i SUD del MONDO

Associazione I Sud del Mondo ETS

LA CORRUZIONE COME METODO

Osservatorio Tematico

Rapporto di ricerca



LA CORRUZIONE COME METODO

ABSTRACT

La corruzione è il ‹‹mercato dell'autorità›› dove i corruttori cercano di modificare a proprio vantaggio la struttura dei diritti di proprietà sulle risorse amministrate o regolate dallo Stato attraverso l'attività di agenti cui sono delegati poteri e responsabilità. Qualsiasi settore è permeabile alla corruzione: l'attività di public procurement, la cessione o l'assegnazione a privati di beni, servizi o diritti ad un prezzo inferiore a quello praticato sul mercato, l'attività di enforcement, che attribuisce agli agenti pubblici il potere di imporre selettivamente costi, espropriare o ridurre il valore dei diritti privati. La corruzione è, dunque, un'attività di rentseeking, di ‹‹ricerca della rendita›› dove corrotto e corruttore si spartiscono, attraverso lo scambio occulto, i diritti di proprietà sulla rendita creata a danno della collettività. Volendosi soffermare sulle ragioni socioeconomiche che favoriscono la diffusione del fenomeno è necessario, quindi, fare riferimento a tre principali chiavi di lettura:

il primo filone è quello di stampo economico che considera le scelte di accettare o pagare tangenti, o vantaggi di varia natura, come frutto di un calcolo razionale che dipende dai costi, rappresentati dalla possibilità di essere scoperti e dall'entità delle sanzioni, e dai probabili vantaggi che sono il risultato di parametri derivati dal confronto con le alternative disponibili. Il bilanciamento risulta, pertanto, inversamente proporzionale a quelle che sono le occasioni di corruzione messe a disposizione dal quadro politico e istituzionale rilevando, in tal senso, fattori come l'inefficienza del sistema giudiziario, la sensibilità degli elettori a eventuali scandali politici, l'intervento pubblico dello Stato nell'economia, il grado di trasparenza nell'assunzione delle decisioni che riguardano interessi pubblici, la mole e la formulazione dei testi normativi, l'efficacia dei controlli politici e amministrativi, l'attitudine concorrenziale o collusiva dei mercati economici e politici. Le principali variabili sono così riconducibili ad una semplice formula C=M+D-T-A: il livello di corruzione (C) si associa alla presenza di posizioni monopolistiche di rendita (M) e all'esercizio di poteri discrezionali (D), ed inversamente collegato al grado di trasparenza (T) e di *accountability*, o responsabilizzazione degli agenti(A), che dipende dalla circolazione di informazioni e dall'efficacia dei controlli istituzionali e sociali sul loro operato.

Un diverso approccio è quello di tipo socioculturale che valorizza invece, variabili

come le norme etiche, i valori culturali, le tradizioni, il senso civico, il senso dello Stato di cittadini e funzionari. Questi fattori generano, certamente, costi per l'intera comunità ma rappresentano anche il ‹‹costo morale›› della corruzione: ossia il disagio psichico associato
alla violazione della legge. In questo tipo di ricostruzione, le occasioni di corruzione si attenuano dove gli standard morali sono più solidi. La combinazione dei vantaggi economici e la distribuzione dei costi morali costituiscono le varianti che formano il tasso di corruzione di un paese.

Negli ultimi anni, poi, una terza chiave di lettura si è manifestata ed è quella di tipo ‹‹neo- istituzionalista››. Essa dimostra come la rilevanza delle dinamiche interne nelle reti di corruzione contribuisca a consolidare strutture di governo informali dove prevalgono esigenze di rapidità e dove sono i meccanismi, semmai, a garantire l'adempimento delle transazioni corrotte, rappresentando un ulteriore elemento catalizzatore degli scambi occulti tale da alimentare la fiducia delle controparti.

L'evoluzione e la stabilità della corruzione amministrativa è, in sostanza, un processo *path depentent* nel quale alti livelli di diffusione delle pratiche illecite pongono le premesse per rendimenti crescenti delle medesime attività in periodi successivi e che diventa, a poco a poco, sistemico. Tra le ragioni storiche della permeabilità dell'ordinamento a fenomeni di corruzione vi è certamente il progressivo consolidamento di una *giuridicità debole*: la legislazione a carattere derogatorio è una costante che riaffiora frequentemente in tutto l'arco della vicenda istituzionale italiana. All'inizio l'intento era nobile: si spingeva a differenziare la legislazione per zone a causa delle diverse velocità su cui viaggiavano le diverse parti del paese, sussistendo un forte dislivello di sviluppo. Organi e procedure speciali venivano poste per far fronte alle esigenze particolari delle aree sottosviluppate che all'epoca non erano solo circoscritte al Mezzogiorno, ma anche al Nord e agli Appennini. La conseguenza è stata l'attenuazione della sensazione della generalità della legge determinata da amministrazioni e procedure che procedevano in parallelo a quelle ordinarie e ne costituivano deroga o integrazione. Il fenomeno della legislazione ‹‹a doppio fondo›› divenne ben presto dominante. Le grandi codificazioni varate allo scopo di dare organicità al sistema giuridico saranno spesso doppiate da leggi speciali,

con esasperanti diatribe circa il coordinamento delle varie norme. Da allora, si è progressivamente affermata una sorta di disobbedienza legale fatta di norme speciali, straordinarie, eccezionali. Un corollario di questa tendenza è riscontrabile nel numero delle leggi vigenti, molto più alto di quello degli altri paesi europei, aggravata dalla dimensione delle singole leggi, divenuta pletorica, le contraddizioni tra diverse norme e la durata in vigore, a volte ridotta a pochi giorni. Il tempo non ha smorzato la continuità in questo modo di confezionare le leggi che è causa di incertezza del diritto, rafforza la convinzione dei corruttori di poter svolgere le proprie operazioni approfittando dei gangli e dei meandri procedimentali, lo strisciante pregiudizio che "*per i nemici le leggi si applicano, per gli amici si interpretano*".

Il presente lavoro, dunque, ispirato dalle lunghe conversazioni con chi fu protagonista del disvelamento del sistema della corruzione in Italia, che si ringrazia per lo straordinario patrimonio di spunti e idee offerti generosamente alla curiosità di chi scrive, vuole tracciare, nella descrizione, si auspica, quanto più completa possibile il quadro degli ambiti dove si dispiega nel nostro Paese il fenomeno della corruzione e, molto di più, sul piano normativo, i tormenti interpretativi e applicativi che ne hanno segnato, in termini investigativo – repressivi, ancora sino ai giorni nostri, lo scarso successo degli strumenti di contrasto

Indice

PREMESSA 7
CAPITOLO I ... 9
REPERIRE IL DENARO IL REATO DI FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI ... 9
1. Il testo originario e l'interpretazione giurisprudenziale. ... 9
1.1 La "moda" del falso in bilancio. ... 12
2. Brevi cenni alla disciplina previgente. ... 14
3. La nuova stagione delle false comunicazioni sociali. ... 17
3.1 Concetto e oggetto materiale. ... 19
3.2. La questione delle valutazioni. ... 21
3.2.1. Considerazioni in materia di falso "valutativo". ... 36
3.3 Circoscrizione dell'elemento soggettivo. ... 40
3.4 Un falso in bilancio a peso variabile. ... 46
4. Riserve c.d. "occulte" e falso qualitativo: punti di incontro ... 52
CAPITOLO II ... 60
EVOLUZIONE FENOMENOLOGICA E NORMATIVA: IL PUNTO DI INIZIO DELLA FATTISPECIE CORRUTTIVA ... 60
1. L'evoluzione della fattispecie nell'immaginario legislativo e nella realtà criminale. ... 60
1.1 Il modello ispiratore nel codice del 1930. ... 61
1.2 La questione "tangentopoli". ... 63
1.3 La crisi del modello mercantile. ... 67
1.4 Il primo progetto di rivisitazione del sistema penale dei delitti di corruzione. ... 70
1.5 Dal dinamismo internazionale alla l. n. 190/2012. ... 76
2. Le fattispecie di "concussione" e "induzione indebita a dare" ... 81
2.1 I criteri di *discrimen* tra concussione e induzione indebita. ... 87
2.1.1 Le Sezioni Unite "Maldera" e l'applicazione successiva. ... 94
2.2 La distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione. ... 104
3 La corruzione nell'attuale configurazione. ... 108
3.1 Le modifiche apportate dalla l. 69/2015. ... 118
4 Modifiche prettamente processuali: patteggiamento e sospensione condizionata. ... 125
5 Ulteriori elementi di tutela contro il sistema – corruzione. ... 126
5.1 Il traffico di influenze illecite. ... 126
5.2 La corruzione tra privati. ... 133
5.3 Il finanziamento illecito ai partiti. ... 140
6 La corruzione sistemica a vantaggio del crimine organizzato. ... 146
CAPITOLO III ... 152
LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA DALLA LEGISLAZIONE D'EMERGENZA ALLA CONTIGUITÀ COL "MONDO LEGALE" ... 152
1. Premessa: il nuovo volto della criminalità organizzata. ... 152

2. Breve cenno ai reati associativi nel nostro ordinamento penale. 153
2.1 I reati associativi al vaglio della Costituzione. 155
2.1.1 L'ordine pubblico come bene giuridico. 159
3. L'art. 416–*bis* c.p. quale punto di partenza per la repressione del fenomeno mafioso. 161
3.1 Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto. 165
3.2 La contiguità mafiosa: configurabilità del concorso esterno nei reati associativi. 168
3.2.1 Il concorso esterno nella fisionomia attribuitagli dalla giurisprudenza. 174
3.3 Un ripensamento giurisprudenziale del "metodo mafioso". 188
3.3.1 Il ruolo delle mafie straniere nella rivisitazione degli elementi del metodo mafioso. 190
3.3.2 Le mafie al nord: il concetto di Mafia silente. 194
3.3.3 Mafia Capitale, ovvero la massima estensione del metodo mafioso. 202
3.4 Risposte legislative: Il delitto di scambio elettorale politico – mafioso. 208
4. Un ponte tra il legale e l'illegale: il fenomeno del riciclaggio. 214
4.1 L'autoriciclaggio tra lotta alla criminalità organizzata e recupero somme "occulte". 221
CAPITOLO IV 227
SINERGIE DI INTERVENTO E PROSPETTIVE DE JURE CONDENDO ATTUAZIONE DI SISTEMI REPRESSIVI NEI CASI CONCRETI 227
1. Lotta alla corruzione e principi costituzionali. 227
2. La soluzione penalistica. 230
2.1 L'introduzione di nuove fattispecie. 231
3. Prevenire è meglio che reprimere. 239
3.1 Piani di prevenzione della corruzione. 240
3.1.2 … e i "Piani contro la corruzione" nel pubblico. 246
3.2. La riscoperta della cultura dell'etica e della legalità. 253
3.3 Ulteriori misure di contrasto al "sistema dell'illegalità". 264
3.3.2 L'A.N.A.C. e il ruolo di altre Autorità. 268
3.3.3 Continuità aziendale e riappropriazione della cosa pubblica. 271
3.3.4 L'agente provocatore o, per meglio dire, operazioni sotto copertura: vantaggi e limiti 275
4. Lo scopo dell'indagine: diritto penale e strumenti preventivi in un'unica strategia sinergica. 295
5. Alcune " brevi" riflessioni su legge 9 gennaio 2019, n. 3 Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonche' in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politico 299
Conclusioni 307
BIBLIOGRAFIA 312

PREMESSA

Il 27 maggio del 2015 il legislatore ha approvato la l. n. 69, che inserisce nel nostro ordinamento le "disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazione di tipo mafioso e di falso in bilancio". Se si osserva l'assetto delle fattispecie, emerge che i primi sono disciplinati nel titolo II del libro II del codice penale (rubricato appunto "dei delitti contro la pubblica amministrazione"), i secondi nel titolo V del medesimo libro ("dei delitti contro l'ordine pubblico"), ed il terzo addirittura nel codice civile, segnatamente nel titolo XI del libro V ("Disposizioni penali in materia di società e consorzi"). Leggendo le rubriche dei titoli, è chiaro come le fattispecie in esame siano poste a tutela di beni giuridici diversi ed apparentemente molto diverse tra loro.

Certamente è opportuno chiedersi per quale motivo il legislatore abbia deciso di unire discipline così distanti tra loro in un solo provvedimento.

Questo intervento si inserisce in un contesto legislativo che comprende, inoltre, provvedimenti in materia di autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p., introdotto dalla l. n. 186/2014), il codice antimafia (l. n. 159/2011 e periodicamente aggiornato o modificato), la legge anticorruzione n. 190/2012 e, volendo prestare attenzione anche a misure più risalenti, il noto d. lgs. 231/2001 in materia di responsabilità degli enti.

Questo rapido elenco di interventi legislativi mostra chiaramente come questi ultimi si inseriscano in un progetto di larghe vedute che riconosce le strette relazioni tra i vari reati trattati, i quali, a prescindere dalla loro collocazione sistematica, possono essere ricompresi nella generale categoria della "criminalità economica". Questa tipologia di delittuosità è caratterizzata da livelli elevati di pericolosità e dannosità, che rilevano sia sull' ordine economico in sé, sia sulla fiducia collettiva nella quale tale ordine trova il proprio fondamento; dal tipo di vantaggio, economico appunto, ma non necessariamente patrimoniale, potendo invece consistere nella forma di una collocazione preferenziale sul terreno competitivo; dalle enormi difficoltà di rilevamento e repressione a causa della complessità e sofisticazione delle pratiche illecite ma anche per il carattere collettivo o superindividuale dei beni colpiti che finiscono per "volatilizzarsi"; infine dal radicarsi delle relative condotte nelle alte sfere del mondo economico. I delitti di cui si è prima accennato rientrano sicuramente in questa ampia

categoria criminale a causa delle profonde modifiche che li hanno investiti nel corso degli anni. La corruzione - in senso lato intesa - ha visto cambiare profondamente il proprio archetipo, passando da un modello mercantile, ad uno clientelare, trasformandosi in un fenomeno decisamente vicino al mondo della criminalità organizzata, la quale, a sua volta, si è sempre più allontanata dal classico paradigma della "violenza o minaccia", cambiando sia i propri obiettivi ultimi (non più esclusivamente la commissione di reati estorsivi ed usura, ma anche l'acquisizione in modo diretto o indiretto della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici) sia il metodo con cui tali obiettivi sono perseguiti (si potrebbe dire: non più guerra allo Stato, ma accordo con esso, contiguità). A ciò va, inoltre, aggiunto poi il reato di falso in bilancio, utile strumento per la costituzione di riserve occulte e quindi strumentale alla commissione di altri reati *in primis* corruzione, e il fenomeno del riciclaggio, che ripulisce i profitti illeciti, reintroducendo risorse di provenienza illecita nel circuito dell'economia legale, quasi a chiudere un ideale "cerchio dell'illegalità", in cui le fattispecie criminali non sono separate tra loro ma profondamente interconnesse.

La l. n. 69/2015 e tutti gli altri recenti interventi legislativi, sino a giungere alla recentissima legge n.3 del 9 gennaio 2019, definita emblematicamente *"Spazzacorrotti",* trattando congiuntamente fenomeni apparentemente distanti tra loro, mostrano quindi una maggiore consapevolezza dei rapporti esistenti tra questi, ed una visione di insieme nella lotta alla criminalità economica.

CAPITOLO I
REPERIRE IL DENARO IL REATO DI FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI

1. Il testo originario e l'interpretazione giurisprudenziale.

La fattispecie delle false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 ss. del codice civile è una delle più controverse dell'intero ordinamento, su cui più volte il legislatore è intervenuto modificandone significativamente il ruolo e la portata. Ma è soprattutto nell'ultimo ventennio che la fattispecie ha avuto una rapida evoluzione dovuta all'interpretazione giurisprudenziale e agli ultimi interventi legislativi

Nel sistema originario del codice civile, le false comunicazioni sociali erano tipizzate nell'art. 2621 come reato di pericolo, punito con la reclusione da uno a cinque anni e la multa da due a venti milioni di lire ma a partire dal 1993, dopo le tristemente note vicende dell'inchiesta "Mani pulite", la giurisprudenza ha dato alla norma un'interpretazione estremamente estensiva che spinse il legislatore del 2002 ad intervenire per meglio definirne i contorni e reprimere il fervore ermeneutico che si era verificato[1].

Un ottimo esempio di come la giurisprudenza abbia stravolto l'impianto originario è dato dalla nota vicenda del caso Fiat. Si trattò probabilmente

[1] Il testo originario dell'art 2621 c.c. recitava: "Salvo che il fatto costituisca reato più grave, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da L. 2 milioni a L. 20 milioni:
1) i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni. economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime;
2) gli amministratori e i direttori generali che, in mancanza di bilancio approvato o in difformità da esso o in base ad un bilancio falso, sotto qualunque forma, riscuotono o pagano utili fittizi o che non possono essere distribuiti;
3) gli amministratori e i direttori generali che distribuiscono acconti sui dividendi:
a) in violazione dell'Articolo 2433-*bis*, 1° comma;
b) ovvero in misura superiore all'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che devono essere destinate a riserva per obbligo legale o statutario e delle perdite degli esercizi precedenti e aumentato delle riserve disponibili;
c) ovvero in mancanza di approvazione del bilancio dell'esercizio precedente o del prospetto contabile previsto nell'Articolo 2433-*bis*, 5° comma, oppure in difformità da essi, ovvero sulla base di un bilancio o di un prospetto contabile falsi."

dell'ultima grande vicenda giudiziaria relativa all'art. 2621 n.1 c.c. prima della riforma ed ispirò l'intervento legislativo[2].

Un primo elemento su cui si focalizzò la S.C. fu il concetto di "comunicazione sociale". La Corte innanzitutto escluse la riconducibilità sotto la suddetta norma di dichiarazioni rilasciate dagli amministratori in risposta a precise domande dei soci nel corso delle assemblee tenute nei vari anni in cui illustravano i dati di bilancio consolidato dei vari esercizi. Il delitto di false comunicazioni sociali era ritenuto infatti reato istantaneo che si consumava nel momento in cui il comportamento del soggetto attivo si oggettivizzava con la presa di conoscenza da parte dei destinatari del contenuto della comunicazione, il che avveniva, quando si trattasse di comunicazioni scritte (relazioni, bilanci, ecc.) allorché le stesse fossero depositate ai sensi di legge. Eventuali successive dichiarazioni di conferma della comunicazione falsa da parte dell'agente non potevano considerarsi una nuova violazione della stessa disposizione di legge poiché nulla aggiungevano alla fattispecie criminosa già completa in tutti i suoi elementi e non avevano, pertanto, alcun valore né agli effetti della continuazione né a quelli della permanenza.

La S.C. ritenne però applicabile la norma con riferimento al bilancio consolidato, rigettando le eccezioni dei difensori secondo cui, poiché il bilancio consolidato era stato inserito nel nostro ordinamento solo nel 1974 quindi molto più tardi rispetto all'art. 2621 c.c., e poiché esso concerneva e concerne la situazione economica del gruppo e non di una società, e quindi non può essere rettamente considerato una "comunicazione sociale" *stricto sensu*, non poteva essere ricompreso nella norma civilistica. Innanzitutto, afferma la Corte, il fatto che l'istituto del bilancio consolidato sia stato introdotto successivamente al reato in questione non è di alcun ostacolo alla sua riconducibilità sotto questa fattispecie. Infatti i termini "relazioni", "bilanci" e "comunicazioni sociali" costituiscono veri e propri elementi normativi della fattispecie, il cui contenuto va. ricercato per via di eterointegrazione nella disciplina civilistica di riferimento. Il legislatore italiano ha introdotto nel sistema giuridico civile la figura del bilancio consolidato e pertanto, qualora se ne dovesse riscontrare la natura per lo meno di "comunicazione sociale" nel senso inteso dall'art. 2621 c.c., la riconducibilità di

[2] Cass. Pen., Sez. V, 19 Ottobre 2000, n.191, in *Diritto e giustizia,* 2001. N. 2/3, p 17 ss.

detto documento nella previsione del delitto in esame andrebbe affermata senza indugio alcuno, sulla base di una interpretazione che non sarebbe nè analogica, né estensiva[3], e non si può non ritenere che il bilancio consolidato rientri nella nozione di comunicazione sociale dato che esso deriva dalla medesima fonte (la società), risponde alla medesima esigenza informativa nei confronti di soci e creditori, ed è soggetto anch'esso ad un regime di pubblicità rispetto ai terzi in generale.

Fra le tesi difensive si riscontra per la prima volta un riferimento a quelle soglie di punibilità che furono poi espressamente tipizzate. I difensori sostennero infatti che, nel caso concreto, la falsità riguardava meno del 1% del patrimonio e meno del 5% delle attività del gruppo e quindi, secondo questo criterio percentualistico, essa non incideva sulla conoscenza della reale situazione economica del gruppo. Le difese insistentemente richiamavano la giurisprudenza della Cassazione civile, univoca nell'affermare che non qualsiasi difformità dal modello legale di bilancio inficia la deliberazione che lo approva: in particolare, non inficiano la validità del conto le "irregolarità di scarsa importanza e le omissioni di trascurabile valore economico che non influenzano apprezzabilmente la rappresentazione della situazione economica e patrimoniale della società"[4].

La Corte però si vide costretta a respingere anche eccezioni di questo tipo perché la norma incriminatrice non conteneva un riferimento neppure implicito a soglie di rilevanza, né in termini assoluti né di carattere proporzionale.

Infine a partire da questa sentenza la giurisprudenza inizia ad elaborare il concetto di reato plurioffensivo, rendendolo più funzionale alle esigenze repressive. La nozione era stata pensata in realtà con intenti garantistici: per l'applicazione delle fattispecie che tutelavano più beni giuridici, era necessario che tutti gli interessi fossero danneggiati o messi in pericolo. La giurisprudenza, anche attuale, tende invece ad interpretare il concetto in un modo che non può non essere considerato *in malam partem* in quanto richiede che solo uno dei beni giuridici che il reato può offendere sia concretamente leso o messo in pericolo.

Questa sentenza spiega l'intervento del legislatore del 2002.

[3] Cass. Pen., Sez. V, 19 Ottobre 2000, n. 191, in *Diritto e giustizia, 2001*, N. 2/3, p 17 ss.
[4] Cass. Civ., Sez. I, 23 marzo 1993,n.3458; *idem*, 18 marzo 1986, n.1839

1.1 La "moda" del falso in bilancio.

Il motivo di siffatta interpretazione è da riscontrare nella scoperta degli stretti collegamenti tra la fattispecie in esame ed altre gravi e particolarmente diffuse fattispecie come la corruzione o il finanziamento illecito ai partiti.

A monte vi è infatti la tendenza delle Procure della Repubblica, a partire dai primi anni '90, ad addebitare ad amministratori o dirigenti di società, indagati ad esempio per ipotetiche fattispecie di corruzione, anche la violazione dell'art. 2621 c.c., il che ha portato al moltiplicarsi delle imputazioni. Se si tiene conto del fatto che sin dal 1965 la dottrina denunciava invece la scarsa applicazione della norma, sembra lecito sollevare il dubbio se le Procure, nel loro pur meritorio zelo nel ricercare e perseguire i fenomeni di corruzione, non adottino un concetto di "falsa comunicazione sociale" discutibile, col risultato di contestare il falso in bilancio anche dove ciò non sarebbe possibile.

La dottrina in passato ha però segnalato come fosse inopportuna questa tendenza delle Procure. Infatti le difformità dal vero contenute in bilancio in tanto potevano integrare il reato in esame in quanto presentassero il requisito della "rilevanza informativa sulle condizioni economiche della società"[5]. A ben vedere infatti l'esposizione di fatti falsi costituisce un falso ideologico, che sappiamo di norma non essere previsto come reato se non in atto pubblico. Pertanto la criminalizzazione del falso in bilancio rappresenta un'eccezione giustificata dall'esigenza di proteggere gli interessi dei destinatari dell'informazione. Ma l'interesse di questi soggetti è quello ad avere un'immagine fedele della situazione complessiva della società, non a conoscerne particolari irrilevanti. Del resto la giurisprudenza ha avuto modo di affermare un concetto non dissimile in ambito civilistico quando subordinava la sanzione delle delibere assembleari approvanti bilanci irregolari ad un rigoroso controllo della sussistenza, in capo all'impugnante, dell'interesse alla pronuncia di nullità. Se ciò è corretto sul piano civile, poiché non avrebbe senso sanzionare con l'invalidità della delibera un bilancio le cui divergenze dal vero non incidono sulla funzione informativa che la legge assegna al documento, a maggior ragione deve escludersi la sussistenza del

[5] COLOMBO G. E., *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica,* in *Rivista delle società,* 1996, p. 713 ss.

reato in esame per quelle divergenze che non siano tali da fornire un quadro ingannevole delle condizioni economiche [6]. Ciò, si badi, non vuole essere un'apologia delle soglie quantitative, in quanto il problema di stabilire il confine tra falsità rilevanti e non, non può essere risolto con criteri rigidi e predeterminati. Tra le fattispecie più frequentemente esaminate dalla magistratura vi è quella della fatturazione di prestazioni inesistenti al fine di consentire l'uscita, dal patrimonio sociale, di denaro destinato ad essere versato a partiti politici o a funzionari pubblici per ottenere in cambio "favori", secondo uno schema per cui la società A conviene con la società X, solitamente situata nei c.d. paradisi fiscali, che quest'ultima le invierà fatture per asserite ma inesistenti prestazioni d'opera (di norma consulenze), e la società A le verserà delle somme affinché questa le trasferisca a politici o funzionari. Operazioni di questo genere contengono senza dubbio un certo disvalore sociale perché mirano a creare fondi per la commissione di reati ma non ci sarebbe motivo di contestare in tali ipotesi la fattispecie di false comunicazioni sociali in quanto le fatturazioni in realtà non sono false, il versamento di denaro è reale e l'unico elemento difforme dal vero è la causale. Si potrebbe obiettare che il contratto fra le società sarebbe nullo a causa di motivo illecito ma innanzitutto questa obiezione è valida solo laddove entrambe le società siano a conoscenza dell'illiceità del motivo (artt. 1345 e 1418 c.c.), e in ogni caso, poiché l'esborso è realmente avvenuto, sorge in capo agli amministratori l'obbligo di dar conto di questo esborso in bilancio per non incorrere proprio nel reato di false comunicazioni sociali.

Diversa è l'ipotesi in cui la società X invii fatture per inesistenti prestazioni alla società A e i versamenti da parte di quest'ultima siano accreditati su un conto formalmente intestato alla società X ma di spettanza della società A o comunque nella sua disponibilità. In tal caso è vero che gli esborsi non costituiscono veri costi, il patrimonio della società A è rimasto inalterato e quindi si potrà effettivamente parlare di false comunicazioni sociali.

Le conclusioni a cui siamo giunti non sono nuove nel nostro ordinamento e sono comuni anche ad altri Paesi. Tramontata l' "età dell'oro" del falso in bilancio

[6] COLOMBO G. E., *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, VII, Torino, 1994, p.449 ss.; nello stesso senso Trib. Milano, 5 gennaio 1981, in *Giurisprudenza commerciale*, 1981,II,459; App. Milano, 4 dicembre 1992, in *Società*, 1993, 1055.

con la riforma del 2002, la magistratura ha riscoperto, ad esempio, fattispecie antiche quali l'aggiotaggio, e ciò risponde all'esigenza di stare al passo con le nuove esigenze di politica criminale[7]. L'impressione è, però, che si assista ad un'evoluzione che passa sopra la testa del legislatore sembra quindi legittimo chiedergli uno sforzo per portare avanti una politica criminale democraticamente stabilita e orientata. In questo senso non sembra irragionevole la configurazione, ad esempio, di fattispecie *ad hoc* che incriminino gli amministratori per la formazione di fondi occulti come suggerito in passato da parte della dottrina[8].

2. Brevi cenni alla disciplina previgente.

Prima di passare all'analisi della fattispecie nella sua attuale fisionomia, occorre soffermarsi su come il legislatore del 2002 l'aveva configurata.

L'intento del legislatore era palesemente quello di depotenziare l'applicazione della norma dandone al contempo contorni più definiti per evitare interpretazioni troppo distorte ad opera dei giudici di merito ma erroneamente si è detto più volte che la fattispecie sia stata depenalizzata.

