò dia luogo a un bis in idem.

2. Più precisamente, il ricorrente – un hooligan della Dinamo Zagabria coinvolto in plurimi episodi di violenza, in Croazia e all'estero – si doleva del fatto che gli fosse stato proibito di recarsi allo stadio per assistere alle partite della sua squadra del cuore e della nazionale croata, in patria o all'estero, per un anno, unitamente all'obbligo di presentarsi alla più vicina stazione di polizia in corrispondenza delle partite delle squadre in questione; e ciò nonostante egli fosse già stato condannato – in relazione ai medesimi fatti posti a fondamento della misura – a scontare una pena detentiva, ancorché condizionalmente sospesa.

L'inflizione di quella che, in tesi, sarebbe stata una duplice sanzione per i medesimi fatti considerati nella loro dimensione storico-fattuale, avrebbe comportato una violazione del diritto al ne bis in idem del ricorrente, tutelato dall'art. 4 Prot. 7 Cedu.

3. Com'è noto, presupposto per l'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu – oltre alla sussistenza di un idem factum, considerato nella sua dimensione spazio-temporale – è la natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni inflitte o da infliggersi. Proprio sulla natura del divieto di partecipare agli incontri sportivi in questione, allora, si concentra l'attenzione dei giudici di Strasburgo, che – come sempre in questi casi – svolgono un'analisi autonoma delle caratteristiche della misura presa in considerazione, servendosi dei consolidati criteri enunciati per la prima volta nella sentenza Engel.

La Corte osserva in primo luogo come la misura in questione sia genericamente qualificata nell'ordinamento interno come sanzione di tipo preventivo e, comunque,

non penale. Tale elemento, tuttavia, non può considerarsi decisivo – pena il verificarsi di pericolose ‘frodi delle etichette’ – e i giudici di Strasburgo procedono, quindi, ad interrogarsi sui reali scopi e sul livello di afflittività della misura in esame.

3.1. Quanto agli scopi perseguiti, la Corte sottolinea – facendo ampi riferimenti al diritto comparato, anche italiano – che misure del tipo di quella sottoposta a scrutinio sono normalmente e plausibilmente giustificate dalla finalità di prevenire la violenza negli stadi e che esse sono concepite come eminentemente volte a tutelare l’incolumità dei partecipanti alle manifestazioni, piuttosto che a punire coloro che si siano macchiati, in precedenza, di comportamenti violenti o comunque inappropriati durante le competizioni sportive. Le due diverse finalità qui enunciate – ammettono i giudici – sono piuttosto difficili da distinguere nettamente: è ben possibile, infatti, che scopi preventivi e scopi punitivi possano, in relazione alla medesima misura, coesistere e sovrapporsi. Tuttavia, l’analisi della disciplina croata da parte Corte consente di individuare due indici sintomatici del prevalere della finalità preventiva su quella punitiva.

a) Innanzi tutto, la sussistenza nell’ordinamento croato di due diverse ‘tipologie’ di divieto di accedere alle manifestazioni sportive: accanto alla non meglio definita misura preventiva in esame – che è indipendente dalla commissione di un reato e che ha come unico presupposto applicativo, oltre alla pericolosità del soggetto, ‘la notizia di precedenti condotte illecite’ – vi è infatti una pena accessoria che impone sostanzialmente il medesimo divieto, e che è però inflitta dal giudice assieme alla pena principale all’esito del procedimento che accerta la commissione di un reato. Tale circostanza – sostengono i giudici – depone a favore della netta separazione delle due funzioni: l’unico ruolo che il fatto di reato eventualmente commesso in precedenza rivestirebbe, nell’applicazione della ‘misura preventiva’ in questione, è quello di incarnare il presupposto applicativo delle precedenti condotte illecite.

b) In secondo luogo, depone a favore della natura preventiva e non punitiva della misura l’obbligo, posto in capo al tifoso, di presentarsi alla più vicina stazione di polizia per documentare le sue attività in corrispondenza delle competizioni sportive alle quali non può assistere e nelle ore immediatamente susseguenti. I giudici sottolineano che il tempo massimo di applicazione del divieto di assistere alle competizioni sportive è, nel caso della ‘misura preventiva’, di un anno (corrispondente al minimo di quello previsto dalla pena accessoria); e che il soggetto non è tenuto a trascorrere il tempo ‘di osservazione’ all’interno della stazione di polizia né a consegnare i propri documenti validi per l’espatrio (come invece avviene nel caso della pena accessoria), ma è sufficiente che egli comunichi i suoi movimenti alle forze dell’ordine. Una misura

di tal genere – sostiene la Corte – appare come principalmente orientata alla rimozione delle possibili cause di condotte violente, a beneficio della comunità.

L'assenza, dunque, di una prevalente funzione punitiva e deterrente – chiosa la Corte – consente di affermare che la misura in questione non si annovera fra quelle sostanzialmente penali ai sensi della Convenzione.

3.2. Alle stesse conclusioni la Corte perviene analizzando il livello di afflittività della misura in questione. Il divieto in oggetto – osserva la Corte – non si accompagna alla privazione della libertà personale o al pagamento di una somma di denaro; la reclusione e/o una multa possono derivare dal mancato rispetto dei divieti e degli obblighi imposti, ma non sono dirette conseguenze di questi ultimi. Infine, osserva la Corte, misure che incidono più pesantemente sui diritti e le libertà del singolo rispetto a quella oggetto di giudizio sono state ritenute, in passato, non sufficientemente afflittive da costituire una sanzione penale ai sensi della Convenzione. Il riferimento esplicito è qui alla sentenza *De Tommaso c. Italia*, come esempio principe delle misure di 'supervisione speciale mafia-type', da sempre considerate dai giudici di Strasburgo come misure cui non si applicano le garanzie correlate alla *matière pénale*.

4. In considerazione di quanto sopra enunciato, la Corte ha ritenuto il ricorso addirittura inammissibile – si tratta, come anticipato, di una decisione – e ha contemporaneamente fornito alcuni utili spunti di riflessione al penalista italiano, stanti i numerosi riferimenti al nostro sistema delle misure di prevenzione (tipiche e atipiche) e le notevoli similitudini fra la fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici di Strasburgo e quella disciplinata dall'art. 6 della l. 13 dicembre 1989, n. 401.

Alla luce della sentenza appena riassunta, infatti, sembrerebbe che misure come il DASPO italiano siano perfettamente in grado di superare il test rappresentato dalla sottoposizione ai criteri Engel e a mantenersi, di conseguenza, fuori dall'ambito di applicazione delle garanzie (processuali e sostanziali) connesse alla nozione convenzionale di materia penale. Una considerazione che si fonda, innanzitutto, sulla riconosciuta plausibilità della prevalenza della finalità preventiva (piuttosto che di quella punitiva) del divieto di assistere alle competizioni sportive; ma che scaturisce anche dal confronto – che la stessa Corte di Strasburgo fa – fra il DASPO e le misure di prevenzione personali (prima fra tutte l'obbligo di firma) che, pur dotate di un maggiore coefficiente di afflittività, sono tuttavia ritenute, anch'esse, estranee alla nozione convenzionale di pena.



**TUTOR
MAGISTRALIS**
MARIA ROSARIA SODANO