A smussare le asperità dell'originaria incriminazione codicistica aveva già provveduto la commissione Mirone, arricchendone la caratterizzazione in modo da tarpare le ali a fervori repressivi che avevano destato allarmi giustificati. La rilevanza penale era stata circoscritta quindi alle sole comunicazioni dirette ai soci o al pubblico e l'elemento soggettivo era stato arricchito dalla richiesta del dolo specifico ancorato, nella nuova fattispecie, al fine di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto. Era stato inoltre esplicitato un requisito di idoneità a trarre in inganno i destinatari, che indicava già la rilevanza qualitativa e quantitativa della difformità dal vero. Dall'iter parlamentare il progetto Mirone è uscito stravolto e

[7] FOFFANI L. *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2014.
[8] IACOVIELLO F., *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cassazione penale*, 1995, p. 3561.

il risultato è stato una controriforma che scalza quella che in teoria sarebbe dovuta essere la pietra angolare del diritto penale societario[9].

Dalla nuova disciplina l'unità della fattispecie viene frantumata mediante una serie di cesure. Innanzitutto viene in rilievo lo spartiacque del danno patrimoniale ai soci o ai creditori che qualifica il reato come un delitto o una contravvenzione. Al di là dei corollari applicativi di questa degradazione, ad esempio quanto agli effetti sulla durata della prescrizione, essa ha una significativa conseguenza sul piano simbolico, perché si affievolisce il messaggio della norma incriminatrice e il reato viene quasi confinato nell'ambito bagatellare. Viene soppresso dunque il bene giuridico dell'informazione societaria, nei suoi parametri di veridicità e compiutezza, per residuare la sola tutela dell'interesse patrimoniale individuale. Un effetto collaterale di questa scelta è stato peraltro un segnale poco incoraggiante ai mercati sull'affidabilità della piazza finanziaria italiana che ha reso il nostro Paese un "paradiso" di nuova matrice, non fiscale, ma altrettanto allettante per gli operatori. E ciò in piena controtendenza con le già note esigenze di trasparenza e di misure preventive rispetto alla commissione di altri reati.

Emerge poi un'intrinseca contraddittorietà quanto meno con riferimento alla fattispecie delittuosa. Infatti il legislatore da un lato definisce le comunicazioni sociali in ragione di una direzione plurima, rivolta a categorie aperte, dall'altro incentra l'evento del reato sul pregiudizio tutto individuale del danno ai soci o ai creditori. L'offensività propria di una falsità diretta a categorie aperte può essere misurata solo in termini di pericolo perché una tutela impersonale ha la sua ragion d'essere nelle potenzialità lesive della condotta di pari estensione rispetto a tutte le possibili vittime, impedite *ab origine* rispetto al pregiudizio attuale ai singoli soggetti. A ciò si aggiunga che l'espressione "soci o creditori" è estremamente riduttiva, come se tali soggetti siano l'unico "pubblico" che viene raggiunto dall'informazione societaria.

In ambito processuale merita di essere segnalata la procedibilità d'ufficio per le sole società quotate perché questa scelta contribuiva a depotenziare sul piano simbolico, prima ancora che su quello applicativo, il reato in esame. Come

[9] PEDRAZZI C., *In memoria del "falso in bilancio"* in *Rivista delle società*, 2001, fasc. 6, p. 1369 ss.

si legge nella Relazione che accompagnava il disegno di legge al Senato, infatti, "i soci potrebbero preferire non portare all'esterno irregolarità che avrebbero l'effetto di danneggiare l'immagine commerciale dell'impresa"

Nell'ottica della riduzione delle potenzialità applicative della fattispecie si è inserita per la prima volta l'inserzione "comunicazioni sociali *previste dalla legge*" che esclude l'applicabilità della fattispecie a tutte quelle comunicazioni atipiche dirette ai soci o al pubblico peraltro molto frequenti e importanti nella vita di un'impresa (ad esempio i comunicati stampa).

Al medesimo intento risponde la puntuale caratterizzazione dell'elemento soggettivo. Ai fini della selezione di condotte effettivamente rilevanti in termini di offensività l'elemento psicologico svolge, indubbiamente, un ruolo fondamentale. La disciplina del 2002 conteneva la previsione esplicita dell' "intenzione di ingannare i soci o il pubblico" e del "fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto": con ciò sancendo la natura necessariamente dolosa e peraltro intenzionale della responsabilità del soggetto agente. Occorreva dunque non solo che l'autore fosse mosso dalla precisa e consapevole volontà di fornire false informazioni (o di occultare doverose informazioni vere), ma anche dall'altrettanto preciso e consapevole intento di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri. Il dolo specifico e intenzionale cosi configuratosi andava quindi ad aggiungersi al dolo generico relativo agli elementi strutturali del fatto tipico.

Non si può infine tacere sull'introduzione delle soglie quantitative per l'individuazione dei limiti di rilevanza penale delle condotte. La punibilità del reato di false comunicazioni sociali era esclusa quando le falsità o le omissioni non alteravano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società ed erano poi previste esplicite soglie percentuali di irrilevanza che rendevano residuale il criterio della sensibile alterazione. In dottrina si era discusso circa la natura giuridica di tali soglie, chiedendosi se esse fossero un elemento della fattispecie o una mera condizione di punibilità. La differenza era cruciale perché nel primo caso si sarebbe reso necessario anche l'accertamento dell'elemento soggettivo inteso come consapevolezza e volontà di alterare in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica e finanziaria della società o comunque oltre le soglie

previste. La tesi che è prevalsa ha ritenuto che le soglie contribuissero a tipizzare meglio il reato sul piano oggettivo e soggettivo. Questa scelta legislativa è stata coerente con l'esigenza di limitare l'applicabilità della fattispecie ai soli casi maggiormente rilevanti. Ma se questa conclusione può ritenersi accettabile in merito all'ipotesi di pericolo, risulta meno convincente che, in caso di fattispecie di danno, qualora non vengano superate le soglie, il pregiudizio rimanga privo di tutela penale.

Da questa rapida analisi della disciplina derivante dal d. lgs. 61/2002 si comprende facilmente perché, aldilà delle mere battaglie politiche in parlamento e in campagna elettorale in cui l'arma della "depenalizzazione del falso in bilancio" è stata utilizzata, si siano sollevate da più parti critiche per l'estrema degradazione a cui è andata incontro la più importante fattispecie del nostrano diritto penale societario, con conseguente drastica riduzione della sua applicazione nelle aule dei tribunali, e perché fosse ripetutamente richiesto un intervento legislativo che riportasse in auge la norma incriminatrice, intervento che si è realizzato solo a distanza di 13 anni.

Occorrerà ora valutare se l'asserita e acclamata resurrezione del falso in bilancio sia reale, o se il fervore mediatico che ne è conseguito sia eccessivo a fronte della concreta portata applicativa della nuova fattispecie.

3. La nuova stagione delle false comunicazioni sociali.

Si è avuto modo di segnalare in uno dei primi commenti alla recente normativa, il reato di false comunicazioni sociali ambisce a "vivere una nuova stagione, finalmente libero dagli irrazionali vincoli che ne limitavano l'operatività" [10] ma, vedremo, nonostante sia chiara questa finalità, la nuova disciplina non è scevra di incertezze e suscita perplessità dottrinali e dubbi applicativi.

Possono sicuramente rinvenirsi dei significativi passi avanti verso questo traguardo politico-criminale, infatti mentre la riforma del 2002 aveva esasperato le

[10] SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali,* in *Diritto penale e processo,* n 7/2015, 813 ss.

componenti patrimonialistiche, la l. 69/2015 restituisce centralità alla "trasparenza societaria" tra il novero degli interessi tutelati, avvalorato dal ripristino della procedibilità d'ufficio salvo, come avremo modo di osservare, per le c.d. società minori, a cui la normativa fornisce una disciplina parzialmente diversa nel rispetto del principio di offensività.

Il d. lgs. 61/2002 aveva infatti operato in una dimensione chiaramente ispirata ad un disegno di "patrimonializzazione" del bene giuridico, reagendo alle già segnalate letture giurisprudenziali che tendevano a ravvisare tra gli interessi protetti persino il "controllo della liquidità finanziaria" [11] , ed era proprio tale privatizzazione dell'interesse a giustificare la condizione di procedibilità della querela.

Il benessere materiale dei cittadini dipende dallo sviluppo economico del Paese e il motore della crescita è dato dagli investimenti, i quali sono pensati e realizzati dalle imprese ma queste ultime, per attuarli, necessitano di capitali finanziari stabili, che possono ottenere attingendo dal risparmio. Un sistema economico è quindi caratterizzato dalla separazione tra le fonti del risparmio (le famiglie) e gli investitori (le imprese), separazione che si traduce anche in una asimmetria informativa fra i due soggetti in quanto le imprese detengono la totalità delle informazioni circa i loro stessi investimenti, mentre le famiglie ne sono completamente all'oscuro. Questa distanza fisica e informativa deve però essere colmata perché da un lato le aziende per lo svolgimento della loro attività hanno un fabbisogno strutturale di capitali, dall'altro i risparmiatori, che accantonano una parte del loro reddito per poterlo consumare nel futuro, hanno l'esigenza di allocare proficuamente il risparmio per almeno preservarne il potere d'acquisto[12]. I bilanci e le altre comunicazioni sociali sono il principale veicolo di trasferimento delle informazioni e servono proprio a colmare tale distanza, ed è quindi fondamentale che esse diano una "rappresentazione veritiera e corretta" della situazione patrimoniale ed economica della società perché informazioni decettive fuorviano le scelte dei risparmiatori ed impediscono la corretta allocazione delle loro risorse.

[11] App. Torino, 28/05/1999, in *Foro Italiano*, 2000, II, 121.
[12] GUALTIERI P., *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 febbraio 2016.

Proprio la consapevolezza dell'importanza della tutela del risparmio quale bene intermedio rispetto all'interesse ultimo allo sviluppo economico, ha spinto il legislatore ad una radicale inversione di rotta.

L'attuale struttura dei reati è infatti idonea a tutelare in chiave monoffensiva la correttezza e la trasparenza dell'informazione societaria, come bene giuridico capace di presidiare in chiave anticipata le diverse istanze di tutela messe a repentaglio dall'opacità contabile [13] , tra cui non solo il patrimonio di soci e creditori, ma anche la leale concorrenza tra le imprese e la corretta gestione societaria. E' opportuno segnalare però che sebbene questa nuova dimensione dell'interesse protetto sia in linea con la politica criminale perseguita, si devono evitare letture formalistiche che causino una nuova applicazione "onnivora" della fattispecie [14] , e quindi l'informazione societaria va tutelata non in senso autoreferenziale, come obbligo di assoluta veridicità, ma per le sue (potenziali) ripercussioni sul patrimonio di soci, creditori e pubblico[15].

3.1 Concetto e oggetto materiale.

Quanto al "veicolo" della condotta sono state confermate alcune modifiche introdotte nel 2002.

In primis il riferimento al fatto che le informazioni false concernano la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o "del gruppo" pone fine all'annosa questione circa l'applicabilità della fattispecie al bilancio consolidato, che aveva ingenerato notevoli dispute tra giurisprudenza e dottrina. Tuttavia se formalmente la questione sembra risolta *per tabulas,* sul piano "sostanziale" permangono dubbi qualora le falsità non siano realizzate autonomamente dagli amministratori della *holding* in sede di consolidamento del bilancio ma questi si limitino a recepire bilanci d'esercizio già compromessi (c.d. falsità derivata). Infatti in situazioni di tal genere qualora la falsità sia stata concertata con gli amministratori della capogruppo, questi risponderanno

[13] MANES V. *La nuova disciplina della false comunicazioni sociali*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 febbraio2016.
[14] MANES V., *La nuova disciplina*, cit.p. 12.
[15] SEMINARA S., *La riforma*, cit.p. 818.

certamente a titolo di concorso, ma nelle restanti ipotesi potrebbe doversi escludere la loro responsabilità, e questo è un tema che avremo modo di affrontare quando tratteremo dell'elemento soggettivo, in particolare con riferimento alla possibilità di configurare una responsabilità a titolo di dolo eventuale.

Un'altra espressione mutuata dalla precedente normativa è "comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico previste dalla legge" (o, per quanto concerne l'ipotesi omissiva, "fatti la cui comunicazione è imposta dalla legge"). Andando con ordine il primo elemento da analizzare è la direzione delle informazioni. Il riferimento a soci e pubblico è stato accolto con favore dalla dottrina perche risolve, nel senso dell'esclusione dall'ambito applicativo della fattispecie, il problema della rilevanza delle comunicazioni a destinatario individuale, di quelle intraorganiche (fra membri del medesimo organo), interorganiche (fra organi) e quelle alle autorità pubbliche di controllo, riportando la nozione di "comunicazione sociale" entro limiti di razionalità politico-criminale[16].

Alla stessa ottica di delimitazione va ascritta la necessaria previsione (o imposizione) delle comunicazioni "dalla legge", modifica motivata dall' esigenza di garantire il rispetto dei requisiti dell'obbligatorietà e dell'aderenza all'oggetto sociale delle comunicazioni. La locuzione è stata interpretata in senso restrittivo, volta cioè ad escludere tutte le comunicazioni sociali, ancorché dirette a soci o pubblico, che non siano "espressamente" previste dalla legge. Non è superfluo segnalare anche un' altra possibile lettura che una dottrina minoritaria ha avanzato in passato, secondo cui potessero essere ricomprese nell'ambito applicativo della fattispecie anche comunicazioni previste "implicitamente o indirettamente" dalla legge [17] . L'espressione, che già dopo il 2002 aveva suscitato preoccupazioni, continua ad essere oggetto di critiche perché da essa discende l'irrilevanza penale delle dichiarazioni spontanee degli amministratori, come ad esempio le conferenze stampa da essi convocate o le lettere agli azionisti o ai creditori[18]. Le preoccupazioni sono ancor più drammatiche se si pone mente al raffronto tra la locuzione usata nell'art. 2621 c.c. e quella presente nell'art. 2638 c.c.

[16]MUSCO E. - MASULLO M. N., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007.
[17] SEMINARA S., *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 671 ss.
[18] SEMINARA S., *La riforma*, cit. p. 815.

("comunicazioni previste in base alla legge"), confronto che avvalora l'interpretazione più restrittiva[19].

3.2. La questione delle valutazioni.

Per concludere l'analisi dell'elemento oggettivo del reato in esame dobbiamo ora osservare quello che è l'aspetto fondamentale dell'intera nuova formulazione, un elemento di tale rilevanza per la portata applicativa della fattispecie che ha portato dottrina e giurisprudenza a versare fiumi di inchiostro già a meno di un anno dalla pubblicazione della legge, e i contrasti giurisprudenziali a cui ha dato adito sono stati così stridenti da spingere i Giudici di legittimità a chiedere l'intervento delle S.U.[20].

La recente riforma ha infatti apportato una rilevantissima modifica, eliminando dalla norma la locuzione "ancorché oggetto di valutazione" e riservando quindi l'applicazione della fattispecie alle sole falsità concernenti "fatti materiali rilevanti".

Per capire la portata della modifica occorre in via preliminare ripercorrere in un breve *excursus* storico le principali tappe dell'evoluzione normativa prestando particolare attenzione alle posizioni legislative in merito alla nozione e alla rilevanza di "fatto" e a quelle di "valutazioni".

Come abbiamo già avuto modo di osservare il testo originario dell'art. 2621 c.c. recava la sola espressione "fatti non rispondenti al vero" e ciò aveva spinto la dottrina ad interrogarsi in merito alla rilevanza delle valutazioni presenti in bilancio, domandandosi se ed, eventualmente, quando le stesse potessero essere qualificate come "false". E' agevole cogliere la distinzione tra le due espressioni: gli enunciati descrittivi hanno ad oggetto dati della realtà esteriore, quelli valutativi, attengono invece a giudizi ed a valutazioni. Dell'enunciato descrittivo si può verificare se corrisponda o meno ai fatti, laddove, invece, dell'enunciato valutativo non si può in astratto ripetere l'operazione, perché, si sostiene, questo è privo del valore di verità, e, quindi, non può dirsi né vero, né falso.

[19] MUSCO E. - MASULLO M. N., *Op. cit.*, p. 65.
[20] Cass. Pen., Sez V, Ord. 2 marzo 2016, n. 676.

Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi più volte la giurisprudenza in particolare in relazione alla teoria generale del falso, specificamente quanto al falso ideologico in atto a contenuto dispositivo, affermando il principio per cui un atto può essere obiettivamente falso se il giudizio del pubblico ufficiale, che è di conformità, non risponde ai parametri cui è implicitamente vincolato [21] . L'argomento dirimente il citato contrasto, in realtà, muoveva da una constatazione molto semplice: assodato che quasi tutte le voci di bilancio sono frutto di una qualche valutazione, laddove si fosse accolta un'interpretazione restrittiva del termine "fatti", volta cioè ad escludere le valutazioni, si sarebbe pervenuti ad un'evidente *interpretatio abrogans* della fattispecie[22].

Dunque prima della riforma del 2002 la tesi predominante attribuiva rilevanza penale alle valutazioni mentre si dibatteva piuttosto sull'interpretazione del concetto di interpretazione mendace. Da un lato la giurisprudenza e parte della dottrina ritenevano false le valutazioni compiute discostandosi dai criteri previsti dalla normativa civilistica, *in primis* dall'art. 2426 c.c.. Altra parte della dottrina invece attribuiva falsità alle valutazioni in presenza di una divergenza tra il criterio valutativo adottato e quello dichiarato, indipendentemente dal criterio stesso, valorizzando dunque non tanto la conformità del bilancio alla normativa civilistica, quanto la ricostruibilità del processo valutativo.

Il d. lgs. 61/2002 ha sostituito il termine fatti con l'espressione "fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni". E' innanzitutto opportuno segnalare che questa locuzione comparve per la prima volta nel panorama legislativo col progetto Mirone, nella cui relazione i redattori spiegavano che il termine "informazioni" doveva essere letto come riferito a fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni, esulando dall' ambito della fattispecie le sole previsioni, i soli pronostici, l'enunciazione di progetti o simili: ossia valutazioni di natura schiettamente soggettiva, con le quali non sarebbe stato compatibile un giudizio basato sull'antitesi vero - falso[23].

---

[21]Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Servizio Penale,* Relazione per la Quinta Sezione Penale, (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015)

[22] PERINI A., *I "fatti materiali non rispondenti al vero": Harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 27 aprile 2015.

[23]Relazione illustrativa al Progetto di legge n7123, in *Rivista delle società*, 2000, 14.

Ad una prima superficiale osservazione della norma, la formula lessicale usata dal legislatore del 2002 sembra infelice e contraddittoria, dato che dapprima si limita la rilevanza ai soli "fatti materiali", salvo poi riespandere la portata applicativa della norma includendo anche le valutazioni che, tuttavia, non possono essere ricondotte al *genus* dei fatti materiali[24]. A ben vedere in realtà, parte della dottrina ritiene che sul piano grammaticale, il sintagma in esame rimandi al meccanismo dell'endiadi, figura retorica per cui si disgiungono due parole l'una delle quali sarebbe il complemento dell'altra[25], giacché non si capisce quali "fatti immateriali" possano essere iscritti a bilancio. Secondo questa interpretazione l'aggettivo ha una funzione amplificativa del concetto espresso dal sostantivo, senza però che ne consegua una specificazione sul piano connotativo. In altri termini l'aggettivo "materiali" non contribuisce a dettagliare il significato del termine "fatti", il cui campo semantico rimane invariato.

Questa lettura avvalora la tesi per cui la locuzione sia stata in realtà frutto di una disattenzione legislativa, o meglio di una errata traduzione dalla lingua inglese dell'espressione *material fact* dove *material* starebbe a significare in realtà "rilevante". Questa tesi sembra però smentita dalla recente riformulazione dell'art. 2621 c.c. per cui le comunicazioni sociali devono concernere "fatti materiali rilevanti". In questo caso, attribuendo all'aggettivo il significato appena accennato, l'espressione che ne risulterebbe sarebbe "fatti rilevanti rilevanti", con una evidente insensatezza. Peraltro indipendentemente dal motivo che abbia spinto il legislatore del 2002 ad inserire l'aggettivo "materiale", ad esso va attribuito il significato che gli è proprio nella lingua italiana[26].

Al di la delle pur interessanti digressioni grammaticali, sul piano giuridico non si è mai dubitato della rilevanza penale delle valutazioni nella formulazione data all'art. 2621 c.c. dal d. lgs. 61/2002, e ciò sulla base di due argomenti.

Il primo di natura letterale - interpretativo fondato su due sottoargomenti e cioè, da una parte la già evidenziata equiparazione, da parte del legislatore, del termine "fatti" a quello "informazioni", e, dall'altra, la necessità di interpretare la

[24] PERINI A., *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., p. 6.
[25] DEVOTO G. - OLI G. C., *Il Devoto-Oli 2004-2005. Vocabolario della lingua italiana*, in L. - TRIFONE M. (a cura di), Le Monnier, 2004.
[26] MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali: Note in ordine sparso,* in www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015.

proposizione introdotta dalla congiunzione "ancorché", in senso concessivo: "anche se i fatti materiali siano oggetto di valutazioni"[27].

Il secondo di natura sistematica e dato dalla presenza di una soglia di punibilità avente ad oggetto proprio le "valutazioni estimative", soglia che, *per tabulas,* attribuisce quindi rilevanza alle valutazioni.

Merita di essere segnalato, inoltre, che la precedente formulazione richiedeva che il falso fosse "idoneo ad indurre in errore i destinatari" della comunicazione sociale. Questa previsione può fornire un'interessante chiave di lettura per risolvere il menzionato dilemma circa l'interpretazione del concetto di "valutazione mendace". Infatti l'idoneità ingannatoria del mendacio sembra orientare l'interprete nella direzione di ritenere tutelata proprio la ricostruibilità del processo valutativo, sanzionando solamente quelle condotte che risultino decettive in quanto capaci di precludere al destinatario della comunicazione la possibilità di risalire al dato materiale sottostante la valutazione stessa[28].

Arriviamo così alla recente riforma che, come abbiamo visto, ha eliminato l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" (unitamente alla menzionata soglia di punibilità). La dottrina si è interrogata dunque sul significato dell'attuale formulazione e sulla persistenza della rilevanza penale dei falsi valutativi. Il nodo è centrale perché innanzitutto pone interessanti problemi di diritto intertemporale per le condotte commesse in vigenza del d. lgs. 61/2002, ed inoltre abbiamo già avuto modo di osservare come la questione condizioni in maniera rilevante la reale portata applicativa della fattispecie, al di là della risonanza mediatica che la recente riforma ha avuto.

Alla luce delle riflessioni svolte, appare evidente come il legislatore non sembra abbia fatto tesoro del risalente dibattito in materia e pare abbia voluto porre fine alla *querelle* erigendo un argine all'attribuzione di rilevanza penale ai procedimenti valutativi.

I primi commentatori hanno infatti sostenuto che non è possibile ricondurre il concetto di valutazioni in quello di fatto materiale. Si deve infatti tenere a mente che il disegno di legge n. 19 originariamente attribuiva rilevanza alle

[27]Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Servizio Penale,* Relazione per la Quinta Sezione Penale, (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015).
[28] PERINI A., *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., p. 7.

"informazioni false", espressione indubbiamente idonea a ricomprendere le valutazioni. Ne consegue che l'esplicito cambio di rotta non può essere privo di significato, *tamquam non fuisset*, ma fornisce un'indicazione interpretativa da cui non si può prescindere.

Peraltro il legislatore nostrano non è nuovo a siffatta terminologia. Infatti l' art 4, lett f) della l. n. 516/1982, come modificata dalla l. n. 154/1991, in materia di frode fiscale, puniva l'utilizzazione di "documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero" e pacificamente l'espressione escludeva l'applicabilità della fattispecie a qualunque valutazione recepita nella dichiarazione dei redditi. Per quanto opinabile, questa scelta legislativa rispondeva alla *ratio* di evitare conseguenze penali scaturenti da valutazioni inadeguate o comunque in qualche modo discutibili[29].

Ciò che rileva ai nostri fini è quindi che i due concetti di valutazione e fatto materiale non possono confondersi e quindi resta da osservare se, in via interpretativa, residuino ambiti applicativi per i falsi valutativi.

In tale opera può soccorrerci il recente dibattito giurisprudenziale che è intervenuto all'interno della V sezione penale della Corte di Cassazione dando luogo a pronunce completamente antitetiche.

Dopo la riforma la S.C. ha avuto modo di pronunciarsi in materia nel luglio del 2015 con la già nota sentenza Crespi[30], esprimendosi nel senso di escludere ogni sorta di valutazione dalla sfera applicativa della fattispecie. A tanto conducono il dato testuale della norma, il confronto con la precedente formulazione e il riscontro dato da altre norme quali l'art. 2638 c.c.[31]. Come i primi commentatori avevano già suggerito, il Giudice di legittimità ricostruisce la *ratio legis*, che riveste un ruolo centrale nella lettura della Corte, sulla base di diversi argomenti che in parte abbiamo già avuto modo di analizzare.

Innanzitutto la S.C. parte dall'*iter* legislativo osservando come il disegno di legge originario prevedesse l'utilizzo del termine "informazione" per poi tornare alla precedente formulazione "fatti materiali" a valle di una serie di emendamenti.

---

[29] PERINI A., *I "fatti materiali non rispondenti al vero*", cit., p. 8.
[30] Cass, Sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774.
[31] LANZI M., *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale: Politica criminale a confronto con la crisi della legalità,* in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2016.

Non manca nella pronuncia il riferimento alla l. n. 516/1982, come modificata dalla l. n. 154/1991, sede della prima apparizione della tanto discussa e infelice locuzione in esame. Interessante è poi il percorso ermeneutico della Corte nel confronto tra le norme appena novellate e l'art. 2638 c.c., dove permane un esplicito riferimento alle valutazioni ("Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni,"). Secondo il Giudice di legittimità una lettura ancorata al canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* non può trascurare la circostanza dell'inserimento di modifiche normative in un sistema che riguarda la rilevanza penale delle attività societarie con una non giustificata differenziazione dell'estensione della condotta tipizzata in paralleli ambiti operativi, quali sono quelli degli artt. 2621 e 2622 c.c., da una parte, e art. 2638 c.c., dall'altra, norme che, sebbene tutelino beni giuridici diversi, sono tutte finalizzate a sanzionare la frode nell'adempimento dei doveri informativi[32].

Assodato ciò, la S.C. lascia aperto uno spiraglio applicativo ispirato ad un canone di ragionevolezza, laddove afferma, richiamando una risalente e consolidata giurisprudenza, che è corretto dire che la falsificazione indica qualsiasi attività atta ad alterare la situazione obiettiva, e che quindi in tale concetto non vanno comprese di regola le erronee valutazioni delle attività e passività dell'ente, in quanto tali valutazioni comportano necessariamente un apprezzamento discrezionale, ma è opportuno chiarire che la valutazione non deve oltrepassare il limite di ogni ragionevolezza. Stime palesemente erronee o comunque irragionevoli (ad esempio quelle concernenti crediti inesistenti) sarebbero artificiose e miranti a dimostrare chiaramente come esistenti utili che in realtà non sussistono[33].

[32] Cass, Sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774.
[33] Cass, Sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774.

Dopo questa prima fondamentale pronuncia che ha escluso l'applicabilità della fattispecie alle false valutazioni, attenta dottrina [34] alla ricerca di residue possibilità applicative, ha osservato che il processo di valutazione consta di due fasi: *In primis* poiché una stima deve essere necessariamente valutazione di qualcosa, deve esistere una realtà da valutare; il secondo momento invece è dato dalla associazione di una grandezza numerica a questa realtà, dalla quantificazione della realtà stessa. Tra queste due fasi vi è l'insieme di regole, principi e ipotesi, in sostanza il procedimento che porta alla valutazione. Premesso ciò, è apparso evidente come, in base al modello di stato patrimoniale di cui all'art. 2424 c.c., la stragrande maggioranza delle poste in bilancio vengono iscritte al termine di un procedimento come quello appena menzionato, il che significa che esse possono essere considerate valutazioni [35] . Da questa angolatura l'impostazione giurisprudenziale derivante dalla sentenza Crespi si tradurrebbe in una *interpretatio abrogans* della fattispecie, in totale antitesi con le intenzioni legislative esasperate dai *massmedia*.

Forse proprio questa consapevolezza ha spinto la V sezione della Cassazione a rivedere completamente le proprie posizioni in materia pochi mesi dopo con la sentenza Giovagnoli, dove fa propri gli argomenti spesi dall' Ufficio del Massimario e dell'adesiva dottrina ritenendo quindi che le false valutazioni permangano entro il perimetro di applicabilità della fattispecie[36].

Nel caso di specie la S.C. parte da una premessa di metodo già completamente antitetica rispetto alla precedente pronuncia. Mentre abbiamo visto che nella sentenza Crespi un ruolo centrale nell'interpretazione è dato alle intenzioni legislative, qui il Giudice delle leggi afferma che la *voluntas legis* deve essere assunta quale criterio ermeneutico, ma come obiettivizzata e storicizzata nel testo normativo, senza che possano assumere valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno. Questa nuova prospettiva metodologica da un lato rivendica il primato della legalità del dato normativo, dall'altro sottende una scarsa fiducia nel legislatore, tacciato di inaffidabilità a causa del suo scarso

[34]Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Servizio Penale,* Relazione per la Quinta Sezione Penale, (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015).
[35]Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Servizio Penale,* Relazione per la Quinta Sezione Penale, (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015), p. 11.
[36] LANZI M., *Falsi valutativi*, cit., p. 6.

tecnicismo. Questa carenza legislativa amplia la discrezionalità del giudice che è chiamato a specificare i contenuti delle norme, secondo una prospettiva incoraggiata anche dalla rivisitazione del concetto di legalità ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, fondato sul concorso tra *statute law* e *case law*.

Muovendosi su questo canone interpretativo logico-sistematico e teleologico, la S.C. azzera innanzitutto, sul piano lessicale e testuale, l'incidenza della soppressione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazione". La proposizione in esame avrebbe infatti valore meramente esplicativo e chiarificatore della locuzione "fatti materiali", e non invece additivo. In questo senso i "fatti materiali rilevanti" di cui alla nuova formulazione della norma comprendono quelli oggetto di valutazione[37].

Il massimo valore esegetico della sentenza è espresso però dal relatore sul piano semantico, laddove analizza il significato dei termini "materiali" e "rilevanti" che sono termini tecnici, non comuni, che trovano le loro origini nelle discipline economiche anglo-americane prima, e in quelle comunitarie poi.

Quanto al primo termine la Corte ricorda come esso sia stato mutuato dall'inglese *material*, nella cui cultura è associato al concetto di *materiality*, sinonimo di "essenzialità", nel senso che debbano essere esclusi dal bilancio dati informativi marginali e secondari.

Anche il concetto di "rilevanza" trova un aggancio nella normativa comunitaria, in particolare nell'art. 2, punto 16, della Dir. 2013/34/UE, che definisce rilevante quella informazione la cui omissione o alterazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa. Dunque anche la nozione di rilevanza deve essere apprezzata in rapporto alla funzione dell'informazione, e quindi alla capacità di assolvere al principio generale del *True and Fair*. In base a questa lettura anche il termine "fatto" non potrebbe essere considerato nel suo significato comune di avvenimento, ma deve essere inteso quale sinonimo di "dato informativo", con la conseguenza che la locuzione "fatti materiali rilevanti" sarebbe da intendere come "dati informativi essenziali e potenzialmente fuorvianti", definizione all'interno della quale sono sicuramente riconducibili le valutazioni.

[37] LANZI M., *Falsi valutativi*, cit., p. 8.

Su tale base, anche l'argomento che escludeva la rilevanza penale dei falsi valutativi a causa del confronto con la diversa formulazione dell'art. 2638 c.c. perde significato, perché in tale ultimo articolo, la persistente locuzione "ancorché oggetto di valutazione" avrebbe valore solamente concessivo, per cui, come in passato già osservato dalla S.C.[38], l'oggetto della vigente norma incriminatrice viene a corrispondere a quello della precedente, che prevedeva come reato la comunicazione all'autorità di vigilanza di "fatti non corrispondenti al vero"[39], cioè una formulazione analoga a quella dell'attuale art. 2621 c.c..

Muovendo da queste considerazioni e recependo le posizioni dell'Ufficio del Massimario, la Corte arriva ad affermare che, poiché la maggior parte delle poste di bilancio non si riferisce a grandezze certe bensì a stime, è ineludibile la rilevanza penale delle valutazioni degli elementi di bilancio.

Gli amministratori sono infatti tenuti a "rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio" (art. 2423, comma 2, c.c.), laddove la rappresentazione veritiera e corretta attiene non alla verità oggettiva del bilancio, impossibile per la presenza di grandezze stimate, ma impone agli amministratori di indicare il valore di quei dati che meglio risponde alle finalità e agli interessi che l'ordinamento vuole tutelare[40].

Ciò che conta dunque non è la trasposizione della realtà oggettiva della società, quanto la corrispondenza della stima dei dati esposti a quanto stabilito dalle prescrizioni di legge o dagli standard tecnici riconosciuti[41].

E' opportuno segnalare le conseguenze che derivano dall'interpretazione proposta dalla S.C. circa i contenuti da assegnare agli aggettivi "materiali" e "rilevanti". Stando alla pronuncia, infatti, il significato dei termini è da ricercarsi non solo in un vocabolario diverso da quello dell'italiano comune, ma addirittura nel vocabolario di un'altra lingua, l'inglese. Emerge chiaramente che la tipizzazione di un fatto di reato con un linguaggio accessibile solo agli esperti stride con la base del principio di legalità. D'altronde occorre rapportarsi alla

[38] Cass., Sez. V, 28 settembre 2005, n. 44702.
[39]Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Servizio Penale,* Relazione per la Quinta Sezione Penale, (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015).
[40] Cass. Pen., Sez. V, 12 gennaio 2016 (ud. 12 novembre 2015), n. 890.
[41] LANZI M., *Falsi valutativi*, cit., p. 9.

disciplina della riconoscibilità del precetto per verificare se e in che modo il principio di legalità, in uno con il principio di colpevolezza, siano lesi [42]. Le conseguenze di questo approccio sono notevoli: si pensi alla rilevanza che ha sulla configurabilità dell'errore scusabile dove l'accertamento colposo sull'inevitabilità dell'errore di diritto viene "soggettivizzato" quando si ha a che fare con soggetti capaci di una comprensione maggiore rispetto alla media. Tanto maggiore è la capacità dei destinatari di comprendere il precetto (avvalendosi dell'ausilio di consulenti tecnici), tanto minore sarà lo spazio riservato all'errore scusabile.

Si tratta di un percorso insidioso che si presta a dubbi di costituzionalità che può dirsi solo parzialmente risolto dopo la sentenza Giovagnoli in quanto non si richiede più che il consociato riconosca che il reale significato della locuzione "fatti materiali rilevanti" sia "informazioni essenziali e fuorvianti" , in quanto così ha scritto la Corte di Cassazione, riconoscendosi quindi un ruolo al formante giurisprudenziale nella determinazione del precetto.

Un'altra perplessità sollevata dalla pronuncia di novembre è data dal fatto che la lettura "tecnica" proposta sembra privare di significato un'altra locuzione presente nella norma, cioè "[…] in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore" […]" [43] . Se si prova a dare un significato semantico autonomo all'espressione "fatti materiali rilevanti" rispetto alla clausola di idoneità decettiva, quest'ultima diventa un'aggiunta superflua. Non si comprende come possa immaginarsi un modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari della comunicazione, se non rappresentando falsamente un dato informativo non marginale e rilevante[44].

Il Giudice di legittimità giustificava la sua interpretazione con la consapevolezza per cui l'esclusione della rilevanza penale delle valutazioni avrebbe avuto un effetto dirompente sul versante dell'effettivo perseguimento delle false comunicazioni sociali (con tutto ciò che ne deriva sul piano della politica criminale) ma circa un mese dopo la sentenza Giovagnoli la stessa

[42] LANZI M., *Falsi valutativi*, cit., p. 15.
[43] MASULLO M. N., *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi.,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 1 febbraio 2016.
[44] MASULLO M. N., *Falso in bilancio*, cit., p. 11.

Sezione V, in una diversa composizione, ritorna sul tema confermando "convintamente" le posizioni della sentenza Crespi.

La sentenza Giovagnoli era stata accolta positivamente dalla più autorevole dottrina perché rappresentava una "restaurazione della legalità", legalità da intendere però secondo un' ottica sostanziale, quale più aderente alla realtà concreta e agli ideali di giustizia. Restavano perplessità sul piano della cd "legalità formale", compromessa anche dallo stesso fatto che l'interpretazione della norma da parte della Sezione V sia così divisiva e foriera di incertezze[45].

In realtà la Corte non aggiunge ulteriori e più stringenti argomenti rispetto a quelli prospettati nella sentenza Crespi, alla quale essa dichiara di voler aderire pienamente, limitandosi solo ad approfondire qualche passaggio del ragionamento.

Innanzitutto la S.C. richiama l'argomento letterale per cui, partendo dal dato testuale, la soppressione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" sarebbe inequivocabilmente indicativa dell'*abolitio crimins* rispetto al falso valutativo. Il venir meno della proposizione concessiva, infatti, impone di ri-valorizzare il significato proprio e autonomo della locuzione "fatti materiali" e poiché l'aggettivo in esame non è leggibile solo come contrario di "immateriali" ma contiene un' accezione riconducibile all'oggettività dei fatti, la nuova formulazione è chiaramente limitativa della punibilità ai soli fatti oggettivi, lasciando fuori dalla rilevanza penale le stime[46].

Il Giudice di legittimità ribadisce poi la differenza che incorre tra l'art. 2621 c.c. e l'art. 2638 c.c. che, ricordiamolo, mantiene tuttora l'inciso "ancorché oggetto di valutazione". Non potendosi tacere un riferimento al principio *ubi lex voluit dixit, ubi nolui tacuit*, la differenza tra le due disposizioni non può che essere indicativa di una diversa portata applicativa.

Non manca il richiamo alla menzionata l. n. 154 del 1991 in cui la locuzione "fatti materiali" era stata efficacemente utilizzata proprio per escludere dalla tipicità del reato di frode fiscale le falsità valutative, il che avvalora una lettura restrittiva della nuova formulazione dell'art. 2621 c.c. ed infine l'ultimo

[45]SCOLETTA M., *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni in bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale"*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 2 marzo 2016.
[46] Cass,, Sez. V, 8 gennaio 2016 (dep. 22 febbraio 2016), n. 6916.

argomento utilizzato dalla S.C. e quello della ricostruzione della *voluntas legis*. La sostituzione in corso dei lavori parlamentari dell'ampio termine "informazioni" con "fatti materiali", fornisce secondo la Corte un' utile indirizzo interpretativo nel senso dell'esclusione di ciò che non sono dati della realtà oggettiva.

Tale ultima sentenza però non si limita a rappresentare cosa sia stato abrogato dalla novella, bensì anche quanto di penalmente rilevante sia rimasto. Si restituisce centralità all'affidamento dei terzi sulla corretta informazione societaria, per cui laddove il dato numerico viene esposto a bilancio in modo tale da non farne percepire la natura estimativa, e sia quindi idoneo ad indurre in errore il terzo quanto alla consistenza fisica del dato, deve ritenersi sussistere un falso, che ricade però su questo, non sulla valutazione in sé[47].

La confusione nelle aule dei tribunali è tanta, il dibattito in dottrina è acceso e la rilevanza sulla portata applicativa della nuova fattispecie è determinante.

Per questi motivi la stessa Sezione ha recentemente rimesso la questione alle Sezioni Unite, chiedendo, dopo aver ricapitolato le vicende giurisprudenziali sottese al dibattito e le conclusioni a cui si era giunti, se la soppressione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" sia indice di un effetto abrogativo rispetto alla precedente formulazione oppure se il falso valutativo possa essere penalmente riconducibile nella locuzione "fatti materiali"[48]. Ai giudici rimettenti non sfugge che l'eventuale interpretazione restrittiva porterebbe a ciò che autorevole dottrina ha definito "tradimento della legalità della legge (…) consapevole e voluto o quantomeno accettato [che rivela] una evidente caduta di sensibilità nei confronti della legalità della legge e [che pone] le premesse per una conseguente flessione della legalità effettuale (…). Esempio plateale di una incondizionata rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi*[49].

Il 31 marzo 2016, esattamente ad un anno di distanza dalla relazione del Sen. Nino D'ascola in cui l'onorevole segnalava al Senato che "la nostra Corte di Cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno

[47] LANZI M., *Falsi valutativi*, cit., p. 12.
[48] Cass., Sez V, Ord. 2 marzo 2016 n. 676, con nota di MUCCIARELLI F., *Oltre un discusso "ancorché" le sezioni unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota*, in www.penalecontemporaneo.it,10 marzo 2016.
[49] PALAZZO F., *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 gennaio 2016.

rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti"[50], le S. U. si sono pronunciate sul quesito sopra indicato rispondendo in tono affermativo. Secondo la Corte infatti "sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di "valutazione" se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni"[51].

La trama argomentativa della decisione in commento spicca anche per la sua sobria sintesi: dopo aver dato conto delle opposte tesi, l'assetto motivazionale a sostegno della soluzione perseguita si sostanzia nel paragrafo 9, che ripercorre e risolve i dubbi interpretativi che avevano fomentato le decisioni "abrogazioniste", confutandoli puntualmente[52]. A livello esegetico opportunamente si chiarisce che, all'esito dell'ultimo intervento riformatore, le false comunicazioni sociali integrano delitti di mera condotta incentrati sul pericolo concreto, a tutela della veridicità e completezza dell'informazione societaria in funzione delle potenziali ripercussioni negative delle falsità sulla sfera patrimoniale della società, dei soci, dei creditori e del pubblico secondo lo schema della "seriazione dei beni".

La negazione della tesi abolizionista parte dal rimprovero per l'eccessiva enfatizzazione accordata al dato letterale della norma [53] che, per quanto indispensabile, rappresenta, secondo le S.U. solo un passaggio funzionale per addivenire ad una corretta interpretazione della fattispecie[54], soprattutto nei casi in cui la novella riguarda non un'aggiunta o una sostituzione di un'espressione verbale, ma soltanto la soppressione di un inciso sintatticamente subordinato, peraltro in una formulazione profondamente mutuata nel suo complesso. Di decisiva importanza è il passaggio alla visione logico – sistematico della materia,

[50] Sen. Nino D'ascola, relatore A.S. n. 19, resoconto stenografico della seduta del 31 marzo 2015, p. 56.
[51] Corte di Cass., Sez. Un. Pen., informazione provvisoria n. 7 del 31 marzo 2016.
[52] MUCCIARELLI F., *Le sezioni unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2016.
[53] Segnatamente con riferimento al rimosso inciso "ancorché oggetto di valutazioni".
[54]Cass. Pen., Sez. Un., 31 marzo 2016 (dep. 27 maggio 2016), n. 22474, ric. Passarelli.

e a quella che si può definire "interpretazione da contesto" [55], secondo cui il significato linguistico delle nuove disposizioni incriminatrici va coniugato con l'impianto complessivo dell'assetto societario come tracciato dal codice civile: sulla base di tale premessa la Corte può affermare la rilevanza dei falsi non solo descrittivi ma anche estimativi o valutativi. Se si considera, infatti, una visione organica, unitaria e coerente della materia societaria, ci si rende conto che il bilancio è un documento composto essenzialmente da valutazioni volte a ricondurre ad unità entità eterogenee mediante la loro traduzione in grandezze numeriche al fine di rappresentare lo stato di salute dell'operatore economico[56]: citando la stessa sentenza delle S. U., esso "non contiene fatti quanto un loro 'racconto' in unità monetarie". Da tale prospettiva non può che negarsi qualunque rilievo all'aggettivo "materiale", che nulla aggiunge, in termini di significato, al termine "fatti", rappresentando la locuzione una mera endiadi; né tantomeno può attribuirsi valenza alla sostituzione del termine "informazioni" con "fatti materiali" secondo quanto emerge dai lavori preparatori.

È ancora il "contesto" a fornire i criteri di verità legale o convenzionale normativamente determinati o tecnicamente indiscussi su cui vanno definiti i concetti di materialità o rilevanza: dal novero dei fatti materiali, dunque, vanno escluse solo le previsioni, i progetti, le congetture, gli apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo o le mere dichiarazioni di intenti. La pronuncia chiarisce che il reato sussiste solo nel caso in cui l'agente si discosti dai predetti criteri senza darne adeguata informazione giustificatrice [57] in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari della comunicazione: in questo passaggio può cogliersi la differenza tra la falsità civilistica connessa alla mera violazione dei criteri codicistici e quella di rilevanza penale[58].

---

[55] PIVA D., *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2016.

[56] Un lungo elenco di esempi in tal senso è effettuato da BENUSSI C., I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2016.

[57] Ed un utile strumento in tal senso potrebbe essere fornito dalla "nota integrativa" prevista *ex* art. 2427 c.c..

[58] Problematica a questo punto diventa la "spersonalizzazione" della tipologia dei destinatari delle false comunicazioni espressa con il termine "altri": non si chiarisce infatti se deve farsi riferimento all'"investitore medio" o a quello "di medie competenze", o ancora a quello "ragionevole" come per gli abusi di mercato.

Meno convincente appare l'interpretazione secondo le conseguenze, con cui le S.U. si fanno carico di istanze che dovrebbero invece rimettersi al solo legislatore: si ritiene infatti che escludere dall'ambito di applicabilità della fattispecie le valutazioni, comporterebbe un'*interpretatio abrogans* del reato, in netta contraddizione con le finalità della l. n. 69/2015, volta proprio a potenziare le potenzialità applicative dello stesso.

La pronuncia in esame non risparmia neppure critiche nei confronti dell'argomento sistematico che escludeva la rilevanza del falso valutativo sulla base del confronto tra gli artt. 2621 ss. c.c. e l'art. 2638 c.c. [59], ribaltando il richiamo all'*ubi lex voluit dixit, ubi voluit tacuit*, rilevando come se già prima della riforma la giurisprudenza aveva riconosciuto la superfluità della concessiva "ancorché oggetto di valutazioni" ai fini del delitto *de quo*, lo stesso non potrebbe non valere oggi per le ipotesi di false comunicazioni sociali. Altrettanto improprio, secondo l'impianto delle S.U. è il parallelismo con la riforma della frode fiscale di cui all'art. 4 lett. f) della l. n. 516/1982 come modificato dalla l. n. 154/1991[60], non solo perché datato e immediatamente superato con la riforma del d. lgs. n. 74/2000, ma anche perché la predetta espressione era invero già presente nelle ipotesi commissive dei previgenti artt. 2621 e 2622 c.c..

Merita infine di essere notato che le sentenze che sostengono la tesi abrogazionista, lo fanno solo a livello di *obiter dictum*, e non per la soluzione del caso concreto, nel quale i giudici ritengono comunque sussistere il delitto in esame, trattandosi non di falsi valutativi quanto, invece, di esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero. Non è sbagliato quindi chiedersi se si sarebbe pervenuti a identico pronunciamento sulla residua rilevanza del falso nelle valutazioni, ove ciò avesse comportato, nelle singole vicende, un esito assolutorio.

[59] Si ricorderà infatti che anche nella formulazione dell'art. 2638 c.c. derivante dal d. lgs. 61/2002 era presente l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" e che lo stesso non è stato modificato, e ciò ha spinto i sostenitori della tesi abrogazioni sta a ritenere che le diverse formulazioni significano un diverso oggetto materiale delle fattispecie.

[60] In tal caso l'espressione "fatti materiali" stava pacificamente ad indicare l'esigenza di escludere conseguenze penali in corrispondenza di mere valutazioni data la nota complessità della materia tributaria.

3.2.1. Considerazioni in materia di falso "valutativo".

Questo il quadro dottrinario e giurisprudenziale, che solleva non pochi interrogativi.

Un primo dilemma che è stato solo lambito dalle pronunce giurisprudenziali e che ha afflitto i primi commentatori è quello relativo all'individuazione dei criteri alla stregua dei quali dover giudicare la falsità dei fatti esposti. Il tema rimanda ai difficili rapporti tra diritto civile e penale. Il problema è risalente e da sempre ha trovato terreno fertile in materia di bilancio, alla cui formazione concorrono voci che sono per gran parte il risultato di un momento valutativo. Le diverse posizioni possono essere inquadrate in tre approcci interpretativi.

Secondo una prima impostazione la disciplina civilistica fa da parametro per il giudizio di falsità in quanto prevede, oltre ai principi generali per la redazione del bilancio, anche riferimenti in merito ai criteri di valutazione. L'approccio del c.d. vero legale, dunque, comporta che un qualsiasi discostamento dai parametri legislativi sia da considerare una falsità. Se la tesi ha il vantaggio di garantire un rigoroso rispetto del principio di tassatività della fattispecie, d'altro canto offre il destro a rigidi automatismi che sviliscono il significato di *extrema ratio* del diritto penale, il quale diventa così mero strumento sanzionatorio di precetti civilistici[61].

Una seconda lettura attribuisce un ruolo centrale all'"adeguamento dei giudizi di valore alle norme tecniche, osservati i principi stabiliti dalla legge e tenuti presenti il tipo di impresa e lo scopo che presiede alla compilazione del bilancio" [62] , la c.d. verità relativa, che permette di individuare uno spazio di discrezionalità tecnica dei redattori del bilancio. Questa era la tesi prevalente prima della riforma del 2002, quando la giurisprudenza aveva identificato la rilevanza della falsità nel superamento di una soglia di ragionevolezza, ossia laddove i redattori avessero superato il margine di discrezionalità loro riservato. Anche questo approccio però si prestava a critiche in quanto non forniva una base legale certa sui confini dell'illiceità penale.

[61] MASULLO M. N., *Falso in bilancio*, cit., p. 13.
[62] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, Torino, 1980, p. 236.

L'ultima possibile impostazione è quella della c.d. difformità tra il prescelto e il dichiarato che rinviene la sua base concettuale nella ricostruibilità del procedimento valutativo.

La sentenza Giovagnoli prima, e da ultimo la pronuncia delle S.U., non sembrano mostrare incertezze nell'affidare la falsità della valutazione al criterio del vero legale ma ciò suscita perplessità.

Innanzitutto nell' informazione provvisoria del 31 marzo 2016 si legge un riferimento a "criteri di valutazione normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati"[63] il che sembra indicare che laddove i dati siano raccolti correttamente e i criteri legali siano rispettati, debba giungersi necessariamente ad un giudizio di verità. Tuttavia a ben vedere nelle scienze aziendali e contabili è ormai riconosciuto come non si possa affermare che un dato di bilancio sia vero o corretto, bensì che esso si collochi entro una fascia di valori tutti ugualmente attendibili, una sorta di banda di oscillazione[64].

Pur volendo ignorare questa problematica, rimangono ulteriori dubbi dettati dal fatto che non residuerebbe più alcuno spazio applicativo per la clausola di idoneità decettiva che, nella struttura normativa, dovrebbe fungere da ulteriore delimitazione del fatto tipico. Infatti, venuta meno la dimensione "patrimoniale" della fattispecie, una falsità che coincida con l'inosservanza del vero legale genera *in re ipsa* il pericolo di indurre in errore i destinatari[65].

La motivazione della sentenza delle S.U. offre allora una soluzione solo parziale al problema. Viene infatti chiarito che è vero che la disciplina civilistica funge da criterio per la valutazione della materialità e rilevanza del bilancio, ma è altresì riconosciuto che la falsità, intesa appunto quale discostamento dai criteri legali senza adeguata giustificazione, assumerà rilevanza penale solo qualora questa sia "concretamente" idonea ad indurre in errore i destinatari: l'idoneità decettiva, nell'impianto della Corte, non è *in re ipsa*, ma va valutata dal giudica caso per caso. Tuttavia abbiamo già fatto cenno al fatto che permane la problematica relativa all'indicazione della tipologia di destinatario cui occorre riferirsi a fronte della spersonalizzazione della tutela penale espressa dal pronome

[63] Cass. Pen., Sez. Un., informazione provvisoria n. 7 del 31 marzo 2016.
[64] ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 280.
[65] MASULLO M. N., *Falso in bilancio*, cit., p. 15.

"altri"[66]: se a quella dell'"investitore medio", a quella "di medie competenze" tenuto conto della forma e delle dimensioni dell'impresa), o ancora a quella dell'"investitore ragionevole".

Un altro interrogativo che ci si è posti è se davvero la nuova formulazione possa attribuirsi ad una clamorosa *défaillance* del legislatore o se invece risponda ad una precisa politica criminale. E' davvero possibile che dopo anni di dibattito dottrinale e giurisprudenziale il legislatore sia caduto in un errore così grossolano? Secondo alcuni autori è possibile che l'attuale formulazione sia frutto di una precisa volontà legislativa. Un primo argomento a favore di questa tesi può essere riconosciuto nella circostanza per cui, se da un lato la l. 69/2015 ha eliminato alcuni fattori di selezione della punibilità, quali le famose "soglie di punibilità" o la procedibilità a querela, dall'altro ne ha introdotti di nuovi, che sono però affidate all'accertamento del giudice che deve valutarne la sussistenza, si pensi ad esempio alla concreta idoneità ingannatoria o alle ipotesi che analizzeremo in seguito di particolare tenuità del fatto o fatti di lieve entità. E' possibile allora pensare che il legislatore abbia volutamente escluso le valutazioni dall'ambito penale, al fine di delimitare da altra angolazione la discrezionalità del giudice, onde assicurare maggiore certezza circa il confine tra lecito ed illecito[67]. Tale impostazione sarebbe suggerita anche dal considerevole aumento delle pene edittali che implica necessariamente che le norme penali siano formulate sulla base di elementi costitutivi accertabili con facilità e univocità dal Giudice. Proprio perché le scienze economiche affermano che il bilancio è basato, oltre che su valori "certi", in massima parte su valori "stimati" e "congetturali", si potrebbe ritenere che il legislatore abbia deciso di sollevare dal nuovo, serio rischio penale ambiti che, seppur non sganciati da qualsiasi elemento di oggettività, risultano fortemente permeati da discrezionalità tecnica, lasciando così campo ai residui presidi civilistici [68] . Sarebbe da apprezzare allora questa scelta del legislatore soprattutto perché, come segnalato da parte della dottrina, "i principi contabili internazionali stanno ormai abbandonando definitivamente l'approccio mirato alla

[66] PIVA D., *Le Sezioni Unite*, cit., p.8.
[67] SGUBBI F., *Non è irragionevole un falso in bilancio senza valutazioni*, in *Il sole 24 ore*, 16 marzo 2016.
[68] MANES V., *La nuova disciplina*, cit., p. 26.

rendicontazione storica dei fatti di gestione e sono irreversibilmente orientati alla trasformazione del bilancio in un coacervo di aspettative, speranze, previsioni degli amministratori"[69].

Emergono poi profili di razionalità rispetto al complessivo sistema del diritto penale dell'economia. Infatti da un lato l'esclusione delle valutazioni si presenta coerente con le recenti riforme del diritto penale tributario di cui al d. lgs. 158/2015 , dove, con riferimento alla fattispecie di dichiarazione infedele, è stato abbandonato il riferimento agli elementi passivi "fittizi" per sostituirlo con il più preciso aggettivo "inesistenti", ampliando così sensibilmente il perimetro delle valutazioni insindacabili. Dall'altro occorre ricordare che le nuove norme si inseriscono nell'ambito di una legge di contrasto alla corruzione e alla criminalità organizzata ma la formazione di provviste riservate (*vulgo:* nere) avviene con meccanismi che non hanno molto a che vedere con le valutazioni delle poste in bilancio, quanto con fatti materiali rilevanti, quali ad esempio l'emissione di fatture per prestazioni inesistenti. Letta così, non stupisce la differenza tra la formulazione della norma in esame e il vigente art. 2638 c.c. che ha tanto stimolato la riflessione giurisprudenziale. Quest'ultima fattispecie infatti, punendo l' "ostacolo alle funzioni di vigilanza", ha dimensioni e struttura della tutela molto diverse dall'art. 2621 c.c. in quanto le *Authorities* richiedono un ventaglio più ampio di informazioni per svolgere le loro funzioni, sicuramente comprensive anche le valutazioni[70].

Quindi la consapevolezza di quanto gli operatori economici abbiano bisogno di certezze circa la liceità o illiceità delle loro scelte, avrebbe spinto il legislatore a configurare un sistema di verifica penale della correttezza dei dati di bilancio fondata su una maggiore obiettività *ex ante* [71] . Tuttavia la giurisprudenza, da ultimo le S.U. della Corte di Cassazione, ha voluto includere, con una forse troppo marcata forzatura ermeneutica, nella attuale formulazione anche le valutazioni per evitare pericolosi vuoti normativi.

---

[69] TARABUSI M., *Il trattamento contabile degli strumenti finanziari nel bilancio dell'emittente:quale forma e quale sostanza?*, in AA.VV., *Il principio* substance over form*. Profili contabili, civilistici e tributari*, Milano, 2012, p. 29.
[70] SGUBBI F., *Id.*
[71] GUALTIERI P., *Le nuove false comunicazioni*, cit., p. 8.

3.3 Circoscrizione dell'elemento soggettivo.

Non meno significative sono state le modifiche introdotte dalla l. 69/2015 in punto di elemento soggettivo. Anche in questo caso, però, per comprendere la reale portata della nuova disciplina, è opportuno dedicarsi ad un breve *excursus* storico sulle diverse configurazioni che tale elemento ha avuto nel corso della vita della fattispecie.

Già la formulazione originaria del codice del 1942 aveva suscitato grande dibattito in dottrina e dubbi giurisprudenziali. Ricordiamo infatti che nel testo originario era presente un ambiguo "fraudolentemente" che ha fatto versare fiumi di inchiostro. E' luogo comune infatti che l'utilizzo di un avverbio da parte del legislatore denota indecisione. Si è affermato in dottrina che "gli avverbi funzionano un poco come le fisarmoniche che possono essere allargate o ristrette a seconda della volontà del suonatore (leggi: l'interprete della norma) [72]". Un primo problema che la dottrina si è trovata ad affrontare è stato quello relativo alla valenza oggettiva, quale ulteriore tipizzazione della condotta, o soggettiva, intesa come caratterizzazione dell'elemento psicologico, dell'avverbio in esame. La tesi che nettamente prevalse fu la seconda. Infatti, come molti illustri autori hanno segnalato[73], il termine "fraudolentemente" aveva sostituito lo "scientemente" che figurava nell'art. 247, n. 1, c. comm., della cui portata meramente soggettiva non si era mai dubitato. Peraltro nelle relazioni e nei lavori preparatori si affermava a chiare lettere che con l'avverbio in questione si mirava a specificare meglio l'elemento soggettivo del reato rispetto alla previgente formulazione che sollevava dubbi circa il rispetto del principio di determinatezza. Infine chi sosteneva la tesi della valenza soggettiva del "fraudolentemente" affermava che una diversa lettura avrebbe svuotato l'avverbio del suo significato perché la falsità rappresenta sempre e comunque, di per sé sola, un mezzo fraudolento.

---

[72] GIORDANENGO G., *Rivisitazione storico-critica dell'elemento soggettivo del reato di false comunicazioni sociali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, fasc 1.

[73] ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari, I, I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, Milano, 1999; Nello stesso senso CONTI L., *Diritto penale commerciale, I,* Torino 1980.

Non è superfluo segnalare anche la tesi minoritaria che prediligeva una lettura oggettiva nell'avverbio, perché essa potrebbe avere delle risonanze anche sulla attuale disciplina. Alcuni autori [74] sostenevano che il termine indicava solamente la natura ingannatoria dei mezzi utilizzati e ciò sulla base di alcuni argomenti giuridici e logici. Infatti la determinazione dell'elemento soggettivo con un semplice avverbio avrebbe rappresentato, secondo tale dottrina, un *unicum* nel nostro ordinamento, caratterizzato dalla tendenza legislativa ad enunciare in modo chiaro una particolare forma di dolo richiesta. La tesi era poi avvalorata dalla circostanza per cui nella norma del codice del commercio l'avverbio "fraudolentemente" fosse affiancato allo "scientemente" ed andasse quindi pacificamente a caratterizzare una modalità di esecuzione della condotta.

Appurata la valenza del termine, la dottrina si è poi interrogata sul contenuto soggettivo dello stesso. Una prima lettura fu data da Alfredo Rocco, padre della riforma, secondo cui l'avverbio indicava tre diverse intenzioni: a) quella di ingannare e indurre altri in errore (*consilium fraudis)*, b) quella di danneggiare (*animus nocendi*) ed infine c) quella di lucrare indebitamente (*animus lucri faciendi*). In sostanza all'avverbio fu data una connotazione soggettiva che trasformava il dolo in un vero e proprio dolo (diretto) di danno[75].

Senza dilungarci troppo sul lungo dibattito che ne è seguito, è opportuno solo segnalare che questa prima interpretazione è stata superata a partire dall'Antolisei che sosteneva l'indubbia necessità dell'intenzione ingannatoria, ma dubitava della presenza dell'*animus nocendi* e dell'*animus lucri faciendi*. Infatti secondo l'autore non si potrebbe concepire una frode fine a se stessa e quindi la volontà di trarre un profitto sarebbe insita nella stessa attività fraudolenta, e poiché è difficile immaginare che l'agente aspiri ad un utile senza pregiudizio per altri soggetti, il danno rappresenterebbe il rovescio della medaglia del profitto. E' necessario segnalare per che questa tesi è sostenibile solo tenendo in considerazione che Antolisei, e con lui la dottrina dominante, proponevano un concetto ampio di danno, comprensivo non solo della lesione dell'interesse

[74] FERRANTE M. L., *Valenza della locuzione fraudolentemente nel delitto di falso in bilancio*, in *Rivista penale dell'economia,* 1992.
[75] ROCCO A., *Il dolo nella falsità di bilanci nelle società commerciali*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1936.

tutelato, ma anche della sua semplice messa in pericolo. Se da un lato, però, l'autore si poneva in una posizione fortemente critica della lettura precedente, dall'altro finiva per giungere a conclusioni non troppo dissimili laddove affermava che, è vero che per l'integrazione del reato non era necessario l'aver agito con lo specifico proposito di arrecare un danno, ma tale danno, uscito dalla porta del dolo diretto, rientrava dalla finestra del dolo eventuale, in quanto sussisteva il reato anche in presenza di una semplice rappresentazione del danno da parte dell'agente e accettazione del rischio.

La tesi fu sostenuta in seguito da larga parte della dottrina che, con alcune differenze e peculiarità fra i diversi autori, giunse a confermare la configurabilità anche del dolo eventuale di danno.

La giurisprudenza ha attraversato un' evoluzione simile. Si riteneva infatti che il concetto di fraudolenza attenesse all'elemento soggettivo del reato ed andasse ad integrare una forma particolare di dolo, secondo alcune sentenze un dolo specifico, identificato nella volontà di determinare un errore nei soci o nei terzi, accompagnata dal proposito di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto[76].

Vi era poi una corrente che accanto a tali due elementi ne individuava un terzo, cioè la rappresentazione di un danno che doveva essere previsto come correlativo al profitto, senza che occorra il proposito di cagionare il danno stesso[77].

Si introduceva quindi ancora una volta una sorta di dolo eventuale di danno, consistente nella rappresentazione dello stesso e accettazione del rischio.

Questo il quadro su cui intervenne il d. lgs. 61/2002 che, come abbiamo già osservato, nel suo sforzo di "ipercaratterizzazione" della fattispecie ha stravolto completamente l'impostazione originaria. Viene costruito un dolo dai contorni ben precisi proprio per rispondere agli anni di incertezze che l'evanescente formulazione originaria aveva causato ma nel farlo il legislatore tiene in dovuta considerazione il dibattito che si era sviluppato negli anni e a cui abbiamo fatto un rapido accenno. In particolare era richiesto innanzitutto che la condotta fosse posta in essere "intenzionalmente". Questo avverbio aveva un peso ben diverso da

[76] Cass. Pen., sez II, 19 giugno 1992, Farina.
[77] Cass. Pen., Sez V, 7 gennaio 1983, Izzi.

quello precedente in quanto qualificava l'elemento del dolo in termini di intenzionalità, evidenziando la esplicita volontà di affrancarsi da soluzioni applicative basate sulla figura del dolo eventuale[78] su cui, è bene segnalarlo, non era ancora intervenuta una netta presa di posizione giurisprudenziale che si è avuta molto più tardi[79] e che quindi aveva ancora dei contorni molto evanescenti. La formulazione del 2002 ha anche posto fine *per tabulas* alla lunga *querelle* circa la valenza soggettiva o oggettiva del termine fraudolentemente. A parte l'evidente diverso significato semantico del nuovo avverbio usato, anche la condotta è stata meglio specificata in quanto doveva essere idonea ad indurre in errore i destinatari, il che permette anche di connotare meglio il dolo generico consistente nella coscienza e volontà di porre in essere la condotta.

L'ultimo elemento di dolo previsto dal legislatore era, come abbiamo già segnalato, il frutto della attenzione prestata al passato dibattito dottrinario. Venne infatti esplicitata la necessità che l'agente perseguisse il fine di "conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri" anche se in dottrina si è affermato che la funzione selettiva di questo elemento non andava enfatizzata, in considerazione della diffusa interpretazione per la quale il concetto di profitto include qualunque utilità"[80]. Al di là della sua portata selettiva, va segnalato che l'inserimento di tale specifica finalità finiva per affievolire il momento del dolo generico. Infatti la natura di fattispecie di danno come configurata dal d. lgs. 61/1992, comportava oltre alla verifica del dolo specifico di profitto e del dolo intenzionale di frode, anche quella del dolo generico di danno; il che rischiava di condurre ad una vera e propria paralisi applicativa della fattispecie[81].

Proprio perché l'elemento soggettivo rappresentava uno dei principali responsabili della scarsa effettività della fattispecie nella sua vecchia formulazione, la l. 69/2015 è intervenuta per renderne l'accertamento meno gravoso.

La nuova norma richiede che la condotta venga posta in essere "consapevolmente" e "al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto".

---

[78] MUSCO E. - MASULLO M. N., *Op. cit.*, p. 104.
[79] Cass., Sez. Un. Pen., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343.
[80] GIUNTA F., *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61,* in *Studium iuris,* 2002*, fasc. 6.*
[81] MUSCO E. - MASULLO M. N., *Op. cit.*, p. 104.

Emerge a prima vista come il legislatore abbia lasciato intatto il dolo specifico di conseguire un profitto ingiusto come elemento finalistico che deve guidare l'autore, privando così di meritevolezza penale le condotte che non perseguano tale finalità [82] . Non è superflua una rapida riflessione sulla ingiustizia che caratterizza il profitto. La tesi prevalente ritiene che questo requisito sia impermeabile a valutazioni che poggino su "criteri metagiuridici di tipo equitativo"[83], quindi sussisterebbe il reato che sia posto in essere, ad esempio, allo scopo di salvare l'azienda o di evitare il licenziamento dei dipendenti perché questi sono interessi estranei al piano dell'offesa tipica e, in generale, a quello dei valori normativi. Tuttavia non può condividersi la tesi che svilisce completamente la portata selettiva dell'aggettivo in questione ritenendolo "intrinseco" ad ogni falsità. Secondo parte della dottrina un' ipotesi di esclusione del dolo specifico in esame potrebbe essere offerta, per le falsità di bilancio compiute in seno ad una *holding*, dall'art. 2634, terzo comma c.c., che prevede, è noto, l'istituto dei "vantaggi compensativi", secondo cui, in materia di infedeltà patrimoniale, "non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

La vera novità in punto di elemento soggettivo è data dalla sostituzione dell'avverbio "intenzionalmente" con "consapevolmente". Questa seconda espressione non è nuova in materia di reati societari, potendola rinvenire, ad esempio, nell'art. 2638, terzo comma c.c.. Già in passato la dottrina e la giurisprudenza si erano interrogate sul peso contenutistico di tale avverbio, chiedendosi in particolare se implicasse un dolo intenzionale o meno. Le conclusioni a cui si è giunti non lasciano spazio ad ulteriori analisi. E' evidente infatti che questo termine non può avere un significato identico all'avverbio utilizzato nella formulazione precedente, e quindi esso non denota un dolo intenzionale ma configura un dolo che è sicuramente generico ma almeno diretto. E' richiesto infatti un necessario coefficiente di partecipazione psicologica dell'agente, aspirando così ad escludere il rilievo penale di falsità accompagnate

[82] MANES V., *La nuova disciplina*, cit., p.30.
[83] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 817.

da un mero stato di dubbio o da un semplice dolo eventuale. In senso conforme si è espressa anche la citata sentenza Crespi[84].

L'elemento soggettivo viene quindi sgravato del peso del dolo intenzionale ma mantiene dei contorni ben precisi grazie alla permanenza del dolo specifico e alla rigorosa tipizzazione della condotta. Secondo i primi commentatori l'ablazione del dolo intenzionale di inganno riaprirebbe il problema della configurabilità del concorso tra la fattispecie in esame e quella di frode fiscale, qualora il soggetto abbia agito al solo scopo di frodare il fisco, problema che con la vecchia formulazione era risolta *per tabulas* in quanto l'agente doveva porre in essere la condotta con l'intenzione di ingannare "soci o creditori" non anche altri soggetti estranei quali, appunto, il fisco. In realtà anche con la formulazione attuale non può parlarsi di automatica sovrapposizione delle due fattispecie in quanto le comunicazioni mendaci penalmente rilevanti ai sensi del nuovo art. 2621 c.c., sono solo quelle "dirette ai soci o al pubblico", categoria, quest'ultima, in cui non può farsi rientrare il fisco[85].

Abbiamo già avuto modo di osservare come l'avverbio "consapevolmente" svolga comunque una funzione selettiva che miri ad escludere la configurabilità del dolo eventuale. Ove tale tesi si consolidasse le conseguenze sul piano applicativo sarebbero di grande impatto, specie con riferimento alle responsabilità degli organi collegiali, dove la corresponsabilizzazione dei vari membri per il bilancio da altri sottoscritto, è spesso filtrata attraverso lo schema dell'omesso impedimento dell'altrui reato (art. 40 cpv. c.p.) a titolo di dolo eventuale.

Infine non è superfluo constatare che una corretta lettura dell'elemento soggettivo dovrebbe condurre a "sdrammatizzare" la problematica circa la rilevanza penale delle valutazioni. Infatti anche nell'attuale contesto in cui le S.U. hanno affermato la perdurante rilevanza del falso valutativo [86] , proiettando la tipicità del falso in un orizzonte di verità c.d. "legale", la necessaria consapevolezza richiesta dal legislatore come componente dell'elemento soggettivo, dovrebbe valere ad estromettere dall'area del rilievo penale, non solo opinioni e congetture, ma anche stime eccessivamente "ottimistiche", ovvero

[84] Cass, Sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774.
[85] MANES V., *La nuova disciplina*, cit., p. 30.
[86] Corte di Cass., Sez. Un. Pen., informazione provvisoria n. 7 del 31 marzo 2016.

esagerate o maldestre, ancorché trasgressive (colposamente) dei principi contabili che presiedono alla compilazione del bilancio, e quindi dei criteri di valutazione normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati.

3.4 Un falso in bilancio a peso variabile.

Prima di passare oltre nella trattazione dei nessi tra diverse fattispecie di reato nel nostro ordinamento penale, è opportuno considerare che fino ad ora ci siamo focalizzati sulla struttura del reato di false comunicazioni sociali come disciplinato nella sua forma base dall'art. 2621 c.c., tuttavia il "sistema" del falso in bilancio che emerge dalla l. 69/2015, è più articolato, rispondendo alla volontà del legislatore di creare uno strumento malleabile che possa adattarsi alle varie tipologie societarie o alle diverse modalità della condotta. Viene fuori un quadro costituito da quattro articoli che, però, rappresentano anche uno dei maggiori punti dolenti della disciplina, e che si sono prestati già ad ampie critiche per la carenza di determinatezza e tassatività e per i difetti sistematici.

Andando con ordine la prima norma da analizzare è l'art. 2621-*bis* c.c., rubricato "Fatti di lieve entità", che contiene due diverse previsioni accomunate da una cornice di pena attenuata (reclusione da sei mesi a tre anni) e dalla clausola di sussidiarietà che le rende applicabili "salvo che (i fatti) costituiscano più grave reato". Il primo comma concerne i fatti di lieve entità, tenuto conto della "natura" e delle "dimensioni" della società e delle "modalità" o degli "effetti" della condotta, il secondo invece si applica alle società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'art. 1 del r.d. n. 267 del 16 marzo 1942, quindi le società non soggette alla disciplina sul fallimento e sul concordato preventivo, per le quali, oltre alla pena attenuata, è prevista la procedibilità a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale. Il primo problema interpretativo che si è posto riguarda la natura di queste due fattispecie. Una parte della dottrina ritiene che esse siano delle circostanze attenuate (ad efficacia speciale) [87] , tesi avvalorata dalla loro tipizzazione *per relationem e* dall'omogeneità di offesa rispetto all' art. 2621 c.c.. Sembra però preferibile la

[87] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 819.

tesi, altrettanto autorevolmente sostenuta [88] e confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità[89], secondo cui l'art. 2621-*bis* preveda due autonome fattispecie di reato. A questa conclusione spingono la collocazione sistematica, l'autonoma *rubrica legis*, la presenza della citata clausola di sussidiarietà e l'autonoma considerazione degli artt. 2621 c.c. e 2621-*bis* c.c. nell'art. 2621-*ter* c.c. e ai fini della corresponsabilizzazione dell'ente[90]. Questa opzione avrebbe importanti conseguenze applicative perché sottrarrebbe l' "ipotesi minore" al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti e, soprattutto, renderebbe inapplicabile, in caso di dissesto societario, l'art. 223, secondo comma, l. fall., che non richiama la norma in esame.

Venendo alla trattazione separata delle singole fattispecie, iniziamo con quella prevista dal secondo comma. Non deve lasciare perplessi il fatto che il diverso trattamento venga parametrato non alla tipologia societaria bensì ai risultati di esercizio relativo all'attivo patrimoniale, ai ricavi lordi e ai debiti. Questo rinvio infatti vale a caratterizzare modeste realtà societarie, indipendentemente dalla loro forma e contribuisce a differenziare tra imprese piccole, medie e grandi. Le maggiori perplessità qui sono sollevate dalla perseguibilità a querela che mantiene in vita tutti i problemi presenti con la vecchia formulazione, ridimensionando drasticamente le potenzialità applicative della reato di nuovo conio, e soprattutto si traduce in un'anomalia dogmatica rispetto alla nuova fattispecie che sembra quasi perdere la veste di reato di condotta per trasformarsi nuovamente in un reato di danno, con ovvie ripercussioni anche sul piano del momento consumativo[91]. Si noti peraltro come il comma in esame sia fondato sulla ingiustificata presunzione di "lieve entità" del fatto in relazione a queste realtà societarie, ma la previsione ha così poco da spartire con l'entità del fatto che ad essa risulta applicabile la circostanza attenuante di cui all'art. 2640 c.c.[92].

---

[88] MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 28.
[89] Cass, Sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774.
[90] MANES V., *La nuova disciplina*, cit., p. 34.
[91] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 819sostiene che il "reato in esame si consuma con il deposito del bilancio *ex* art 2429 c.c., ovvero, in caso di comunicazioni orali, con la loro percepibilità da parte dei destinatari"
[92] Ancora, con questo tono critico, SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 819.

Passando all'analisi dell' art. 2621-*bis*, primo comma c.c., osserviamo come si delinei un'ideale linea progressiva che dalle piccole imprese si sposta alle medie imprese. Ad esse infatti è riservata la cornice di pena attenuata ma rimane la procedibilità d'ufficio, segno del maggior disvalore che, nell'ottica legislativa, la condotta possiede in queste realtà sociali. I problemi sollevati da questa ipotesi sono diversi, a partire dal rapporto che intercorre tra questa norma e il già citato art. 2640 c.c., che prevede una circostanza attenuante in caso di "offesa di particolare tenuità". Infatti, laddove l'art. 2621-*bis* c.c. non possa essere applicato, ad esempio perché ostano a ciò la natura o le dimensioni della società, il giudice potrebbe dover applicare la circostanza *ex* art. 2640 c.c., e lo scarto sanzionatorio tra le due ipotesi è così minimo da far pensare che il legislatore non abbia tenuto conto della presenza di tale norma. Ulteriori difficoltà applicative derivano poi dalla mancata specificazione da parte del legislatore dei criteri cui è vincolata l'applicazione dell'art. 2621-*bis* c.c., il che finisce per renderlo un rimedio applicabile a piena discrezionalità del giudice, a fronte dell'obbligatoria applicabilità dell'art. 2640 c.c. Non mancano peraltro carenze di determinatezza degli stessi parametri valutativi offerti dalla norma. Il richiamo alla "natura" della società, al di là dell'atecnicismo del termine, che non fa intendere se si debba osservare la tipologia societaria o altri elementi, non sembra congruente con il paradigma dell' "entità", che rinvia necessariamente ad una componente dimensionale [93] , profilo a cui sicuramente si riferisce il parametro della "dimensione" societaria ma per cui il legislatore non specifica i criteri valutativi.

Ulteriori profili critici sono forniti dall'art. 2621-*ter* c.c. che mira a coordinare il reato di false comunicazioni sociali con l'istituto di recente introduzione di cui all'art. 131-*bis* c.p., ossia la "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto". L'attività di cui il legislatore si è fatto carico è senza dubbio particolarmente delicata, basti pensare che l'art. 131-*bis* c.p. è stato pensato per operare su reati bagatellari, e che sembra quindi configgere con l'opposto requisito della rilevanza del falso richiesto anche in questa nuova formulazione. Per realizzare l'obiettivo che si è prefissato, il legislatore indica, come criterio prevalente a cui il giudice deve rifarsi per valutare la particolare

[93] MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 27.

tenuità del fatto, "l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori". Il primo interrogativo che *icto oculi* viene da porsi, è come possa riconoscersi la prevalenza di un elemento estraneo alla fattispecie. Le implicazioni da ciò derivanti sono due: da un lato viene attribuito un ruolo primario al danno che finisce per caratterizzare più della condotta il disvalore del fatto; dall'altro l'entità del danno non potrebbe rivelare la particolare tenuità dell'offesa perché, se così fosse, a maggior ragione dovrebbe essere priva di offesa una condotta in assenza di qualsiasi danno. Al di là delle difficoltà dogmatiche di conciliare questi requisiti con la natura di reato di pericolo del falso in bilancio, la norma sembra applicabile a falsità percentualmente esigui, il che riporta alla mente le famigerate e criticate soglie di punibilità previste nella disciplina previgente. Tuttavia la genericità del termine impiegato non consente al giudice di limitare la propria analisi ad un profilo meramente percentuale (potendo rilevare, ad esempio, anche un danno all'immagine)[94]. Anche questa norma, peraltro, offre il destro a critiche per la scarsa determinatezza della locuzione "in modo prevalente", che lascia presagire una discrezionalità massima in capo al giudice, perplessità rese ancor più pregnanti se si pensa che la pluralità di categorie tutelate dall'art. 2621 c.c. implica che il danno subito da una, per quanto tenue, non esclude la sussistenza di un concreto pericolo per le altre, e che l'entità del pericolo può rivelarsi assai maggiore del danno effettivamente prodottosi[95].

Appare dunque necessario superare in via interpretativa l'infelice formulazione dell'art. 2621-*ter* c.c., che dovrebbe essere riletto in modo tale che l'entità del danno sia misurata in termini assoluti e solo ai livelli più bassi anche in termini percentuali, e d'altro canto che questo criterio svolga un ruolo prevalente solo nel senso di escludere l'esiguità dell'offesa, dovendosi attribuire rilevanza nel caso opposto, cioè quando l'entità del danno sia compatibile con la particolare tenuità del fatto, al pericolo cagionato dalla condotta[96].

E' condivisibile infine l'affermazione della dottrina maggioritaria secondo cui laddove il giudice non rispetti la prevalente valutazione dell'entità del danno, tale suo operato determini una violazione di legge che può essere dedotta dinanzi

[94] MANES V., *La nuova disciplina*, cit., p. 35.
[95] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 820.
[96] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 821.

alla Corte di cassazione, mentre il giudizio *ex* 131-*bis* c.p., consente uno spazio di sindacabilità più ristretto[97].

Veniamo infine all'ultimo mezzo utilizzato dal legislatore per graduare il peso penale del falso in bilancio. L'art. 2622 c.c. prevede, infatti, un regime particolare, più aspro, per le società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro paese dell' UE, società emittenti strumenti finanziari per i quali è stata presentata la richiesta di ammissione alla negoziazione, società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale di negoziazione italiano, società che controllano emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione ed infine società che fanno appello al pubblico risparmio o che lo gestiscono. E' facile intuire con il diverso trattamento derivi dal maggiore disvalore che le condotte rivestono qualora vengano poste in essere in realtà societarie come quelle elencate e ciò in ragione della diversa diffusività degli effetti conseguenti all'offesa alla trasparenza societaria[98], per quanto parte della dottrina[99] abbia posto in luce le criticità di tale scelta che potrebbe essere un disincentivo alla quotazione. Occorre osservare peraltro che il diverso regime avrebbe delle ricadute anche sull'interesse tutelato, l'informazione societaria, che risulterebbe proiettato in senso pubblicistico, quale tutela dei risparmiatori sul mercato dei titoli[100]. Merita un cenno la menzione, nell'elenco sopra riportato, delle società che controllano società quotate, inclusione con cui il legislatore ha posto rimedio ad una grave lacuna della previgente fattispecie che riteneva irragionevolmente configurabile la fattispecie meno grave per le *holding* che non fossero quotate.

Il diverso regime si traduce innanzitutto nella cornice edittale più aspra (reclusione da tre a otto anni) e nell'inapplicabilità dell'art. 2621-*bis* c.c., conseguenze che ispessiscono la pregnanza inquisitoria della fattispecie consentendo l'utilizzo di mezzo di ricerca della prova assai più invasivi ed efficaci. Per il resto la descrizione della condotta, la struttura del reato e la

[97] GAMBARDELLA M., *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cassazione penale*, 2015, p. 1728.
[98] MANES V., *La nuova disciplina*, cit., p. 36.
[99] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 822.
[100] MEZZETTI E., *La ricomposizione disarticolata del falso in bilancio (Commento agli artt. 9-12 della l. n. 69/2015)*, in *www.legislazionepenale.eu*.

caratterizzazione dell'elemento soggettivo sono pressoché identiche alla fattispecie base essendo previste solo due differenze. Innanzitutto non si prevede che le comunicazioni sociali "veicolo" della falsità siano "previste dalla legge" il che rende applicabile la fattispecie anche a dichiarazioni orali o scritte rese non sulla base di precisi obblighi normativi, ma anche spontaneamente. L'estensione della punibilità sembra doversi condividere alla luce del diverso disvalore della condotta. Meno ragionevole sembra la strutturazione della seconda divergenza, in quanto non è previsto che i fatti materiali oggetto della condotta siano "rilevanti". I dubbi sorgono perché questa differenza è presente solo nella falsità commissiva, e non anche in quella omissiva. Sembrerebbe proprio trattarsi di un *lapsus* legislativo ma, volendo confidare nella non causalità della formula, una spiegazione potrebbe derivare dall'insegnamento di Gualtieri[101], il quale ritiene ragionevole la diversità di qualificazione tra falsità commissive ed omissive, spesso causate, queste ultime, da "errori umani, malfunzionamenti nelle procedure e non perfetto funzionamento dei sistemi di *compliance*" tuttavia difficilmente simili condotte riuscirebbero a superare il filtro di un'interpretazione teleologica e rispettosa del canone di offensività in concreto.

Nel risolvere il problema delle valutazioni, le Sezioni Unite rischiano di averne generato un altro laddove in motivazione affermano incidentalmente che, per effetto del mancato richiamo dell'aggettivo "rilevanti" nelle ipotesi commissive *ex* art. 2622 c.c., la condotta rimane penalmente perseguibile anche se il fatto esposto non sia ritenuto rilevante, trattandosi evidentemente di una valutazione seguita in astratto dal giudice e non demandata al giudice. La sentenza Giovagnoli era intervenuta in materia giustificando la mancanza dell'aggettivo alla luce del regime di garanzia cui è sottoposta la società quotata, oltre all'obbligo del previo controllo del bilancio da parte di società di revisione, in virtù di un implicito richiamo alla connotazione pubblicistica dell'offesa rispetto alla tutela del risparmio e al corretto funzionamento del mercato *ex* art. 47 Cost.. C'è da sperare che da questo *obiter dictum* della Cassazione non si stabilizzi un indirizzo giurisprudenziale volto a legittimare applicazioni incondizionate della nuova fattispecie a fronte delle quali tenda progressivamente a svanire ogni

[101] GUALTIERI P., *Le nuove false comunicazioni*, cit., p. 11.

contenuto di offesa. Se quindi, *de jure condendo*, si potrebbe auspicare una correzione del testo, sul piano interpretativo dovrebbe ragionarsi nel senso che il requisito della rilevanza, ancorché inespresso, sia comunque richiesto dall'art. 2622 c.c. quale ineludibile componente del giudizio di concreta idoneità a indurre altri in errore. In questi termini si esprime la stessa pronuncia delle S.U. laddove riconosce che la nuova normativa affida al giudice la valutazione in concreto della incidenza della falsa appostazione, dovendo esprimere un giudizio prognostico sull'idoneità degli artifici contenuti nel documento contabile nell'ottica di una potenziale induzione in errore: ciò significa che la falsità dovrà comunque riguardare dati informativi essenziali idonei a ingannare e a determinare scelte potenzialmente pregiudizievoli per i destinatari.

4. Riserve c.d. "occulte" e falso qualitativo: punti di incontro

Volendo tirare le somme della breve ma, auspichiamo, completa trattazione del reato di false comunicazioni sociali, è utile riportare alla mente quanto già accennato in precedenza, ossia l'importanza di questa fattispecie, non solo a tutela del bene giuridico tutelato, ma anche quale reato prodromico alla commissione di altri reati, più diffusi e più pericolosi per l'incolumità dell'ordinamento.

Abbiamo già avuto modo di osservare, infatti, come a far tempo dall'inchiesta "Mani pulite" il reato in esame sia stato impiegato come una sorta di "grimaldello" per accedere *per tabulas* a fondi neri e riserve occulte da cui sarebbero scaturiti reati contro la P.A. e l'ordine pubblico. Per questo la riforma del 2002 è stata così aspramente criticata: si era "rotto il grimaldello", e quindi gli altri gravi reati dovevano essere accertati in autonomia, e non ricavati o "pronosticati" grazie alla mera condotta di falso in bilancio senza limitazioni quantitative[102].

La rilevanza penale in Italia dei fondi neri come fenomeno connesso alle forme di corruzione privata è comunque rappresentabile non come un binario unitario che conduce ad una sola meta di qualificazione dei fatti, ma da un

[102]LANZI A., *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al diritto*, n. 26, 2015.

caleidoscopio che compone figure di reato differenti, ciascuna delle quali ha seguito percorsi distinti, anche se non privi di influenze reciproche[103] .

Prima di osservare nel dettaglio il ruolo del reato di falso in bilancio quale strumento per la lotta ad altre fattispecie criminose nel suo percorso normativo e nelle sue attuali potenzialità, occorre vagliare la possibilità di altre soluzioni che assolvano la medesima funzione.

Infatti un'altra possibile strategia che in passato si era fatta strada nelle Procure della Repubblica era quella di imputare la fattispecie di reato comune a tutela del patrimonio dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.). Il problema qui si pone in termini rigorosamente normativi, dipendendo tutto dalla formulazione della norma. In taluni ordinamenti, ad esempio quello spagnolo, la corrispondente fattispecie punisce qualsiasi "appropriazione o distrazione di cose mobili o attività patrimoniali ricevute in deposito, commissione o amministrazione o a qualsiasi altro titolo dal quale derivi un obbligo di consegna o restituzione" (art. 252 c.p. a cui si aggiunga l'ipotesi aggravata in rapporto all'art. 295 c.p. sull'infedeltà patrimoniale) mentre, è noto, il nostro art. 646 c.p. punisce esclusivamente condotte di appropriazione di cose mobili altrui di cui l'agente abbia a qualunque titolo il possesso. Le conseguenze di questi divergenti definizioni si manifestano anche rispetto al problema dell'abusiva utilizzazione di denaro della società, da parte degli amministratori, per la costituzione di riserve occulte[104]. Nel sistema spagnolo, infatti, la dottrina prevalente riteneva applicabile l'art. 252 c.p. alle ipotesi di appropriazione definitiva dei beni, riservando all'art. 295 c.p. le condotte di indebito uso temporaneo.

In Italia invece la giurisprudenza di legittimità in un primo momento aveva ritenuto applicabile la fattispecie a condotte distrattive del patrimonio sociale, dirette a pratiche corruttive o finanziamento ai partiti politici, perché, rilevava la corte, il termine "appropriarsi" non significa soltanto annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui bensì anche disporne, arbitrariamente,

[103] MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* n.4/2012.
[104] SEMINARA S., *Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali,* in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014.

uti dominus sotto qualsiasi forma[105]. Questa soluzione è stata aspramente criticata dalla dottrina perché la destinazione dei beni al pagamento di tangenti desumeva uno scopo illecito estraneo all'oggetto sociale ma volto a conseguirlo, il che rende incompatibile questa nozione di appropriazione indebita con l'idea di dominio che deve esercitarsi sulla cosa mobile altrui, l'idea della creazione di un'autonoma signoria sul bene espropriandone con ciò stesso il *dominus*[106]. La stessa corte di legittimità tornerà successivamente sul tema stravolgendo l'orientamento precedente ed arrivando ad affermare che "deve escludersi che possa essere qualificata come distrattiva, e tantomeno come appropriativa, un'erogazione di denaro che, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda a un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale"[107].

Ne consegue, è facile intuirlo, che la via per incriminare la costituzione di riserve extrabilancio appare sbarrata e l'unica strada percorribile torna ad essere l'imputazione delle false comunicazioni sociali.

In questa fattispecie la tematica delle riserve occulte si intreccia con quella del c.d. falso qualitativo, cioè quella falsità che interviene non sull'entità di una posta di bilancio, bensì sulla causale delle stesse, per cui viene indicata, ad esempio, una passività impiegata per una consulenza tecnica, mentre la fuoriuscita di denaro è propedeutica alla commissione di altri illeciti. Occorre dunque capire se una condotta di questo tipo sia punibile alla luce della nuova disciplina o se permangano difficoltà applicative come nella normativa precedente. In dottrina il punto di partenza per l'analisi di questi aspetti è dato dalla distinzione fra riserve c.d. "liquide" e riserve c.d. "illiquide". Queste ultime sono un dato scaturente per lo più da una sottovalutazione delle poste attive o da una sopravvalutazione di quelle passive, mentre è con le riserve liquide che si crea un vero e proprio flusso di denaro o di valori che vengono drenati dalla società ed allocati presso conti o depositi non ufficiali o ancora presso soggetti che fungono da prestanome[108]. Non

[105] Cass. Pen., Sez. II, 4 aprile 1997, n. 5136, Bussei, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997.
[106] PEDRAZZI C., *Sui limiti dell'«appropriazione», in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997.
[107] Cass. Pen., Sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, Cusani, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.
[108] CANTONE R., *Formazione di riserve occulte da parte dell'impresa destinate all'illecito finanziamento dei partiti politici. Profili di rilevanza penale.*, in *Cassazione penale*, fasc. I, 1997.

è il caso di dilungarsi sulle diverse e fantasiose modalità con cui, specie nelle realtà societarie di grandi dimensioni, gli amministratori riescono a creare provviste disponibili. Basti qui osservare che in passato, quando era vigente la formulazione originaria del reato che stiamo analizzando, si era largamente dubitato dell'illiceità delle riserve illiquide data la difficoltà di individuare il delitto nei casi in cui la falsa comunicazione riguardasse più che fatti veri e propri delle mere rappresentazioni, mentre secondo l'orientamento dominante il problema non si poneva per le riserve liquide dove venivano in discussione non mere valutazioni ma fatti economici tangibili. In realtà una parte della dottrina non ha mancato di rilevare come "la distinzione tra riserve liquide e illiquide, per quanto giustificata sul piano sia delle tecniche di formazione che delle loro finalità, non sembrasse in grado di trovare riscontro in una formulazione del reato di false comunicazioni sociali ancorata alla redazione del bilancio di esercizio, prima della quale le riserve non hanno rilevanza giuridica"[109]. Né rileverebbe in tal senso la indubbia maggiore pericolosità delle riserve liquide perché il teologismo immanente ad esse non consentirebbe comunque una distinzione con le riserve illiquide nel paradigma delle false comunicazioni sociali.

Abbiamo già avuto modo di osservare, infatti, come il d. lgs. 61/2002 abbia sovraccaricato la descrizione del fatto vietato, così come quella dell'elemento soggettivo, finendo per ridurre l'effettiva operatività della tutela penale in materia. Infatti per la contravvenzione occorreva non solo che la condotta di alterazione dei documenti contabili fosse idonea ad ingannare i terzi, ma si richiedeva anche un doppio dolo: il primo riferito all'alterazione ed uno ulteriore volto ad ottenere da questa un profitto ingiusto. D'altra parte, sono state introdotte ben tre soglie di rilevanza minima della condotta illecita, per cui i fondi non contabilizzati rilevavano penalmente per le norme in esame solo quando superassero tali livelli. Persino nel più grave caso di verificazione di un danno patrimoniale come conseguenza della condotta di alterazione dei documenti, il delitto era perseguibile a querela di parte (salvo che per le società quotate in borsa)[110]. Ma i *deficit* di implementazione derivavano anche dalla brevità dei termini di prescrizione: la contravvenzione si estingueva dopo quattro anni dalla sua consumazione. Meno

[109] SEMINARA S., *Riserve extrabilancio*, cit., p. 76.
[110] MILITELLO V., *Fondi neri*, cit., p. 911.

facile era del resto che l'utilizzo di riserve non contabilizzate a fini di corruzione potesse integrare il più grave delitto di cui all'art. 2622 c.c. vecchia formulazione. A tal fine sarebbe stato necessario dimostrare che ad esito dell'operazione, anche se contraria a regole interne della società, questa avesse sofferto un danno patrimoniale: il che appunto è difficile che si verifichi, in quanto di norma operazioni del genere sono volte ad ottenere un vantaggio per chi opera; per lo più, il relativo costo viene assorbito dalla politica dell'impresa che, a sua volta, nel complesso mira ad ottenere un utile. A ciò si aggiunga, sul piano squisitamente inquisitorio, che la riduzione delle pene impediva alle Procure di disporre mezzi di ricerca della prova particolarmente incisivi, quali le intercettazioni, anche ambientali, o misure cautelari nei confronti degli indagati.

Dunque a ragione la dottrina all'indomani della riforma dei reati societari del 2002 aveva affermato che il falso qualitativo era escluso dall'ambito della rilevanza penale, in quanto il legislatore aveva voltato le spalle alla trasparenza dell'informazione societaria per individuare l'oggetto della tutela del reato nell'interesse patrimoniale di soci e creditori. Una conferma di questa *voluntas legis* derivava dall'uso dell'espressione "la punibilità è comunque esclusa" prima di indicare le soglie di punibilità. Secondo la dottrina dominante[111] il "comunque" era da intendersi come riferito a tutti i casi in cui fosse possibile utilizzare le soglie, non dunque al falso qualitativo. Del resto anche la giurisprudenza di legittimità aveva avallato questo orientamento affermando *apertis verbis* che "il c.d. falso qualitativo, che riguarda la mera falsità della causale della voce esposta [era] certamente estraneo alla nuova configurazione delittuosa del falso in bilancio"[112].

Tenendo a mente le riflessioni finora effettuate, ben si colgono le attuali potenzialità applicative delle false comunicazioni sociali quale "grimaldello" nelle mani degli inquirenti alla luce della recente riforma. *Prima facie* non si può dubitare, nonostante tutte le criticità finora riscontrate sulla nuova disciplina, che al reato viene restituita la dignità che gli è propria, e ne emerge sicuramente

[111] PULITANÒ D. *La riforma del diritto penale societario, fra* dictum *del legislatore e ragioni del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, fasc. II; Nello stesso senso MORGESE G., *Brevi note sulla rilevanza penale del falso qualitativo (aspettando le Sezioni Unite)*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 30 marzo 2016.
[112] Cass. Pen., Sez. V, 15 giugno 2006, n. 26343.

potenziato. Per comprendere questo concetto basti pensare all'aumento della cornice edittale che consente oggi l'applicazione di invasivi ed efficienti mezzi di ricerca della prova, *deficit* primario nell'ottica delle Procure della Repubblica, e alla perseguibilità d'ufficio del reato.

Ma, come sappiamo, il piatto forte si gioca sulla rilevanza penale del falso qualitativo, o causale, di cui si è talvolta dubitato nei mesi di *querelle* interpretativa sulla permanente applicabilità della fattispecie alle valutazioni. Con la pronuncia delle S.U. che non lascia più alcun vuoto applicativo, il problema sembra quindi risolto alla radice, ma in realtà, a prescindere dall'interpretazione giurisprudenziale, non poteva dubitarsi della rilevanza del falso qualitativo perché con la nuova disciplina cambia a monte il fondamento ideologico del reato in esame. Il falso in bilancio oggi viene punito non per tutelare gli interessi patrimoniali di soci o creditori, bensì per proteggere l'interesse alla trasparenza dell'informazione societaria. La rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria ora viene in rilievo non più in una dimensione meramente contabile, bensì in rapporto alle scelte di investimento o disinvestimento da parte dei destinatari delle comunicazioni. Non dovrebbero quindi sussistere ostacoli ad ammettere che la corretta esposizione delle causali di entrate e uscite, significative sul piano economico, può rivestire rilievo ai fini delle decisioni degli investitori, in quanto consente di valutare la politica gestionale della società e quindi il suo reale avviamento, la sua solidità, la competitività e il grado di esposizione ad una responsabilità in base al d. lgs. 231/2001[113]. Né problemi applicativi possono sorgere da un'analisi dell'elemento soggettivo, infatti essendo venuto meno il dolo intenzionale di cagionare un danno a società, soci o creditori, che in passato escludeva la sussistenza del dolo laddove gli amministratori agissero senza essere coscienti del danno o anzi prospettando che la *captatio benevolentiae* del politico o del funzionario potesse giovare alla società, una condotta di tal genere risulta pienamente compatibile con la nuova disciplina. Il discorso non cambia se si considera il dolo specifico di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, dato che esso va inteso come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per

[113] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 816.

effetto diretto e immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. Il punto debole della disciplina semmai è che, nell'ottica di ribadire il rispetto del principio di offensività, anche se sono venute meno le famigerate soglie di punibilità, per rilevare penalmente il falso deve essere inerente a fatti materiali "rilevanti" (salvo che per le società quotate) e la condotta deve essere concretamente idonea ad indurre altri in errore[114], dove l'avverbio concretamente mira ad evitare un'astrazione del pericolo concreto, sotto l'egida di quella plurioffensività che aveva negativamente impregnato l'elaborazione dell'originario art. 2621 c.c..

Nonostante queste riflessioni, la pronuncia delle S.U. merita comunque un plauso anche nell'ottica di reprimere il reato di false comunicazioni sociali, quale fattispecie prodromica rispetto alla commissione di altri delitti, in particolar modo pratiche corruttive. Si è già fatto cenno infatti alla distinzione tra riserve liquide ed illiquide, ed abbiamo osservato che la costituzione di fondi neri passa proprio attraverso la creazione di riserve liquide che presuppongono l'emissione e l'utilizzo di fatture quantitativamente false o relative ad operazioni inesistenti, allo scopo di giustificare la fuoriuscita di liquidità dalle casse societarie. Ora, attenta dottrina ha sottolineato come la tematica della rilevanza penale delle valutazioni sia estranea alla condotta di costituzione di riserve occulte, perché simili condotte integrerebbero senza dubbio la rappresentazione di un "fatto materiale non rispondente al vero", e discorso analogo va fatto per le falsità c.d. qualitative, con ciò intendendo le falsità che sono riferibili ad un sostrato causale dei fatti oggetto di rappresentazione in bilancio senza incidere sui parametri numerici che misurano la dimensione patrimoniale e reddituale della società [115] . Potrebbe dunque ritenersi superflua un'applicazione della fattispecie ai falsi valutativi, ma non si deve fraintendere: infatti il falso in bilancio è definito un "reato grimaldello", utile strumento nelle mani delle Procure per accedere ai dati contabili di società e rinvenire eventuali falsità prodromiche alla commissione di

[114] GAMBARDELLA M., *Il "ritorno del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità.* The new regulation of the crime of false accounting, in *Cassazione penale*, fasc. 5, 2015.
[115] SCOLETTA M., *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le società*, n. 11/2015.

altri delitti. Dunque, se è vero che le condotte di falso valutativo non incidono sulla costituzione di riserve occulte, è altresì vero che l'esclusione delle valutazioni dall'ambito di applicabilità del reato, avrebbe costituito una sensibile riduzione dei suoi spazi applicativi, riducendo con essi le possibilità di indagine della magistrature. È quindi senz'altro apprezzabile la scelta delle S.U. di non lasciare alcun vuoto di tutela.

Alla luce di queste osservazioni possiamo affermare che sicuramente la l. 69/2015 ha cancellato dall'ordinamento due norme prive di razionalità interna e carenti di qualsiasi fondamento sia storico che comparato. Tuttavia non può dirsi che il legislatore sia stato particolarmente zelante nel ricostruire la fattispecie, dati i dubbi interpretativi che ha lasciato alla discrezionalità dei giudici e le difficoltà applicative che ancora permangono. Non può dirsi quindi che "il pendolo abbia compiuto per intero la sua oscillazione, passando dalla esasperata e indecente mitezza del sistema previgente a una disciplina estremamente severa. La sensazione, piuttosto, è che esso si sia fermato a mezza corsa"[116] e quindi il reale peso della nuova normativa non potrà che essere deciso nelle aule di tribunale.

[116] SEMINARA S., *La riforma*, cit., p. 824.

CAPITOLO II
EVOLUZIONE FENOMENOLOGICA E NORMATIVA: IL PUNTO DI INIZIO DELLA FATTISPECIE CORRUTTIVA

1. L'evoluzione della fattispecie nell'immaginario legislativo e nella realtà criminale.

"Così muore uno Stato. Il sottrarre ad altri per sé e per la propria fazione è più contrario alla salute dello Stato che la guerra e la carestia". Così Cicerone si pronunciava nelle sue famose orazioni per sostenere l'accusa contro il pretore della Sicilia, Gaio Licinio Verre.

Questo aneddoto sottolinea quanto il fenomeno della corruzione sia antico e come "da sempre (abbia) inquinato la natura umana" [117]. Peraltro attorno alla nozione di corruzione gravitano categorie che rimandano a moduli di comportamento illecito assai dissimili tra loro, e la cui natura non sempre appare immediatamente riferibile ad una medesima matrice teorica [118] . La rapida diffusione dei processi di corruzione ha reso vulnerabile la coscienza morale dei cittadini, sempre più motivati da sentimenti di ingiustizia e lo scenario che si mostra agli occhi di tutti è l'immagine di un sistema corroso da una moralità deviante che necessita di continue riforme.

Notevoli sono stati, infatti, i mutamenti che la fattispecie ha avuto nel corso della sua secolare storia, e ciò ha costretto legislatore e giurisprudenza a ripetuti interventi per adeguare, rispettivamente, la normativa e la persecuzione degli illeciti, alle nuove configurazioni del fenomeno.

L'illecito in esame può essere inteso secondo due diverse accezioni: quella "romanistica", che si fonda sul rigido divieto di accettare doni in qualsiasi modo collegati alle funzioni rientranti nella sfera dei pubblici poteri, e quella "germanica" per la quale l'essenza della figura si identifica con la compravendita di uno specifico atto d'ufficio. Le diverse configurazioni normative del delitto si

[117] BERGOGLIO J. M.-FRANCESCO, *Guarire dalla corruzione*, Bologna, 2013
[118]ROLLI R. e ARABIA G. *Come le termiti: corruzione e rimedi* in *GiustAmm.it* fasc 4, 2015

ispirano ad una o all'altra concezione [119] . In gran parte dei Paesi europei ed americani contemporanei ha prevalso l'idea c.d. mercantile (*id est* germanica) che esprimeva in modo notevolmente più pregnante la capacità offensiva specifica, in quanto sottende la vendita dell'atto della funzione, in aperto contrasto con uno dei caratteri più pregnanti dello Stato moderno,l'organizzazione basata sull'impersonalità formalistica, senza riguardo alla persona. La vendita dell'atto presuppone invece che il pubblico funzionario agisca come se la qualità rivestita ed i poteri a lui attribuiti siano beni di cui può disporre come un legittimo proprietario[120].

Dal punto di vista strutturale la concezione mercantile si regge su uno schema a duplice relazione, implicando l'instaurazione di un rapporto intenzionale bidirezionale.

1.1 Il modello ispiratore nel codice del 1930.

Il nostro originario impianto codicistico era evidentemente ispirato alla seconda delle accezioni citate. E ciò si desume dal ruolo centrale che nelle disposizioni assume l'elemento dell'atto d'ufficio [121] . Questa impostazione spiegava i suoi effetti anche sul momento consumativo del reato, che si verificava al momento della promessa o dazione di denaro o altra utilità, collegata ad un determinato (o quantomeno determinabile) atto. Occorre sottolineare, però, come la giurisprudenza fosse giunta ad una ampia nozione di "atto d'ufficio", che non veniva ridotta restrittivamente all'"atto amministrativo" , ma ricomprendeva anche le operazioni materiali, il silenzio, gli atti che non potessero qualificarsi come amministrativi e gli atti di diritto privato: in definitiva, ogni esercizio dei poteri inerenti all'ufficio.

---

[119] MANNA A., *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1999, fasc. 1.

[120] SPENA A., *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003.

[121] Il testo originario dell'art. 318 c.p. puniva "il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno."

L'elemento dell'atto d'ufficio spiegava un ruolo centrale nel nostro impianto originario non solo perche indicava inequivocabilmente che il reato di corruzione andava inteso come "compravendita di una data modalità di esercizio dei pubblici poteri", ma altresì poiché il suo diverso relazionarsi rispetto ai doveri d'ufficio permetteva di distinguere tra le varie ipotesi in cui il delitto in esame veniva ad articolarsi.

Ricordiamo, infatti, che in passato si poteva individuare una *summa divisio* tra la corruzione "propria" e "impropria" , dove il criterio distintivo era costituito dal diverso oggetto del *pactum sceleris*, nel primo caso riferito ad un atto conforme ai doveri d'ufficio, nel secondo contrario [122] . Un'altra importante distinzione tra le due figure di corruzione, quella tra la c.d. "antecedente" e "susseguente", ha la sua ragion d'essere nella diversa scansione temporale che intercorre tra la promessa o dazione e l'atto d'ufficio. Questa quadripartizione non è frutto di uno sforzo dogmatico, ma deriva dal sistema delle norme codicistiche. L'art. 319 c.p. puniva infatti con una pena più severa la "corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio" [123] , che si verificava quando vi fosse una trasgressione, da parte del pubblico ufficiale, di un dovere cui egli fosse tenuto in ragione del suo ufficio cioè in quanto preposto alla cura di certi interessi pubblici, risultando poi indifferente la fonte di tale obbligo. La L. n. 86/1990 ha eliminato sul piano sanzionatorio la distinzione tra corruzione propria antecedente e susseguente nell'ottica di una facilitazione probatoria, ma sul piano normativo essa restava valida [124] . La soluzione, giustificabile sulla base di esigenze di economia processuale, peraltro non risulta appagante e suscita perplessità in ordine alla ragionevolezza della parificazione, data la diversità ontologica delle due figure, che sono infatti caratterizzate da un diverso grado di offensività e riprovevolezza.

---

[122] MANNA A., *Corruzione e finanziamento*, cit., p. 122

[123] L'art 319 c.p., già prima della riforma recitava "Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare un atto del suo ufficio, o per fare un atto contrario ai doveri di uffici, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, ovvero ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da lire seicentomila a quattromilioni.[…] Qualora il pubblico ufficiale riceva il denaro o la utilità per aver agito contro i doveri del suo ufficio, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da lire duecentomila lire due milioni".

[124] Il testo della norma dopo la l. n. 86/ 1990 recitava: "Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per avere omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, e` punito con la reclusione da due a cinque anni."

Nel corso degli anni, l'analisi empirica dei fenomeni corruttivi nel nostro Paese ha messo in luce la difficoltà del modello mercantile di rispecchiare fedelmente la realtà criminologica emersa, portando ad una progressiva "svalutazione" del requisito dell'"atto d'ufficio", che è stata da un lato constatata dalla giurisprudenza, e dall'altro suggerita dalla dottrina con una serie di proposte di riforma ispirate proprio alla consapevolezza per cui la corruzione aveva perso il suo carattere negoziale, di compravendita, per divenire qualcosa di diverso, svincolato dall'individuazione di uno specifico atto del pubblico agente. Questo processo prende le basi da una tormentata vicenda che ha sconvolto il quadro istituzionale del nostro ordinamento: l'inchiesta "mani pulite".

1.2 La questione "tangentopoli".

E' il 17 febbraio 1992 quando l'ingegnere Mario Chiesa, esponente del Partito Socialista italiano, viene colto "con le mani nella marmellata" mentre intascava una tangente da un noto imprenditore monzese. In realtà il pool di magistrati che si occupava della vicenda ha più volte dichiarato di essere da molto tempo sulle tracce di ingenti bustarelle che venivano scambiate tra il mondo della politica e quello dell'imprenditoria, ma di non essere mai riusciti a concretizzare le indagini in soddisfacenti risultati repressivi, proprio a causa delle difficoltà applicative delle fattispecie, che obbligavano le Procure della Repubblica ad individuare un atto del pubblico ufficiale, ed una corrispettiva "retribuzione" da parte del privato.

L'inchiesta "mani pulite" farà emergere un sistema di illegalità preoccupantemente diffuso che, oltre alle ben note conseguenze sul piano politico, ha causato un profondo ripensamento del fenomeno corruttivo che, assieme alle spinte internazionali, hanno portato alle riforme degli ultimi anni.

Quali sono state le variabili messe in luce da tale esperienza? Innanzitutto lo stretto legame tra economia, politica e amministrazione. Gli illeciti perseguiti dalla Procura di Milano si inserivano in un sistema di interazione di ben precisi soggetti, localizzabili nella fascia alta e medio - alta della vita economica e

politico - amministrativa del paese[125]. Interazione degenerata ben presto in una totale confusione di ruoli già favorita dal massiccio intervento dello Stato nell'economia. Accanto a questi profili "soggettivi" ci sono anche ulteriori caratteristiche del fenomeno particolarmente interessanti. La continuità dei rapporti tra soggetti pubblici e privati era infatti assicurata dal decisivo ruolo di collante tra pubblica amministrazione e imprenditoria esercitato dalla "mediazione" politica. Proprio in questo sta il significato dell'aggettivo "sistemico" che efficacemente la dottrina ha attribuito alla corruzione a partire da questo momento, che distingue il caso italiano dalle forme di corruzione c.d. pulviscolare presenti in altri paesi.

Un altro aspetto significativo è costituito dagli elevati livelli di sofisticazione raggiunti nella prassi dei pagamenti illeciti, che hanno costituito un imponente ostacolo alla persecuzione degli stessi da parte della Procura.

La diffusione degli illeciti e la loro collocazione nei "piani alti" dell'economia e della politica hanno finito per riflettersi, come autorevole dottrina ha sottolineato[126], sul bene giuridico che essi ledono, non più limitato al buon andamento e all'imparzialità della Pubblica amministrazione, ma esteso all'integrità dell'economia nazionale, alle regole della concorrenza e allo stesso funzionamento delle istituzioni democratiche. Ancora occorre tener presente la natura diffusiva e "replicante" dei fatti di corruzione, che determina una vicendevole stimolazione della domanda e dell'offerta di tangenti, con l'esito di un'uscita degli onesti dal sistema[127]. Si è affermato che la corruzione tende ad autoalimentarsi e a erodere il coraggio necessario per aderire a più elevati *standard* di correttezza.

Ma cosa è stato davvero Tangentopoli? Quali sono state le particolarità del fenomeno che hanno portato ad un tale stravolgimento dell'ordinamento? La

[125]FORTI G. *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc. 2-3, pp 476-510.
[126] AA.VV., *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, fasc. 3, pp. 1031-1043
[127] VANNUCCI A., *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, fasc 1, pp. 75-86.

vicenda in esame presenta una serie di problemi, che sembrano potersi ridurre a tre tipi di emergenza: "processuale", "punitiva" e "politica"[128].

La prima forma di emergenza da analizzare è quella processuale, ispirata all'esigenza di dipanare l'enorme matassa giudiziaria che ha intasato gli uffici delle Procure, e che, onde evitare il rischio di un colpo di spugna surrettizio grazie al meccanismo della prescrizione, ha causato un uso smodato di strumenti eccezionali, volti ad accelerare la conclusione dei processi in forma variamente "patteggiata"[129].

Innanzitutto occorre sgombrare la mente da messaggi fuorvianti che equiparano la prescrizione ad un *abolitio criminis*. Infatti tra le cause di estinzione del reato va riconosciuto proprio a tale istituto il pregio di non coinvolgere neppure lontanamente il disvalore espresso dalla norma incriminatrice, come accadrebbe con altri interventi di natura legislativa quali l'amnistia.

Ma soprattutto occorre sottolineare che l'emergenza processuale in Italia è un dato costante e generalizzato, causato da problemi di natura sostanziale (dati dal numero eccessivo di reati commessi e accertati che sono troppi, ma, a monte, troppi sono i reati previsti dalle norme) e processuale (su questo versante si additano le deficienze dipendenti dall'ordinamento giudiziario, dalla disciplina normativa del processo e dalla scarsità dei mezzi a disposizione). Il rischio dell'oblio grava tanto sui reati in discorso quanto su tutti gli altri e nessuna peculiarità di tangentopoli consente di operare alcuna distinzione. Non pare infatti che possano ravvisarsi delle specifiche difficoltà probatorie, dato che i colpevoli spesso erano rei confessi o comunque raggiunti da elementi consistenti di colpevolezza. Non a caso si è osservato che, poiché i fatti di Tangentopoli hanno dato vita ad una crisi di legalità, è con il ritorno alla stessa che il fenomeno può essere combattuto, e ciò implica la necessità di processare coloro che hanno concorso a creare quel clima di corruttela. In un sistema penale orientato agli scopi ed ai valori dello stato di diritto non dovrebbe trovare nessuno spazio un potere di tipo indulgenziale che non sia orientato alle stesse ragioni di politica

[128] PADOVANI T., *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1996, fasc. 2-3, pp. 448-462

[129] Il 90% dei processi celebrati a seguito dell'inchiesta mani pulite si sono conclusi con patteggiamento o altri riti speciali

criminale che fondano le singole scelte incriminatrici, prime fra tutte quelle relative a meritevolezza e bisogno di pena. Diversamente ogni istituto clemenziale affidato a valutazioni di mera opportunità politica o convenienze di diverso genere integrerebbe una forma di *arbitrium principis*[130].

Sul piano dell'emergenza punitiva, le peculiarità del fenomeno sono dettate dal fatto che i reati per cui si procedeva erano (e sono) estremamente diffusi e radicati nel malcostume. Gli illeciti assumevano carattere sistemico, in quanto interagivano stabilmente con le regole di funzionamento di apparati burocratici e di strutture sociali [131] . Si profilava dunque l'esigenza di un accertamento tendenzialmente integrale, essendo necessario fare emergere l'intero sistema coinvolto, onde evitare la formazione di un capro espiatorio.

Per farlo bisognava sapientemente stimolare l'impulso alla confessione, e si è aperta allora la strada a trattamenti differenziati per chi abbia cooperato con la giustizia (patteggiamenti allargati, interdizioni *ad hoc,* etc.). Soluzioni di questo genere, per quanto suggestive, hanno fatto molto discutere. Innanzitutto se è vero che non tutti i reati commessi sono di fatto perseguiti, ciò non può impedire che siano perseguiti quelli accertati. Ma v'è di più. Comportamenti di questo genere sono stati giustificati sottolineando come vi fosse una crasi tra l'antigiuridicità formale dei reati tipici di Tangentopoli e il loro disvalore sostanziale, nel senso che essi erano sostanzialmente inadeguati a cogliere la natura del fenomeno cui venivano riferiti. Ciò era dato proprio dal carattere sistemico dei delitti che, peraltro, comportava anche notevoli difficoltà nella distinzione tra le varie fattispecie astrattamente configurabili [132] : ciascun *partner* degli illeciti si prospettava come ingranaggio di un meccanismo, il cui manovratore si collocava su un altro versante. Non dubitando dell' "inadeguatezza" delle precedenti fattispecie rispetto alla persecuzione di reati di tal genere, occorre sottolineare, però come tale circostanza sia più legata a valutazioni politiche, non potendo sopperirsi ai *deficit* normativi con trattamenti differenziati per gli autori di tali

[130] MOCCIA S. *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da tangentopoli* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc 2-3, 1996.
[131] PADOVANI T., *Il problema «Tangentopoli»*, cit., p. 453.
[132] PADOVANI T., *Il problema «Tangentopoli» cit.*, p. 454, afferma come nel sistema Tangentopoli "corruzione e concussione sembravano paradossalmente coesistere in un *continuum* che nessuna delle due fattispecie può infrangere in termini sicuri".

illeciti che si sono tradotti, nell'opinione pubblica, in un ulteriore ancor più odioso favore nei loro confronti.

Resta allora da valutare il piano dell'emergenza politica. I fatti di corruzione che sono stati commessi hanno assunto una dimensione ed una diffusione tali da modificarne lo stesso contenuto offensivo. Da reati posti dal legislatore a tutela del buon funzionamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, essi sono giunti a ledere l'integrità dell'economia nazionale, il corretto funzionamento del mercato e la tenuta stessa della compagine istituzionale, con effetti dirompenti sulla "tenuta" del patto sociale.

1.3 La crisi del modello mercantile.

Il modello mercantile della corruzione sembra richiedere da un lato un rapporto bilaterale basato sul dialogo tra le due parti, dall'altro che la ragione della corruzione sia sufficientemente determinata ma il panorama criminologico emerso in Italia ma non solo sembra orientarsi in una diversa direzione. Sul piano soggettivo si è determinata una divaricazione tra pubblico ufficiale e privato, determinata dall'intervento di un terzo soggetto, il mediatore, che assume un ruolo essenziale ridefinendo completamente il rapporto corruttivo. Il pubblico ufficiale tende a divenire un ingranaggio attivabile a piacimento del mediatore (e delle forze che egli rappresenta), con uno spostamento della "signoria del fatto". Sono state ricostruite alcune figure di "faccendieri"[133] accomunate dallo svolgimento di funzioni cumulativamente identificabili con la creazione di occasioni di incontro fra corruttori e corrotti, con la promozione di scambi occulti. Creata l'occasione, funge da collante tra le due parti, assumendo su di sé gran parte dei rischi che si corrono.

[133] In dottrina si è parlato di "faccendiere d'impresa" che è, appunto, l'uomo dell'impresa, la cui funzione essenziale è la mediazione della fiducia tra il mandante (impresa) ed i vari amministratori che abbiano un qualche interesse a "contrattare", sonda il terreno per individuare eventuali soggetti pubblici competenti rispetto al compimento di una certa attività, selezionando quelli corruttibili; un'altra figura individuata è il "faccendiere – portaborse" il quale, forte del legame di fiducia personale con influenti uomini politici, svolge un'opera di mediazione essenziale per evitare che il politico – mandante corra i rischi della partecipazione diretta nelle operazioni di scambio corrotto; ancora il "faccendiere di partito" assolve ad una funzione analoga ma nei rapporti tra privati e vertici dei partiti; Infine il "faccendiere in proprio" agisce senza vincoli di sorta, comportandosi come una sorta di "banca della fiducia" per chiunque sia interessato ad instaurare un rapporto corruttivo.

La presenza dell'intermediario non esclude che gli attori fondamentali della relazione permangano il corrotto ed il corruttore, ponendosi il faccendiere piuttosto come il *dominus* occulto della vicenda[134], mentre la sua condotta non potrà mai integrare il reato corruttivo a causa della mancanza della qualifica pubblicistica[135]. D'altra parte la figura del mediatore è ben nota e del tutto usuale nelle transazioni economiche e finanziarie ma nessuno dubita della persistenza di una struttura mercantile poiché a tal fine è necessario e sufficiente che vi siano due parti e che i loro interessi si incontrino in uno scambio attuale o potenziale di utilità.

Appare ben più difficile, invece, conciliare col modello mercantile un altro tratto emergente dalle esperienze empiriche, ossia la creazione di strutture di aggregazione che legano i soggetti pubblici tra loro e rispetto ai privati, rendendo così possibile che gli scambi avvengano in maniera continuata e stabile nel tempo. In altri termini emergono e si consolidano regole di comportamento che permettono la riproduzione allargata di un sistema ad alta corruzione[136]. Ciò si realizza sovente con una spartizione dei compiti, sicché non è più possibile rinvenire semplicemente chi dà i soldi e chi li riceve, ma nella relazione operano diversi soggetti (chi chiede i soldi, chi li riceve, chi li occulta ecc…). Talvolta è emersa finanche l'esistenza di veri e propri "comitati d'affare" con il compito di dividere i ricavi delle tangenti per assicurare una quota a tutti gli amministratori. Diventa difficile quindi reperire il legame tra la retribuzione pagata dal privato e l'atto retribuito, finendo le utilità in un unico grande calderone dalle quali vengono spartite tra i vari membri della consorteria criminosa[137].

Tuttavia l'esistenza di un'"organizzazione capitalista" degli illeciti non è idonea di per sé a soppiantare l'idea mercantile alla base dei rapporti corruttivi, perché se è vero che le complesse strutture aggregative hanno reso meno diretto il legame tra utilità ed atto, non lo recidono completamente, ma semmai lo sfaldano e lo spezzettano in una pluralità di passaggi intermedi. Diverso discorso vale per

[134] SPENA A., *Il «turpe mercato»*, cit., p. 45 evidenzia le differenze tra la figura dell'intermediario ed il semplice "servo astuto", capace di destreggiarsi agilmente in una delicata selva di ambascerie, promesse e ricompense.
[135] Da qui la necessità di prevedere apposite incriminazioni per il *trading influence*
[136] DELLA PORTA D., *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Il Mulino, 1992.
[137] SPENA A., *Il «turpe mercato»*, cit., p. 49.

le ipotesi in cui lo scambio vero e proprio venga preceduto, contornato o addirittura soppiantato da una serie di passaggi continuati di utilità, ripetuti e costanti che non hanno alcun legame con il compimento di una qualche attività da parte del soggetto agente, finanziamenti "gratuiti", cioè non immediatamente sinallagmatici, che mirano esclusivamente alla *captatio benevolentiae* del pubblico funzionario. Questi versamenti sono utili per tastare la corruttibilità dell'interlocutore, specie in assenza di un faccendiere, oppure per iscrivere l'ufficiale a libro paga per guadagnarne eventuali, futuri favori. In questi casi appare difficile riscontrare un rapporto mercantile tra le parti perché, appunto, si spezza il sinallagma, non può più parlarsi di compravendita di un atto perché ciò che viene messa a disposizione è la stessa funzione[138].

All'economia della mazzetta, quale corrispettivo dell'esercizio funzionale favorevole, si è sostituita, o si è aggiunta, l'economia dei favori e delle influenze[139], spesso non immediatamente tangibili e univocamente riconducibili al patto corruttivo.

La corruzione è dunque diventata sistema, cioè prassi stabile e strutturata, rete di relazioni e scambi illeciti coinvolgente molti gruppi sociali, dalle *èlites* ai comuni cittadini impegnati in piccole, quotidiane, attività illecite. In questo nuovo contesto, vedremo, emerge uno stretto legame tra la corruzione e la criminalità organizzata che dimostrano avere un DNA in comune, dal momento che entrambi i fenomeni sono accompagnati dalla creazione di un clima culturale di regole antagonistiche rispetto a quelle legali, di un sistema di valori deviato che comporta una progressiva limitazione delle libertà individuali. Ancora, le utilità per il corrotto ed il corruttore, diventano sempre più evanescenti, sia per le sempre più sofisticate tecniche per l'occultamento delle risorse e il pagamento illecito che

[138]Contra SPENA A.*, Il «turpe mercato», cit.,* p. 55 secondo cui quanto alla prima finalità se è vero che le condotte sono distanti dal modello mercantile, poiché si tratta di atti prodromici alla corruzione vera e propria che ne rappresenta l'obiettivo finale non può dirsi che esse siano idonee ad intaccare l'idea di fondo; Quanto alla seconda delle citate finalità al momento della remunerazione manca un preciso legame causale tra le utilità date dal privato e i favori del pubblico ufficiale, ma è altresì vero che le parti si accordano affinché in futuro, laddove il privato abbia bisogno, il funzionario si attiverebbe in sui favore nell'ambito delle proprie competenze, quindi quest'ultimo viene comunque remunerato perché, eventualmente, agisca all'interno delle proprie funzioni. Non manca dunque uno scambio fra le prestazioni.

[139] PALAZZO F., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico – sociali*, in *Cassazione Penale*, n. 10/2015.

rendono sempre più difficile rintracciare la tangente, sia perché la stessa mazzetta tende ad assumere connotati vari e fantasiosi[140].

Sono emerse quindi le ineffettività della disciplina italiana che impedivano una utile repressione del fenomeno così come si è configurato, e ciò non solo, come vedremo, per *deficit* intrinseci del nostro ordinamento penale (quale la disciplina della prescrizione) ma anche a causa dell'idea di fondo sottesa alle norme adibite al contrasto di questi illeciti, legata ad un rapporto duale, mercantile fra i due soggetti, che si consolida nella centralità dell'elemento dell'atto d'ufficio[141].

1.4 Il primo progetto di rivisitazione del sistema penale dei delitti di corruzione.

Le proposte di modifiche che a partire dagli anni '90 sono state avanzate dalla dottrina, e anche la riforma che si è avuta con la l. n. 190/2012, sono espressione di una più matura consapevolezza delle realtà fenomeniche dei delitti di corruzione, e comportano un radicale mutamento teorico. Si passa dalla citata concezione germanica, a quella romanistica, svincolata dall'individuazione di un atto d'ufficio.

Un primo punto di arrivo di questa evoluzione è dato dalla "Proposta in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti" avanzata dai magistrati del "Pool Mani Pulite" e da autorevoli esponenti della dottrina[142] nel corso di un convegno tenutosi all'Università Statale di Milano il 14 settembre 1994. Non è un caso che una delle prime proposte organiche di riforma dei delitti di corruzione sia stata elaborata, tra gli altri, da alcuni eminenti magistrati. Questo dato è indicativo di come nelle aule giudiziarie da tempo fosse presente la consapevolezza dell'inadeguatezza dell'impianto codicistico.

---

[140] DOLCINI E., *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2013.

[141] ALESSANDRI A., *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2013.

[142] Nel dettaglio gli autori della proposta sono: i S. Procuratori della Repubblica presso il Tribunale di Milano Gherardo Colombo, Piercamillo Davigo, Antonio Di Pietro, Francesco Greco e dai Professori Oreste Dominioni, Domenico Pulitanò, Federico Stella e dall'avv. Massimo Dinoia.

La proposta in discorso si basa su due pilastri: il primo comporta l'eliminazione della fattispecie di concussione e la semplificazione di tutte le ipotesi di corruzione in un' unica macrofattispecie, il secondo attiene alla previsione di una causa speciale di non punibilità volta a rompere il patto corruttivo.

Andando con ordine, l'unificazione della fattispecie risponde ad una pluralità di esigenze. Innanzitutto esigenze di "giustizia sostanziale", posto che tutte le ipotesi considerate presentano, aldilà delle innegabili diversità, un tratto fondamentale comune, cioè la strumentalizzazione del ruolo pubblico per l'ottenimento di compensi indebiti[143], e quindi tutte sono ugualmente lesive dei beni giuridici in gioco. In secondo luogo, le già note difficoltà di distinzione tra le figure di concussione e di corruzione, sono state rese ancor più evidenti dal contesto "ambientale" in cui si verificano i fatti corruttivi. Abbiamo già avuto modo di osservare come nel "sistema - corruzione", le fattispecie citate si trovino in un *continuum* che ne rende difficile la delimitazione.

L'esperienza Tangentopoli ha determinato infatti un tendenziale ridimensionamento degli spazi applicativi della concussione[144], in quanto nella maggior parte dei casi sottoposti al vaglio delle procure, era riscontrabile un "vantaggio" per il privato - imprenditore, e le dazioni di denaro e utilità erano frutto di una collusione a monte tra imprenditore e corrotto. Nonostante ciò, il quadro normativo e le esigenze di politica giudiziaria tendevano a privilegiare l'applicazione della fattispecie di cui all'art. 317 c.p., perché essa era più idonea a mettere in luce il carattere sistemico degli illeciti.

In presenza di relazioni consolidate tra soggetti pubblici e privati, si è infatti sempre parlato di "concussione (e mai di corruzione) ambientale", costruzione metagiuridica nata nel tentativo di venire incontro alle esigenze della prassi, data l'inattualità dell'assetto normativo previgente. Essa mirava a scavalcare l'impaccio rappresentato dal requisito dell' "induzione" da parte del pubblico ufficiale, in un contesto caratterizzato da un malcostume così diffuso che il pagamento avviene in modo automatico. Peraltro la tendenza delle procure ad imputare la fattispecie di concussione, piuttosto che quella di corruzione, era

[143] AA.VV., *Note illustrative*, cit., p. 1033
[144]FORTI G. *L'insostenibile pesantezza*, cit., p. 490

giustificata da un lato dalla già ricordata difficoltà di individuare un rapporto sinallagmatico tra pubblico ufficiale e privato, così come era richiesto dal sistema previgente, dall'altro dalla volontà di rinvenire, nel privato impunito, un'importante fonte di prova.

Partendo dalle difficoltà applicative e dalla constatazione per cui la fattispecie di concussione rappresenta un *unicum* nel panorama europeo, essendo prerogativa tutta italiana, la proposta di c.d. Cernobbio ne richiese l'abrogazione, considerando come nelle ipotesi di effettiva prevaricazione da parte del pubblico ufficiale, potesse applicarsi la fattispecie di estorsione aggravata.

Soluzioni di questo genere, per quanto possano apportare dei vantaggi in sede di applicazione delle norme, richiedono un profondo ripensamento dei rapporti tra cittadino e autorità. Non verrebbe infatti attribuito più alcun rilievo allo stato di soggezione del privato rispetto al pubblico ufficiale che non sia il risultato di un effettivo costringimento. Tuttavia un simile processo non può essere iniziato proprio con una modifica di norme penali che devono essere ispirate, nella loro introduzione come nella loro eliminazione, al canone di *extrema ratio*. Il legislatore del '30 nel prevedere la fattispecie di concussione sapeva bene che i pubblici ufficiali non hanno bisogno di avvalersi di "mezzi brutali" per conseguire indebite utilità, essendo sufficiente per loro far ricorso ad ambigue fraseologie, comportamenti surrettizi, velate allusioni. Un ripensamento di tal genere è sicuramente auspicabile, ma potrà aversi solo quando l'agire della Pubblica Amministrazione sarà davvero conforme ad un etica pubblica intesa nel senso dell'agire da parte del pubblico ufficiale con disciplina ed onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone al servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima[145].

Il secondo pilastro su cui si fondava la proposta in esame era la previsione di una causa speciale di non punibilità per il corruttore o il corrotto che, prima che la notizia di reato fosse iscritta nel registro generale a suo nome, e, comunque,

[145] CERULLI IRELLI V., *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, MERLONI F. – VANDELLI L. (a cura di), Firenze, 2010, p. 90

entro sei mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunciasse, fornendo indicazioni utili per l'individuazione degli altri responsabili[146].

La *ratio* sottesa a tale istituto è, evidentemente, la necessità di rompere il patto corruttivo. Essendo i reati in esame plurisoggettivi, ciò favorisce la creazione di un regime di omertà che rende difficile l'accertamento e la persecuzione degli illeciti, e quindi si pone davanti agli inquirenti l'esigenza di rompere tale stretto legame tra corrotto e corruttore.

La previsione di norme di favore per chi tenga comportamenti di collaborazione con la giustizia, non sono nuove nell'esperienza italiana e internazionale. Il ricorso a simili strumenti avviene là dove si tratti di favorire il funzionamento di norme penali poste a tutela di interessi ritenuti più importanti. Gli ordinamenti di *common law* offrono la testimonianza di una fisiologica compatibilità dei collaboratori con il rito garantista cui si ispira il modello accusatorio. Lo strumento di uso più frequente è il *guilty plea,* cui è sotteso un accordo tra accusa e difesa per cui la dichiarazione di colpevolezza, unitamente all'impegno a rendere testimonianza contro l'eventuale coimputato, si traduce nella concessione di una serie di vantaggi. Anche negli ordinamenti (come quello italiano) in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale ci sono esempi di strumenti di natura premiale. Tuttavia in questo caso, data appunto l'obbligatorietà dell'azione penale, essi vanno riscontrati nel diritto penale sostanziale, ad esempio in attenuanti o cause di non punibilità. Si ricorre con frequenza a strumenti di questo genere nel settore dei delitti politici, dei delitti di associazione, o di altri delitti che toccano interessi statali importanti[147]. Infine anche nello stesso ordinamento italiano sono presenti numerose disposizioni che ricollegano un'esenzione di pena o una sua diminuzione a condotte di collaborazione processuale. In alcuni casi si tratta di comportamenti "riparatori" dell'offesa insita nel reato[148], in altri le disposizioni mirano ad evitare, con la

[146] AA.VV, *Note illustrative*, cit., p. 1037

[147] A titolo esemplificativo può ricordarsi il nuovo codice penale francese pubblicato nel 1992 che, all'art. 450-2, prevede, in tema di associazione a delinquere, l'esenzione di pena per colui che, "prima di ogni procedimento" abbia "rivelato l'associazione o l'accordo alle Autorità competenti e permesso l'identificazione degli altri partecipanti".

[148] L'art. 376 c.p., rubricato "ritrattazione", recita: "Nei casi previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373, nonché dall'articolo 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui

collaborazione del reo, ulteriori conseguenze negative dell'attività delittuosa[149], in altri ancora la condotta viene premiata esclusivamente in ragione del suo contributo all'accertamento degli illeciti e all'individuazione dei colpevoli[150].

Senza dilungarci troppo sulla opportunità di istituti di questo genere, che sarà meglio analizzata in seguito, è opportuno sottolineare che questa proposta è stata accolta solo con la l. n. 69/2015 che ha introdotto un'attenuante per gli autori dei reati di corruzione che collaborino con la giustizia.

Accanto a tali due pilastri fondamentali, la proposta di Cernobbio prevedeva anche un generale inasprimento delle pene che avesse una duplice funzione. Su un profilo simbolico, esso mirava a rafforzare la percezione di legittimità del sistema punitivo da parte dei cittadini, e quindi la sua concreta capacità orientatrice ed ordinatrice, in quanto solo un ordinamento penale sentito come giusto può portare la generalità dei destinatari a una obbedienza giuridica volontaria[151]. D'altro lato l'inasprimento sanzionatorio avrebbe fornito alla magistratura più mezzi per la lotta alla criminalità. Evidenti sono infatti gli effetti di pene più severe *in primis* sul computo del termine di prescrizione, ma anche sugli strumenti inquisitori (basti pensare alla possibilità di disporre intercettazioni e misure cautelari). Sulla base di questo approccio pragmatico, i redattori della proposta non si limitano a suggerire un aumento delle sanzioni ortodosse, ma auspicano l'introduzione di misure *lato sensu* sanzionatorie, quali una confisca per equivalente e il pagamento di una somma pari a quanto erogato dal corruttore a titolo di riparazione pecuniaria.

La proposta appena analizzata dà l'impressione di esaltare la funzione intimidativo - deterrente, ma anche simbolico - repressiva del diritto penale[152]. Tuttavia si tratta di un impianto di tipo poliziesco, secondo un orientamento panpenalistico che non rispecchia la tradizione garantista del diritto penale del

---

ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento".

[149] Si pensi alla riduzione di pena che, ai sensi dell'art. 630, co. 4 e 5 c.p., viene assegnata al concorrente nel delitto di sequestro di persona che si dissoci dagli altri e si adoperi affinché il soggetto passivo del reato riacquisti la libertà, o comunque affinché l'attività delittuosa non sia portata a conseguenze ulteriori.

[150] L'esperienza più significativa in tal senso è data dalle fattispecie di collaborazione processuale introdotte dalla legislazione antimafia: l. n. 82/1991 (Norme per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia) come modificata dalla l. n. 45/2001.

[151] AA.VV, *Note illustrative*, cit., p. 1034

[152] MOCCIA S. *Il ritorno alla legalità*, cit., p. 464.

fatto, pone problemi di uguaglianza e sembra estraneo anche al criterio di sussidiarietà dell'intervento penale che esige la funzionale ricerca di meccanismi di controllo extrapenale.

Eppure nel corso degli anni sono state molte le proposte che si avvicinavano a questa, specie con riferimento alla necessità di individuare strumenti idonei a rompere il patto corruttivo. Flick aveva suggerito una soluzione basata su tre punti fondamentali: a) il reato e la pena venivano estinti; b) chi ha pagato tangenti doveva versare una tassa sui profitti di regime; c) chi ha incassato indebitamente denaro non avrebbe più potuto esercitare una carica pubblica o politica[153].

Un provvedimento di condono secco era auspicato da Coppi[154] secondo cui i protagonisti del sistema illegale che si era dissolto con l'intervento della magistratura, erano ormai tutti lontani dalla politica, per cui perseguirli penalmente non sarebbe servito. Molto più utile sarebbe stata, secondo l'esimio giurista, una vera e propria amnistia che avrebbe, peraltro, salvato imprese su cui poggiava (e poggia) l'economia italiana.

Merita infine di essere registrata la proposta di Taormina che si sviluppava attorno a tre direttive: a) introdurre un processo semplificato, da svolgersi davanti al giudice per le indagini preliminari, a richiesta dell'imputato, non opponibile dal p.m., che, in ipotesi di affermazione di responsabilità, avrebbe comportato il dimezzamento della pena e, eventualmente, altre riduzioni di pena collegate a vari altri comportamenti del condannato (confessione, risarcimento del danno ecc…); b) introdurre una norma penale che permettesse di fare chiarezza sulle reali responsabilità degli imputati di tangenti, data la notevole confusione nel precedente panorama legislativo; c) prevedere un condono esteso a tutti i reati, compresi quelli di terrorismo, poiché una soluzione del genere applicata solo a talune categorie di reati si sarebbe concretizzata in una palese violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.[155].

Proposte come queste, seppur fondate su esigenze ragionevoli come la "pacificazione" sociale, l'evitare il rischio di prescrizione e l'eliminare i freni

[153] FLICK G.M., *Amnistia (senza amnesie)*, in *Il sole 24 ore*, 18 agosto 1995, p. 6
[154] Cfr. *Il corriere della sera*, 2 settembre 1995, p. 9.
[155] Cfr. *il Corriere della sera*, 20 agosto 1995, p. 2.

all'economia, sono lontanissime dai principi dello stato di diritto e del diritto penale del fatto.

Da queste proposte dei primi anni '90 è stato necessario quasi un ventennio e notevoli spinte internazionali perché si pervenisse ad una complessiva riforma del sistema dei reati di corruzione.

1.5 Dal dinamismo internazionale alla l. n. 190/2012.

Dunque la corruzione ha visto cambiare i suoi connotati. Accanto a quella burocratico – amministrativa - pulviscolare, che ha carattere episodico e coinvolge pubblici amministratori in posizione non apicale, si è consolidata quella politico – amministrativa - sistemica che presenta una struttura molto più complessa e articolata, sia perché coinvolge vari livelli delle istituzioni, compresi quelli apicali, sia perché è regolata da complessi e sofisticati meccanismi che ne determinano la diffusione sistemica[156]. In questo tipo di corruzione il patto assume caratteri molto particolari dal punto di vista soggettivo ed oggettivo.

Sotto il primo profilo, occorre sottolineare come venga meno il carattere rigorosamente "duale", in quanto accanto ai "tradizionali" corrotto e corruttore, sono coinvolti altri soggetti con ruoli diversi. Basti pensare al ruolo svolto dai partiti politici o altri "centri di potere", che svolgono funzione di regolazione e garanzia di complessi meccanismi corruttivi e costituiscono i terminali delle tangenti, e alla nuova figura degli intermediari.

Ma anche dal punto di vista contenutistico molte sono le peculiarità di questo nuovo tipo di corruzione. La prestazione del corrotto infatti non ha più necessariamente ad oggetto un atto d'ufficio ma anche una generica attività di "influenza" sul pubblico ufficiale competente ad emanare l'atto, oppure la stessa funzione o qualità del pubblico agente. Quanto alla prestazione del corruttore, non sempre essa si riduce alla classica, mera dazione di denaro, potendo concretizzarsi in varie attività, ad esempio, destinate al consolidamento del consenso politico. Inoltre sono sempre più sofisticati i meccanismi di occultamento delle tangenti, che richiedono innumerevoli sforzi da parte degli inquirenti. Infine non si può

[156] CINGARI F., *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2012.

trascurare una forma particolarmente insidiosa di corruzione sistemica che alligna nel conflitto d'interessi ed in base al quale la tangente finisce per "liquefarsi" e a non svolgere più il ruolo di corrispettivo della condotta del pubblico ufficiale[157]. Il corrispettivo in questo caso è costituito dallo stesso atto del pubblico agente che è al contempo autore e beneficiario della tangente.

Non abbiamo mancato di sottolineare come in questo nuovo contesto di illegalità, muta anche il bene giuridico leso da tali reati. Infatti oltre al buon andamento e all'imparzialità della Pubblica amministrazione, essi producono effetti dannosi di carattere economico e politico-istituzionale. La corruzione infatti incide negativamente sullo sviluppo economico perché amplia la spesa pubblica e ne altera la razionale distribuzione, scoraggia gli investimenti stranieri, "strozza" la concorrenza. Inoltre essa pregiudica la legittimazione democratica dell'azione degli apparati pubblici, mettendo in pericolo la stessa tenuta del patto sociale.

Davanti a questa ottenuta consapevolezza delle modifiche fenomenologiche che hanno caratterizzato l'evoluzione della corruzione, si è però verificata una vistosa asimmetria. A livello internazionale infatti si è assistito ad un grande dinamismo volto alla promozione di una strategia globale di contrasto al fenomeno, mentre a livello interno ci sono state più attenzioni sul piano applicativo che su quello legislativo per circa un ventennio.

A partire dalla metà degli '90 sono nate vere e proprie Convenzioni internazionali con cui si è predisposta una lotta coordinata alla corruzione e la creazione di organismi con il compito di monitorare il livello di effettività delle politiche anticorruzione nazionali [158] . Precedentemente le organizzazioni internazionali si occupavano del fenomeno solo in via indiretta, nel più ampio obiettivo di tutela degli interessi finanziari delle stesse. La consapevolezza per cui il pericolo per le istituzioni dei singoli stati, si traduce anche in una crisi di fiducia nella legalità delle istituzioni internazionali e in una lesione delle condizioni fondamentali della convivenza nella comunità internazionale, porta ora ad ambire ad un traguardo più ambizioso, cioè l'armonizzazione della disciplina della corruzione attraverso la promozione di strategie globali di contrasto. In particolare

[157] CINGARI F., *La corruzione pubblica*, cit., p. 80
[158] Si allude al GRECO (Gruppo di Stati Contro la Corruzione) costituito nell'ambito del Consiglio d'Europa e al WGB (gruppo di lavoro sulla corruzione) istituito presso l'OCSE.

gli strumenti più importanti adottati a tal fine sono le Convenzioni (civile e penale) del Consiglio d'Europa del 1999, la Convenzione ONU di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale, e soprattutto quella dell'ONU di Merida del 2003.

Tali convenzioni richiedono innanzitutto misure preventive di natura extra-penale, quali meccanismi di risarcimento per le vittime, la tutela dei *whistleblowers*, o la semplificazione delle procedure amministrative.

Notevoli sono gli apporti delle convenzioni sul piano repressivo, su cui si muovono in più direzioni. Si assiste in primo luogo al mutamento della struttura della fattispecie e ad una progressiva anticipazione di tutela, ottenuta ad esempio con l'incriminazione della condotta istigativa alla corruzione. Si perdeva la distinzione tra corruzione per atto conforme e per atto contrario. In questa scelta si ravvisa la volontà di svincolare la fattispecie dal concetto di compravendita di un atto individuato o individuale, per estenderla alla corruzione per esercizio della funzione. Una tale politica era coerente con l'obiettivo di combattere il fenomeno nella sua forma sistemica, caratterizzata, appunto, dal mercimonio della stessa pubblica funzione o qualità.

Inoltre le convenzioni richiedevano l'incriminazione del privato che dà o promette utilità. I sostenitori dell'abolizione della fattispecie di concussione trovano in tale richiesta un utile argomento a favore della loro tesi, perché tale reato sembra in violazione degli obblighi internazionali. Le convenzioni prevedevano poi l'incriminazione di una serie di condotte in connessione funzionale con la corruzione, quali il c.d. traffico di influenze illecite, la corruzione nel settore privata, la falsità in scritture contabili o l'autoriciclaggio.

In conclusione, le convenzioni richiedevano sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate alle fattispecie, e in ciò rientrava una necessaria rivisitazione della disciplina della prescrizione e della confisca.

A dispetto del dinamismo che si può registrare a livello internazionale, sul piano interno sono state molte le mancanze legislative ed anche nell'attuale disciplina permangono incertezze.

Nel 2009, infatti, il GRECO, nel suo "Rapporto di valutazione sull'Italia", ha formulato 22 raccomandazioni per il rafforzamento delle misure di carattere

repressivo e soprattutto preventivo, e la situazione non è migliorate nel 2011, quando lo stesso organismo, nell'ambito del meccanismo di *follow-up*, ha ritenuto analizzate in modo soddisfacente solo la metà delle suddette raccomandazioni.

Sul piano repressivo, in particolare, il legislatore è rimasto inerte fino al 2012, ponendo in essere, tutt'al più, provvedimenti in controtendenza che hanno deluso la comunità internazionale, oltre alla dottrina e giurisprudenza interne[159].

Ma era soprattutto sul piano dell'effettività della normativa italiana che si registravano le principali carenze. Tale *deficit* derivava da diversi fattori, culturali e giuridici. Sotto il primo profilo, si deve evidenziare un calo della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario nonché lo scarso rispetto di sé e della funzione. Sul piano squisitamente giuridico, a compromettere l'effettività della normativa concorrevano istituti di diritto processuale, quali il patteggiamento[160], e di diritto sostanziale, quale la disciplina di prescrizione e falso in bilancio.

Le inadempienze legislative hanno finito per incidere profondamente sulla dimensione applicativa dei delitti di corruzione, spingendo la giurisprudenza a forzare il dettato normativo per rispondere alle esigenze derivanti dalla prassi criminale. Esemplare in tal senso è il processo di "volatilizzazione" del requisito dell'atto d'ufficio che i giudici di legittimità avevano da tempo ritenuto non dovesse essere inteso necessariamente come atto determinato o determinabile[161]. Ne derivava una dilatazione applicativa della fattispecie coerente con gli obblighi internazionali e utile per le semplificazioni probatorie che essa produceva. D'altronde, però, siffatta interpretazione apportava una palese distorsione del dettato normativo, in cui l'atto d'ufficio aveva un ruolo centrale.

E' in questo contesto così travagliato che si inserisce la riforma dei reati di corruzione attuata con l. 190/2012.

Occorre premettere che la riforma nasce accompagnata da tre elementi di stranezza. In primo luogo essa viene originariamente "impacchettata" insieme a quella delle intercettazioni e della responsabilità civile del giudice. E' stato

[159] Si allude alla già accennata riforma dei reati societari attuata con la l. n. 61/2002, e alla riforma della disciplina della prescrizione attuata con l. n. 251/2005 (c.d. ex Cirielli)

[160] DAVIGO P., MANNOZZI G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, 2007, sottolineano come durante "Mani Pulite" i procedimenti si sono conclusi per il 90% con patteggiamento, contro una media del 30-40% e ciò ha contribuito a creare un clima di sfiducia nei confronti dell'intero sistema giudiziario.

[161] Cass. Pen., sez. VI, 13 agosto 1996, Pacifico; Cass. Pen., sex VI, 4 maggio 2006, B. e altri.

osservato [162] che questa scelta politica, ispirata al consueto modo di agire del nostro legislatore ("o tutto, o niente"), aggravava il rischio che il prodotto finale non presentasse quelle caratteristiche di ordine, precisione e sistematicità imposte dalla situazione. Tuttavia bisogna dare atto del fatto che queste perplessità si sono rivelate infondate.

Il secondo elemento di stranezza derivava dalla circostanza per cui la legge nasceva da un disegno presentato dal governo precedente in cui il fronte dell'azione di contrasto alla corruzione era spostato sul versante della prevenzione amministrativa, interna alla Pubblica Amministrazione, che rappresentava l'elemento più carente nel nostro sistema. Tuttavia tale approccio è andato pian piano riducendosi, per essere scavalcato dal *restyling* rafforzativo del sistema penale.

Infine, quanto alla terza stranezza, attenta dottrina[163] ha sottolineato come la maggior parte dei primi commentatori si siano soffermati sulla revisione della concussione, che presenta notevoli aspetti critici, pressoché ignorando le modifiche agli articoli sulle varie forme di corruzione, *in primis* l'art. 318 c.p., che, in realtà, sembrano essere la novità più significativa della riforma nonché uno dei suoi punti di forza.

Prima di procedere all'analisi separata delle singole fattispecie che costituiscono il nuovo sistema nella configurazione attuata con la l. n. 190/2012, come modificata dalla l. n. 69/2015, occorre evidenziare quali erano gli obiettivi essenziali della riforma del 2012.

Il primo, fondamentale obiettivo era quello di lanciare un messaggio chiaro al Paese: gli alti tassi di corruzione nella Pubblica Amministrazione non erano più tollerabili. Ricordiamo che la legge in esame nacque nel contesto di un governo tecnico costituito con il preciso scopo di risanare l'economia nazionale. Dati i danni, cui abbiamo già accennato, che la corruzione cagiona sul piano economico, non si poteva prescindere dalla lotta al fenomeno. Sarebbero stati opportuni, certo, interventi di più ampio respiro sul fronte della prevenzione ma, nonostante le

[162]PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2012.
[163] PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 228

polemiche che si sono sollevate, sarebbe stato folle sprecare l'occasione del disegno di legge già presente per ridisegnare il sistema della repressione penale.

Il secondo obiettivo derivava dalla necessità di adeguare la propria disciplina agli obblighi internazionali che abbiamo già analizzato. Obblighi che non esprimono mere indicazioni e raccomandazioni, ma vincolano il nostro legislatore ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost.[164]. In questo senso, a parte alcuni parziali adempimenti di obblighi derivanti dalla c.d. Convenzione di Bruxelles mediante la l. n. 300/200, gravi erano ancora le lacune nella disciplina nostrana. Di fronte a queste due esigenze, diventavano sterili le polemiche dei primi commentatori, che ritenevano si sarebbe dovuto procedere a riforme di respiro più ampio e che la normativa fosse stata condizionata da preoccupazioni su processi all'epoca in corso che riguardavano noti esponenti della scena politica[165].

La legge dunque mira a creare una normativa organica tesa ad implementare l'apparato preventivo e repressivo.

2. Le fattispecie di "concussione" e "induzione indebita a dare"

La riforma del 2012 ha profondamente inciso sulla fattispecie di concussione di cui all'art. 317 c.p., che rappresenta peraltro una delle norme dalla storia più travagliata del sistema.

Esso è da sempre considerato il reato più grave dell'intero titolo II del codice, perché racchiude in sé i due distinti disvalori dell'abuso del soggetto pubblico, lesivo del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, e della contrazione della libertà di autodeterminazione del

[164] L'art. 117, co. 1. Cost recita "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".
[165] DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di* corruzione, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012.

privato [166] , tuttavia le sue configurazioni nel corso della storia sono state molteplici.

Il codice Zanardelli prevedeva infatti, in distinte disposizioni, due figure di diversa gravità e quindi con un differente trattamento sanzionatorio: da un lato la concussione per costrizione [167] (c.d. "violenta"), dall'altro la concussione per induzione[168] (c.d. "fraudolenta"), la quale a sua volta comprendeva il più lieve caso in cui il pubblico ufficiale avesse ricevuto denaro o altra utilità solo "giovandosi dell'errore altrui". Le fattispecie erano distinte in ragione della diversa gravità dei disvalori in esse contenute a causa del diverso atteggiamento del pubblico ufficiale.

Il codice penale del 1930, profondamente innovando rispetto al passato, aveva configurato l'ultimo caso citato come una forma particolare di peculato[169] ed aveva riunito in un'unica fattispecie, l'art. 317 c.p. appunto, le due distinte condotte di costrizione e induzione, equiparandole nella previsione di pena.

La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione attuata con l. n. 86/1990, ha apportato alla norma solo modifiche marginali, quali l'introduzione tra i soggetti attivi, accanto al pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio, il mutamento dell'abuso "delle sue funzioni" nel più ampio abuso "dei suoi poteri", l'eliminazione della pena pecuniaria dalle cornice edittale.

La norma, nella sua previgente configurazione, era stata oggetto di un'interpretazione giurisprudenziale volta ad estenderne la portata per rispondere alle esigenze della prassi criminale. Il procedimento ermeneutico è culminato nella creazione giurisprudenziale di una vera e propria fattispecie *praeter legem*.

---

[166] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione – I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2013.

[167] L'art. 169 cod. Zanardelli recitava: "Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, costringe alcuno a dare o promettere indebitamente a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità, è punito con la interdizione perpetua dai pubblici uffici, con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore alle lire trecento".

[168] Ai sensi dell'art. 170 cod. Zanardelli commetteva concussione per induzione il "Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, induce alcuno a dare o promettere indebitamente, a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità"

[169] Cfr. art. 316 c.p. rubricato "Peculato mediante profitto dell'errore altrui"

Un ottimo esempio di tale processo è la sentenza della VI sezione penale della Corte di Cassazione, del 13 luglio 1998 (Salvi e altri)[170].

Il caso fu inquadrato nella c.d. concussione ambientale, in una prospettiva coerente con il rigoroso orientamento giurisprudenziale sviluppatesi nei primi anni '90, che ravvisava la fattispecie nella tacita imposizione di una prassi illegale che obbliga il privato al pagamento della tangente[171]. L'abuso in questo caso fu ravvisato nel ritardo con cui si diede inizio alla pratica, ma venne ricostruito in via implicita, infatti non fu provata la diretta congruenza del ritardo con l'abuso di potere richiesto dalla norma. Mancando gli elementi costitutivi della fattispecie di concussione, il fatto fu qualificato come concussione ambientale.

Questo approccio ermeneutico, sebbene giustificato dal'esigenza di reprimere pratiche illegali come quella *de qua*, si poneva in evidente contrasto con il principio di legalità e metteva in discussione lo stesso principio personalistico della responsabilità penale. Queste non sono solo affermazioni di principio ma hanno importanti risvolti pratici, come dimostra la vicenda processuale che, nel caso di specie, coinvolse gli amministratori sopravvenuti[172]. L'erosione della tipicità della norma, realizzata anche nell'esasperata ricerca di *escamotages* antiprescrizione, elideva così il requisito fondamentale della condotta dell'agente, venendo l'induzione a coincidere con il semplice *status quo* del pubblico ufficiale.

Su questa linea la S.C. inizialmente dilatò oltremisura il concetto di induzione, giungendo a ricomprendere condotte che, se non vi fosse stata una determinata prassi ambientale, sarebbero risultate penalmente insignificanti[173]. Successivamente ha corretto il tiro data l'ovvia violazione del principio di legalità, affermando che ai fini della configurazione del reato, deve necessariamente

[170] Nel caso *de quo* il privato imprenditore risultava aver erogato una tangente in più *tranches* agli amministratori preposti per incoraggiare ed ottenere l'adozione di un piano di lottizzazione necessario per la realizzazione della sua iniziativa imprenditoriale. Dalle risultanze processuali emerse che l'imprenditore si era deciso a pagare essendo pervenuto al convincimento che questa fosse l'"unica via" per ottenere il rilascio dei provvedimenti necessari, legittimi e dovuti, senza la cui adozione l'impresa, già in difficoltà economiche, sarebbe stata destinata a fallire.

[171] Cfr. Cass Pen., sez. VI, 29 aprile 1998 (Pancheri e altri)

[172] Uno degli amministratori sopravvenuti non aveva preso parte alla pattuizione illecita (peraltro desunta), non potendoglisi addebitare alcuna forma di abuso. Eppure egli, poiché era venuto a conoscenza della pattuizione stessa, e poiché aveva percepito una parte della tangente in esecuzione dell'originario accordo, fu condannato per concussione, oltre che per ricettazione, realizzata nel corso di un *iter* criminoso avviato da altri.

[173] Cfr. Cass. Pen., sez VI, 4 dicembre 2008, n. 45276.

sussistere un comportamento prevaricatore da parte del pubblico ufficiale, che induca il privato a sottostare all'indebita richiesta[174]

Non solo l'interpretazione, ma anche la frequenza applicativa della fattispecie è stata enormemente ampliata dalla giurisprudenza. Nonostante nel contesto di "ambientalità della tangente" si assista ad una sostanziale espansione della fattispecie di corruzione, dati gli innegabili vantaggi che i privati ricavavano dal pagamento delle bustarelle, la prassi applicativa sembrava non tener conto di questo dato, perché la concussione, gravitando attorno al concetto d'abuso, postulava una visione complessiva, protratta nel tempo, del rapporto tra soggetto pubblico e privato, e sembrava rispecchiare meglio la continuità dei rapporti caratteristica della corruzione sistemica[175], non potendosi poi tacere le esigenze di natura meramente processuale, quale quella di rinvenire nel privato, apparentemente vittima, un "utile" collaboratore.

Se da una parte questa interpretazione consentiva di estendere l'applicazione della fattispecie e quindi di non lasciare impuniti gli atteggiamenti abusivi dei pubblici ufficiali, dall'altra aveva il grande *deficit* di considerare troppo spesso vittime gli imprenditori, assicurando loro un ambito di impunità eccessivamente ampio.

A ben vedere la fattispecie di concussione rappresenta un *unicum* nel panorama europeo e internazionale, dove la tutela del privato è di gran lunga inferiore, ed è frutto dell'ossessione per il prestigio della Pubblica Amministrazione, che costituiva il *leit-motiv* di tutto il titolo II del libro II del codice Rocco, tutto proteso ad assicurare la assoluta fedeltà dei funzionari statali al regime fascista.

Prima di soffermarci sulla configurazione data alla fattispecie dalla l. n. 190/2012, un dato deve essere subito sottolineato: le citate fonti internazionali pattizie sono mute in materia di concussione. D'altra parte numerose istituzioni internazionali, prime fra tutte l'OCSE e il GRECO, da tempo esprimevano preoccupazioni verso l'uso troppo generoso di tale delitto da parte della magistratura, che rischiava di offrire al privato una semplice via di fuga dalla

[174] Cfr. Cass. Pen., sez VI, 23 giugno 2009, n. 26149.
[175] FORTI G. *L'insostenibile pesantezza*, cit., p. 497.

punizione, allegando di essere stato indotto al pagamento da una condotta abusiva del pubblico funzionario.

In questo contesto e con l'obiettivo di meglio ridefinire i rapporti tra concussione e corruzione che avevano suscitato tante critiche e altrettante difficoltà applicative, la riforma "spacchetta" l'originaria fattispecie dando luogo a due disposizioni: l'art. 317 c.p. rubricato "concussione" e l'art. 319-*quater* c.p. rubricato "induzione indebita a dare o promettere utilità". Occorre premettere in via preliminare che le due ipotesi riproducono perfettamente (quanto alla condotta del pubblico funzionario) le due sottofattispecie del previgente art. 317 c.p., con evidente continuità normativa degli illeciti.

Comune ai due reati è il requisito dell'abuso di qualità e poteri ma essi si distinguono innanzitutto sotto il profilo dei soggetti attivi, potendo il primo essere commesso solo dal pubblico ufficiale, mentre nel secondo, ad esso si accompagna l'incaricato di pubblico servizio. In secondo luogo la differenza tra le norme è data dalla condotta del pubblico funzionario che, ai sensi dell'art. 317 c.p. "costringe", mentre in base all'art. 319-*quater* c.p. "induce", taluno a dare o promettere denaro o altra utilità. Un'altra importante distinzione interviene sul sistema sanzionatorio, infatti da una parte il pubblico ufficiale è punito più gravemente nel primo reato, rispetto al secondo[176], ma soprattutto cambia la sorte del privato, che ai sensi dell'art. 319-*quater* è punito con reclusione fino a tre anni, mentre continua a restare impunito nell'art. 317 c.p..

Emerge un quadro composito in cui il legislatore ha deciso di affidare alla tutela dell'art. 317 c.p. tutti quei comportamenti abusivi da parte del pubblico ufficiale che si concretizzino in un'effettiva costrizione in capo al privato. A questo obiettivo mira da un lato la separazione delle condotte di costruzione ed induzione, ma anche la distinzione sotto il profilo soggettivo. La coazione psicologica del privato che il legislatore immagina a fondamento dell'incriminazione in esame, infatti, potrebbe ottenersi solo con i poteri coercitivi tipici della pubblica funzione[177]. Questa scelta ha suscitato tanti dubbi perché la

[176] Nell'art. 317 c.p. il pubblico ufficiale è punito con la pena da sei a dodici anni, mentre nell'art. 319-*quater* come modificato dalla l. n. 69/2015 , è punito con la pena da sei anni a dieci anni e sei mesi (prima da tre a otto anni)
[177] SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2013.

premessa per cui solo il pubblico ufficiale possa cagionare nel privato il *metus* necessario per costringere la sua volontà, non ha alcun fondamento. Infatti la concussione è prevaricazione, e la prevaricazione può ben realizzarsi con minacce che, pur senza coinvolgere prerogative apicali del funzionario, sono tali nell'odierna realtà della Pubblica Amministrazione da ingenerare uno stato di integrale soggezione del privato[178]. Ma v'è di più. La mancata estensione della concussione all'incaricato di pubblico servizio obbliga a ricondurre eventuali condotte effettivamente costrittive da parte di tale soggetto, sotto l'ipotesi di estorsione, ai sensi dell'art. 629 c.p. aggravata *ex* art. 61 n. 10 c.p, con la paradossale, conseguente applicabilità di una pena più elevata di quella prevista dall'art. 317 c.p[179]. I primi commentatori[180] non hanno mancato di sottolineare però come questo paradosso sia solo apparente in quanto nell'ipotesi di estorsione la pena più elevata sarebbe frutto di una circostanza aggravante comune, e pertanto nel caso concreto potrebbe essere neutralizzata dal riconoscimento di eventuali cause attenuanti laddove, per quanto riguarda il pubblico ufficiale, il maggiore disvalore che connota la sua condotta è punito da una cornice edittale maggiore.

Il problema è stato però risolto *per tabulas* da una delle poche modifiche apportate in materia dalla recente l. n. 69/2015 che, oltre ad introdurre il reato di cui all'art. 317 c.p. nel novero di quelli per cui è possibile applicare il nuovo istituto della riparazione pecuniaria, ha reinserito, all'art. 3, l'incaricato di pubblico servizio tra i possibili soggetti attivi.

Permane in entrambe le fattispecie il requisito dell'abuso di qualità o dei poteri da parte dell'agente, abuso che svolge un ruolo centrale e "portante" anche nel nuovo sistema dato che continua a porsi in rapporto di causa - effetto con la costrizione/induzione del privato, dando luogo a concetti logicamente distinti ma reciprocamente necessari e complementari: senza abuso la costrizione/induzione non assume le sembianze richieste dall'incriminazione (potendo al massimo rilevare per l'integrazione di altre fattispecie), parimenti un abuso che si fermi lì senza comportare alcuna coazione psicologica, non si traduce in una concussione

[178] PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 230.
[179] DOLCINI E., Viganò F., *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 242.
[180] SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 9.

(o induzione indebita) consumata. Le due forme di abuso sono molto simili fra loro e non pongono particolari problemi interpretativi: si ha abuso di qualità quando l'agente, per premere sull'interlocutore, si avvale indebitamente non più che del proprio *status*, facendo pesare la propria condizione personale al di fuori di un contesto comunicativo nel quale sarebbe fisiologico farlo; l'abuso di poteri, invece, consiste nell'avvalersi in modo distorto di poteri inerenti il proprio ufficio o servizio, esercitandoli concretamente o semplicemente minacciandoli. La valenza unitaria degli abusi si coglie nella illegittima strumentalizzazione della posizione e delle attribuzioni riferibili *lato sensu* alla Pubblica Amministrazione[181].

Le diversità tra la fattispecie di concussione e induzione ha ripercussioni anche sul profilo soggettivo dal lato passivo. Infatti possono considerarsi soggetti passivi del delitto *ex* art. 317 c.p. sia la Pubblica Amministrazione, di cui vengono lesi il buon andamento e l'imparzialità, sia il privato, che vede limitata la sua libertà di autodeterminazione. Viceversa in base all'art. 319-*quater* c.p., che punisce anche il privato che dà o promette denaro o altra utilità, sono da ritenersi lesi solo gli interessi della Pubblica Amministrazione: si è affermato che il privato "*etiam cactus, tamen voluit*", ed è proprio su quel *voluit* che vanno ricostruiti gli estremi di disvalore del fatto dell'*extraneus* all'amministrazione[182].

L'aver spacchettato l'originaria norma, con notevoli differenze sul piano sanzionatorio, pone il problema di distinguere le due nuove fattispecie per evitare le confusioni applicative che, nel sistema previgente, facevano storcere il naso alla dottrina interna e agli organismi internazionali.

2.1 I criteri di *discrimen* tra concussione e induzione indebita.

Prima della riforma del 2012, quando le condotte di costrizione e induzione erano racchiuse in un' unica fattispecie che le accomunava sul piano sanzionatorio, in dottrina non si era posto il problema di distinguerle. La maggior parte dei commentatori si dedicavano piuttosto a delineare il confine esterno della

[181] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 100.
[182] DOLCINI E., *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 settembre 2013

condotta induttiva, in particolare con riferimento alla figura dell'induzione in errore, problema valido tutt'ora.

Secondo una prima tesi, presente sin dai tempi del codice Zanardelli[183], induzione equivaleva ad induzione in errore, in quanto il privato si sarebbe risoluto a dare o promettere utilità solo ove costretto, o altrimenti, ingannato. Non ci sarebbero altri modi per coartare la volontà altrui[184]. L'unificazione apportata dal codice Rocco, dunque, non avrebbe comportato alcun mutamento nel significato dei termini.

Questo orientamento fu presto superato, ritenendo che in realtà indurre volesse dire sia ingannare che convincere, quindi l'induzione poteva presentarsi sia come induzione in errore, ma anche come determinazione del privato mediante un'opera di persuasione diretta ad esercitare una pressione su di lui[185]. Oltre alla frode dunque rilevava anche una condotta più blanda rispetto alla costrizione ma ugualmente idonea a suggestionare l'interlocutore. In questo senso l'inganno poteva compiersi sia con artifizi e raggiri, sia con la semplice menzogna, intervenuta ad esempio sul carattere indebito della dazione da parte del privato.

La prima tesi aveva il pregio di creare una distinzione concettuale netta tra le condotte di costrizione e induzione, eliminando in radice tutti i possibili dubbi applicativi. Questo pregio risultava però solo apparente non sembrando plausibile che due condotte così diverse tra loro potessero trovarsi l'una accanto all'altra. Sotto questo profilo la tesi dominante registrava più fedelmente il passaggio tra il codice del 1989 e quello del '30, in base al quale l'induzione alludeva alla coazione implicita, da ravvisare quando si impiegassero mezzi di persuasione, facendo intendere alla persona l'utilità di condiscendere alle volontà del funzionario.

Resta da valutare se, e quanto, spazio residui all'induzione in errore nell'attuale fattispecie. Se al concetto di induzione si attribuisce l'ordinario, comune significato di "determinazione", "orientamento", appare chiaro che esso

[183] Proprio da questa tesi deriva la gergale connotazione del reato di cui all'art. 170 cod. Zanardelli come "concussione fraudolenta"
[184] PAGLIARO A. - PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale vol.1. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
[185] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 108.

sia distante dalla nozione di errore: l'induzione agisce sulla volontà dell'interlocutore, l'errore sul suo intelletto.

In definitiva l'errore può occupare attualmente solo uno spazio minore. Per induzione ha da intendersi un'attività non vincolata a forme tassative, potendo consistere in ogni genere di pressione di minor cogenza, che potrà realizzarsi mediante lusinghe, ammiccamenti, ecc… e anche giovarsi di un errore in cui il privato venga fatto cadere, non però se l'errore si spinga sino a fargli credere che quando dà o promette sia dovuto[186]. In altri il privato deve risolversi alla dazione *obtorto collo*, nella consapevolezza di star subendo.

Quanto al rapporto tra le condotte di costrizione ed induzione era pacifica la distinzione basata sulle diverse modalità di condotta con cui il pubblico funzionario agiva sulla volontà altrui. Nel primo caso si trattava di una forma di pressione con una maggiore carica intimidatoria, che non lasciasse alcun margine di scelta al destinatario. Nel secondo caso, invece, la condotta si concretizzava in forme di suggestione di più blanda pressione morale[187].

A questa tesi potrebbe facilmente obiettarsi che essa lascia trapelare una distinzione basata sull'antitesi violenza assoluta/violenza relativa, ma se confrontiamo il reato di concussione con la sua forma "comune", cioè l'estorsione, notiamo un'asimmetria. Infatti quest'ultimo reato è caratterizzato proprio da una violenza relativa, intesa come forma di pressione che lascia un minimo ambito di scelta alla vittima, che lo distingue dalla fattispecie di rapina.

Tuttavia la tesi basata sulla diversa intensità psicologica della condotta risultava soddisfacente in un sistema nel quale la concussione era configurata come reato normativamente monosoggettivo.

Le modifiche alla fattispecie di concussione introdotte dalla l. n. 190/2012 hanno, ricordiamo, il duplice obiettivo di assicurare che il privato non si giovi di un ambito di punibilità eccessivamente ampio, e di ridefinire meglio i confini tra questo reato e la corruzione, onde evitare difficoltà applicative che avevano condotto la giurisprudenza ad interpretazioni opinabili. Tuttavia proprio con riferimento a tale secondo fine, non può dirsi che esso si sia realizzato. Molte sono

[186] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 109.
[187] GAROFOLI R., *Concussione e induzione indebita: il criterio discretivo e i profili* successori, in *www.penalecontemporaneo.it,* 23 settembre 2013.

le perplessità che l'attuale disciplina solleva, avendo tripartito il sistema dei reati *lato sensu* corruttivi tra "concussione", "induzione indebita" e "corruzione". È parso a taluni eccessivo e non rispondente al comune senso di giustizia eliminare la figura della concussione, ponendo sullo stesso piano di disvalore le condotte del pubblico ufficiale e del privato[188]. Tra le diverse opzioni possibili, si è scelta una via che fosse in linea con la nostra tradizione giuridica, ma al contempo in grado di assicurare una graduazione nella definizione delle condotte e nella conseguente risposta sanzionatoria[189].

Tuttavia questa scelta invece di definire meglio i confini tra concussione e corruzione, introduce una nuova figura intermedia, aprendo così nuove problematiche applicative che hanno richiesto l'intervento delle Sezioni Unite. Tre sono le posizioni emerse in giurisprudenza.

Un primo orientamento si ispirava al criterio discretivo che dominava nel periodo ante-riforma, e si basava sulle diverse modalità che connotano la condotta e quindi sull'intensità degli effetti psicologici prodottisi sul privato[190]. La condotta delittuosa deve sempre concretizzarsi in una forma di pressione psichica relativa (essendo, per il parallelismo con la fattispecie di estorsione, la violenza assoluta pacificamente esclusa) , che determina uno stato di soggezione nel destinatario, e che deve contenere una più o meno esplicita prospettazione di un male ovvero di un pregiudizio, di natura patrimoniale e non, le cui conseguenze negative il destinatario della pressione cerca di evitare dando o promettendo il denaro o altra utilità. L' unica differenza tra le due fattispecie consisterebbe, quindi, nel mezzo usato per la realizzazione dell'evento. La minaccia costitutiva di concussione sarebbe integrata da qualsiasi condotta che, anche senza divenire minaccia espressa, si caratterizzi in concreto come una implicita, seppur significativa e seria intimidazione, tale da incidere e in misura notevole sulla volontà del soggetto passivo. Alla base della dazione ci sarebbe dunque il timore di un danno minacciato dal pubblico ufficiale, il quale, facendo leva sulla sua posizione di preminenza, convince l'altro a dare o promettere qualcosa per evitare un male

[188] DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 244.
[189] SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 10.
[190] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 3093, Aurati; 21 febbraio 2013, n. 8695, Nardi; 8 aprile 2013, n. 16154, Pierri; 15 aprile 2013, n. 17285, Vaccaro.

peggiore. Nell'induzione, invece, il funzionario, utilizza la sua posizione di preminenza per suggestionare, persuadere o convincere a dare o promettere qualcosa allo scopo di evitare un male peggiore.

I richiami all'orientamento previgente sono tanto evidenti da sollevare il dubbio che in questa interpretazione, la giurisprudenza sia stata guidata dalla necessità di dimostrare l'assunto della continuità normativa rispetto alla precedente formulazione delle norme, piuttosto che da una obiettiva analisi ermeneutica delle nuove fattispecie. Infatti laddove ci si chieda se il suindicato criterio sia oggi idoneo a giustificare non solo un trattamento sanzionatorio più lieve per il pubblico ufficiale, ma anche la punibilità del privato nell'ipotesi di induzione indebita, emergono profili di problematicità. Infatti questo indirizzo, ravvisando il *proprium* del reato di cui all'art. 319-*quater* c.p., nella pressione psicologica più blanda, finisce per individuare nella sola mancata resistenza all'indebita pretesa dell'agente il disvalore della condotta del privato stigmatizzata dal legislatore del 2012 sancendone la punibilità.

Altra parte della giurisprudenza di legittimità ha quindi cercato di valorizzare elementi sintomatici ulteriori delle due fattispecie, idonei a favorire una più netta differenziazione.[191]

Si è sostenuto dunque che commette il reato di cui all'art. 317 c.p. il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o delle sue funzioni, impiega violenza o minaccia, intese come "prospettazione di un danno ingiusto", per ricevere indebitamente denaro o altra utilità. Viceversa il reato previsto dall'art. 319-*quater* c.p., è integrato dalla condotta di chi, per ricevere indebitamente le stesse utilità, prospetta "una qualsiasi conseguenza dannosa che non sia tuttavia contraria alla legge". In questa prospettiva nel secondo caso non potrebbe parlarsi di minaccia perche il danno non sarebbe *iniuria datum* e quindi mancherebbe la costrizione[192].

Il termine "costringe", indicherebbe qualunque violenza morale, attuata con abuso di qualità o di poteri, che si risolva nella minaccia di un danno ingiusto. Viceversa la punibilità del privato ai sensi dell'art. 319-*quater* co. 2, è giustificata

[191] Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 3251, Roscia; 15 febbraio 2013, n. 7495, Gori; 21 marzo 2013, n. 13047, Piccino.
[192] GAROFOLI R., *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 7.

proprio dal fatto che la conseguenza dannosa per lui sarebbe conforme alla legge quindi egli, pagando, di fatto mira ad un risultato illecito a lui favorevole[193].

Questo secondo orientamento si lascia preferire al precedente per almeno quattro ordini di argomenti tratti da un'interpretazione del rinnovato quadro normativo rispettivamente di tipo storico, costituzionalmente orientato, topografico e sistematico.

L'interpretazione storica impone di prestare la dovuta attenzione alle ragioni che hanno indotto il legislatore del 2012 a scorporare l'originaria fattispecie. Egli mirava infatti a stemperare il rischio che potesse sottrarsi alla pena il privato corruttore che si "mascherasse" da vittima di concussione. Questo dato induce a credere che l'art. 319-quater co. 2 c.p., nell'ottica del legislatore, dovesse stigmatizzare la condotta di chi, ancorché sottoposto ad una qualche pressione psicologica, perseguisse tuttavia un vantaggio illecito.

La suddetta impostazione è confermata anche da un criterio ermeneutico costituzionalmente orientato che suggerisce due distinte considerazioni. Da un lato l'art. 27 Cost. impone, affinché sussista responsabilità penale, che possa addebitarsi all'agente una condotta riprovevole, il cui disvalore non può consistere nella semplice mancata resistenza alla pressione (seppur blanda) da parte del pubblico ufficiale poiché un tale dovere di resistenza presuppone una concezione del rapporto Pubblica Amministrazione - cittadino oggi ancora assente nel nostro Paese. D'altro lato non può tacersi che un *discrimen* incentrato solo sul connotato di maggiore o minore incisività della pressione psicologica, di per sé di difficile accertamento, confliggerebbe con quei principi di tassatività e chiarezza a cui il sistema penale deve orientarsi e che hanno guidato il legislatore della riforma[194].

Soffermandosi sulla collocazione che è stata assegnata alla norma (interpretazione topografica), emerge chiaramente che, poiché l'art. 319-*quater* c.p. si trova non già dopo la norma che disciplina la concussione bensì dopo quelle che si occupano di corruzione, essa partecipa delle connotazioni strutturali essenziali di quest'ultima fattispecie.

---

[193] E' il caso dell'agente pubblico che, verificata una irregolarità fiscale in cui il privato è incorso, prospetti, per indurlo ad una prestazione indebita, l'esercizio legittimo del potere di accertamento e contestazione: il privato che, cedendo alle pressioni, pone in essere la dazione o promessa, in realtà persegue l'illecito obiettivo di sottrarsi al dovuto accertamento.

[194] GAROFOLI R., *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 9.

Da questa considerazione, e ponendoci su un piano sistematico, possiamo quindi osservare che la pena più attenuata per il privato prevista dall'art. 319-*quater* c.p. rispetto a quelle previste nei reati di corruzione, è indice del fatto che il legislatore sembra aver considerato questa fattispecie come una forma di corruzione, più che di concussione, attenuata dall'idoneità mitigatrice della pressione esercitata dal pubblico funzionario[195].

La seconda delle poche modifiche apportate dalla l. n. 69/2015 sembra confermare tale osservazione poiché, al di là dell'aumento della cornice edittale dell'induzione indebita, inserisce il reato nel novero di quelli per cui possono applicarsi il nuovo istituto della riparazione pecuniaria *ex* art. 322-*quater* c.p. e soprattutto la circostanza attenuante di nuova introduzione che prevede una riduzione di pena per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

Sulla base di questo secondo orientamento continuerebbero a rientrare nella fattispecie di cui all'art. 317 c.p. tutte le ipotesi di c.d. concussione ambientale, definita come il fenomeno in cui il funzionario si limitava a far valere nei confronti del privato una prassi da tutti riconosciuta, a tal punto che quest'ultimo giungeva a considerare la necessità di promettere o dare come un passaggio ineliminabile dell'*iter* amministrativo. Infatti il reato in discorso sarebbe integrato, abbiamo visto, dalla prospettazione di un "male ingiusto", senza che rilevino le modalità e le forme con cui il pubblico ufficiale realizza tale minaccia[196]. Per converso, integrerà la fattispecie di cui all'art. 319-*quater* c.p. la prefigurazione di un danno che sia conseguenza legittima dell'applicazione dei poteri attribuiti al funzionario dalla legge, senza che rileveranno le concrete modalità di pressione psicologica.

---

[195] Relazione n. III del novembre 2012 a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, in *www.penalecontemporaneo.it,* 20 novembre 2012

[196] Volendo fare un parallelismo, e sempre che la minaccia possa ritenersi implicita,: Cass. Pen., sez. VI, del 13 luglio 1998 (Salvi e altri), in cui l'imprenditore si era risolto a pagare a seguito di un reiterato atteggiamento ostruzionistico del pubblico ufficiale che non rilasciava un'autorizzazione edilizia del tutto legittima, sarebbe qualificata anche oggi, in base a tale orientamento, come concussione ambientale perché il comportamento ostruzionistico resta un mezzo idoneo a prospettare un male ingiusto.

Prima di passare ad analizzare la soluzione al problema fornita dalle S.U., per completezza va segnalato un terzo orientamento sviluppatosi in seno alla VI sezione della Corte di Cassazione che ha individuato un criterio "misto", un compromesso tra i due precedenti[197].

Il Giudice di legittimità, infatti, dopo aver ribadito esplicitamente la validità del criterio discretivo basato sulle modalità di condotta dell'agente pubblico, e quindi sull'intensità della pressione psicologica, affermava che, attesa la posizione di concorrente, non più di vittima, che il privato assume ai sensi dell'art. 319-*quater* c.p., il suddetto criterio andava integrato, valorizzando un elemento obiettivo, individuato nel tipo di vantaggio che egli consegue per effetto della dazione o promessa. La S.C. apriva così a due parametri tra loro "cumulativi". In sostanza pare che la Corte ravvisi l'"induzione indebita", laddove residui in capo al privato un significativo margine di autodeterminazione, e questo può essere desunto sia dalla forma della condotta posta in essere dal funzionario pubblico, sia dalla natura ingiusta del vantaggio eventualmente perseguito dal privato.

Tuttavia nel delineare questo criterio misto, ricordiamo che la Corte assegna al criterio dell'ingiustizia del danno prospettato un ruolo solo sussidiario e integrativo, quindi laddove venisse ravvisata una pressione blanda da parte del pubblico ufficiale, il reato potrebbe qualificarsi come "induzione indebita" a prescindere dal tipo di vantaggio perseguito, il che ripropone i problemi applicativi derivanti dal primo degli orientamenti analizzati, a cui si rinvia.

2.1.1 Le Sezioni Unite "Maldera" e l'applicazione successiva.

Le S.U., rigettando le posizioni emerse precedentemente, hanno enunciato il criterio della minaccia - non minaccia[198]. Elementi qualificanti sono in prima battuta, rispettivamente, il danno *contra ius* e il vantaggio indebito. L'approccio a tali elementi deve essere oggettivo ma allo stesso tempo deve estendersi a sondare la sfera volitiva e conoscitiva delle parti[199]. L'applicazione meccanica di un

[197] Cass. Pen., sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi.
[198] Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, Maldera.
[199] ORRÙ M. *Le sezioni unite sul* discrimen *tra concussione ed induzione indebita. Un primo passo verso la soluzione del problema* in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2014.

siffatto criterio, però, non è ritenuta idonea a risolvere i casi ambigui, c.d. *border-line*, per i quali viene proposto un approccio dinamico, attraverso l'integrazione dei parametri enunciati con tutti i dati circostanziali, quali ad esempio i beni giuridici in gioco.

Le S.U. partono infatti dall'affermare che i precedenti criteri elaborati dalla giurisprudenza non sono idonei , da soli, a tracciare in modo chiaro ed esaustivo la linea di confine tra gli artt. 317 e 319-*quater* c.p., le cui previsioni incriminatrici sono ben distinte, perché diverso è il trattamento sanzionatorio riservato al pubblico ufficiale, perché il privato riveste due posizioni diverse (vittima in un caso, concorrente nell'altro), ed ancora perché i beni giuridici tutelati non sono perfettamente sovrapponibili, in quanto la concussione è reato indubbiamente plurioffensivo, che lede l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione ma anche la libertà di autodeterminazione e il patrimonio del privato, mentre l'induzione indebita pare idonea a danneggiare solo gli interessi pubblici.

Da tali premesse, la S.C. sottolinea come sia necessario individuare un nuovo criterio che funga da *discrimen*, e come esso non potrà essere affidato alla sola ricostruzione del formale atteggiamento soggettivo delle parti, vale a dire le modalità dell'abuso da parte dell'*intraneus* e i riflessi sulla psiche dell'*extraneus*, perché un siffatto approccio interpretativo non sarebbe in grado di cogliere i dati di fatto oggettivi, dotati di maggiore tipicità. La maggiore o minore gravità della pressione, potrà quindi essere apprezzata solo in funzione del suo contenuto sostanziale.

Il verbo "costringe" di cui all'art. 317 c.p. non pone seri dubbi interpretativi. Esso, benché nell'impianto normativo indichi il risultato della condotta del pubblico ufficiale, svolge anche una funzione tipizzante della condotta medesima. In via generale la costrizione indica una "eterodeterminazione" dell'altrui volontà. Il suo significato però non va inteso in senso meramente naturalistico, ma va ricavato dal dettato normativo, vale a dire dai principi fondamentali del diritto penale e dai principi e valori costituzionali. La norma istituisce uno stretto collegamento funzionale tra l'esito della coazione e l'abuso della qualità o dei poteri, che richiama altri delitti, quali l'estorsione aggravata *ex* artt. 629 e 61 n.

10, con l'effetto che la costrizione va intesa come costrizione psichica relativa (*vis compulsiva*), laddove invece la *vis absoluta* rende il soggetto passivo mero strumento nelle mani del soggetto passivo, annullandone il potere di autodeterminazione (*non agit sed agitur*).

Dunque la fattispecie *ex* art. 317 c.p., è caratterizzata più che dalla costrizione in quanto tale, dall'abuso costrittivo, nel quale è implicito il riferimento alla violenza[200], o, più frequentemente, alla minaccia, uniche modalità idonee ad "obbligare" alla dazione.

La minaccia, ravvisa la S.C., è presente nel nostro ordinamento in due modelli. Da un lato abbiamo la minaccia - fine, sanzionata per l'offesa che direttamente arreca, a prescindere da un eventuale effetto di coartazione della vittima[201]. Dall'altro troviamo la minaccia - mezzo, tipica modalità di condotta che l'ordinamento punisce non solo per l'offesa all'integrità psichica della vittima, ma anche e soprattutto per l'offesa alla libertà di autodeterminazione del destinatario. È proprio a tale secondo significato che va ascritta la costrizione di cui all'art. 317 c.p.. Essa va intesa, per essere equiparabile ad una violenza che di per sé rappresenta un male, come prospettazione di un danno (leggi: "male") ingiusto, cioè *contra ius*, il quale concretamente può poi assumere varie forme: perdita di un bene legittimamente acquisito, mancata acquisizione di un bene di cui si ha diritto etc..

Chiarito in questi termini il significato del verbo costringere, la Corte si dedica all'art. 319-*quater* c.p., affermando che il concetto di induzione è spendibile come "condotta - evento", in quanto idoneo a descrivere sia comportamenti profondamente diversi tra loro, sia il risultato dei comportamenti stessi. Ciò è confermato dal fatto che il termine è utilizzato nel nostro ordinamento penale nei modi più disparati[202], che indicano diverse modalità di

[200]Possibile solo nell'ipotesi in cui il pubblico ufficiale disponga di poteri di contenzione o di immobilizzazione (si pensi all'agente di polizia).

[201] A titolo esemplificativo possiamo ricordare il reato di cui all'art. 612 c.p. e all'illecito aquiliano *ex* art. 2043 c.c.

[202] La S.C. rileva che il nostro codice prevede fattispecie di reato che disciplinano i casi di induzione "semplice", dove compare in modo assoluto (es. art. 600-*bis* c.p.), e casi di induzione "combinata", in cui si descrivono determinate modalità di comportamento che caratterizzano l'induzione in vario modo, ad esempio quella "abusiva" (es. art. 319-*quater* c.p.), quella "fraudolenta" (es. art. 640 c.p.), quella "corruttiva" (es. art. 322 c.p.) e quella "violenta" (es. art. 377-*bis*).

condotta ma sono accomunate dal medesimo risultato: quello induttivo, che nel linguaggio comune si differenzia da quello costrittivo per il più tenue valore condizionante. Tuttavia la Corte deve arrendersi all'evidenza per cui, a parte questa affermazione generica, la nozione di "induzione", isolatamente considerata, rimane contrassegnata da notevoli margini di incertezza, il che impone di andare ad individuare il suo preciso significato nel contesto che a noi interessa, vale a dire proprio nell'art. 319-*quater*, dove esso spiega una funzione residuale rispetto al verbo "costringere" presente nell'art. 317 c.p., mirando a coprire gli spazi lasciati scoperti da quest'ultima norma. Ciò trova riscontro anche nella clausola di riserva con cui l'art. 319-*quater* c.p. si apre ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") che indica una progressività di disvalore tra le due norme.

In questo contesto, fermo restando che il reale significato dei termini anche qui non va inteso in senso meramente naturalistico bensì va ricavato dall'impianto normativo, indice rivelatore del significato di induzione diventa la previsione della punibilità del privato. Occorre valutare se la volontà di quest'ultimo sia stata "piegata" dall'altrui sopraffazione, inteso nel senso di "condizionata" o "orientata" da pressioni di vario genere che non si traducano però in una minaccia che, abbiamo visto, tipizza la fattispecie di concussione. La minaccia è quindi estranea all'induzione indebita, ed allora il criterio discretivo tra il concetto di costrizione e quello di induzione va ravvisato non, come in passato la giurisprudenza ha affermato, nella dicotomia male ingiusto – male giusto[203], che rischia di creare qualche equivoco interpretativo, bensì in quella tra minaccia – non minaccia. Ne consegue che si integrerà il reato di induzione indebita in presenza di tutte quelle condotte di persuasione, suggestione, allusione, silenzio, inganno (purché non incida sulla doverosità della dazione) etc., purché tali atteggiamenti non si risolvano nella minaccia di un danno antigiuridico, senza alcun vantaggio indebito per l'*extraneus*. Tale vantaggio assurge a criterio - essenza della fattispecie induttiva, il che giustifica la punibilità del privato.

Considerato che l'obiettivo principale della norma è di disincentivare forme di sfruttamento opportunistico della relazione viziata dall'abuso della controparte

[203] Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 3251, Roscia.

pubblica, è certamente esigibile dal privato il dovere di resistere alla pressione induttiva del pubblico ufficiale.

Concludendo il suo percorso ermeneutico la Corte evidenzia che il funzionario pubblico, ponendo in essere l'abuso induttivo, opera da una posizione di forza e sfrutta la situazione di debolezza psicologica del privato, il quale "cede" alle pressioni non per evitare un danno *contra ius* bensì per conseguire un vantaggio indebito.

Avvertono le SU che il "danno ingiusto" e il "vantaggio indebito", quali elementi costitutivi impliciti rispettivamente della condotta costrittiva e quella induttiva, devono essere apprezzati con approccio oggettivistico che deve però necessariamente coniugarsi con la valutazione della proiezione di tali elementi nella sfera conoscitiva e volitiva delle parti. In altri termini un accertamento corretto potrà aversi solo con la verifica del necessario intreccio tra gli elementi oggettivi di prospettazione e soggettivi di percezione.

A discorso apparentemente chiuso, la S.C., specifica come il criterio così individuato non possa essere utilizzato in maniera assoluta, in quanto non idoneo a spiegare i suoi effetti definitori in alcuni casi che la Corte stessa definisce *border-line*. In queste situazione gli elementi tipizzanti le due fattispecie, non andranno considerati nella loro dimensione statica, bensì dinamica, prestando attenzione ai dati circostanziali del caso concreto.

Prima di analizzare nel dettaglio i casi che, a titolo esemplificativo, la Corte di Cassazione individua come ipotesi in cui il criterio appena individuato non può operare, occorre evidenziare una particolarità del ragionamento ermeneutico che segue la S.C. nello sforzo di individuare un *discrimen* tra le due fattispecie, e che porta alla qualificazione del "danno ingiusto" e del "vantaggio illecito" alla stregua di elementi costitutivi impliciti, la cui presenza diventerebbe necessario per integrare la tipicità del fatto[204]. Asserzioni come questa lasciano perplessi in un ordinamento sottoposto al principio di legalità, mentre sembra assistersi ad una inversione dell'ordine logico del corretto procedimento ermeneutico: le S.U. prima postulano l'esistenza di elementi di fattispecie in realtà non previsti dalla

[204] SCARANTINO E., *L'elemento oggettivo del nuovo delitto di concussione per costrizione e le differenze con il diverso delitto di concussione per induzione*, in *Cassazione penale*, n. 2/2015.

norma, e poi interpretano i concetti esistenti in base ai nuovi requisiti "creati" dalla stessa corte[205].

I casi *border-line* si collocano a cavallo tra i due reati in esame e la loro presenza deriva dal fatto che nel settore che si sta analizzando la realtà empirica è molto variegata, in quanto caratterizzata da situazioni relazionali che, proprio perché maturano in contesti tendenzialmente propensi all'illegalità, presentano aspetti di ambiguità e opacità. In tali casi il giudice dovrà, secondo la S.C., innanzitutto procedere all'esatta ricostruzione in fatto della vicenda onde coglierne gli aspetti più qualificanti, per poi inquadrarla in una delle fattispecie possibili lasciandosi guidare, alla luce dei parametri comunque rivelatori dell'abuso costrittivo o induttivo, verso la soluzione applicativa più giusta.

Una prima ipotesi presa in considerazione dalla Corte è quella in cui il pubblico agente abusi della qualità senza fare alcun riferimento al compimento di atti del proprio ufficio o servizio. Tale abuso si presta ad una duplice lettura, potendo porre il privato in una condizione di totale soggezione (nel timore di subire ritorsioni), o indurlo per acquisire la benevolenza del pubblico agente, potenzialmente foriera di futuri favori[206]. Il giudice dovrà quindi contestualizzare la complessiva vicenda, valutando ogni particolare delle modalità comportamentali dei due soggetti, per stabilire se il destinatario della pressione sia posto in una condizione di vera e propria coercizione, ovvero se tra i due si sia instaurata una dialettica utilitaristica.

Ambigua è anche la situazione in cui il pubblico agente prospetti un danno generico, messaggio che il destinatario, per autosuggestione o per *metus ab intrinseco*, può caricare di significati negativi. Anche in questo caso si dovrà valutare nel complesso la vicenda, con particolare attenzione ai comportamenti dei protagonisti, per individuare un'effettiva prevaricazione costrittiva.

---

[205] GAMBARDELLA M., *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *Cassazione penale,* n. 6/2014, riprendendo Luigi Ferrajoli rileva che "un legislatore penale che non fa bene il suo lavoro non garantisce la separazione dei poteri: «in tanto la legge può vincolare i giudici all'applicazione dei suoi contenuti normativi, in quanto questi contenuti siano a loro volta vincolati nella massima precisione e determinatezza»".

[206] L'esempio citato dalla Corte è quello di un appartenente alle forze di Polizia che, dopo aver mangiato in un ristorante con degli amici, facendo valere il suo *status*, pretenda di non pagare il conto o di saldarlo in modo simbolico.

Vi sono poi ipotesi "miste" di minaccia – offerta o minaccia – promessa, laddove il funzionario non si limiti a prospettare un danno ingiusto, ma contestualmente anche un vantaggio indebito per il suo interlocutore[207]. Dovrà quindi il giudice capire quale tra i due elementi (il vantaggio o l'aspetto intimidatorio) sia prevalso sul processo decisionale dell'*extraneus.* Proprio in casi del genere, secondo la Corte, il secondo criterio usato in passato dalla giurisprudenza, quello basato sulla dicotomia male ingiusto – male giusto, rivela tutti i suoi limiti, prestandosi a notevoli equivoci.

Altresì problematici sono i casi relativi all'esercizio di poteri discrezionali del pubblico agente, in quanto se l'atto discrezionale, pregiudizievole per il privato, è prospettato nell'ambito di una legittima attività amministrativa e si fa comprendere che, cedendo alla pressione, può conseguirsi un trattamento indebitamente favorevole, è evidente che sarà integrata la fattispecie *ex* 319-*quater* c.p..

Infine presentano aspetti problematiche le situazioni in cui vengano in gioco beni giuridici particolarmente rilevanti per il privato[208]. In casi come questi non si potrà prescindere da un bilanciamento dei beni coinvolti per capire se ci si trovi in presenza di un abuso costrittivo, oppure se possa configurarsi il reato di "induzione indebita a dare o promettere utilità".

Questa pronuncia delle S.U. ha fatto discutere in dottrina perché se lo sforzo ermeneutico della Corte appare pregevole sull'analisi delle problematiche in gioco e apprezzabile nel denunciare i limiti delle precedenti posizioni giurisprudenziali, tuttavia non sembra fornire un parametro univoco di lettura dei fatti. Più che di fronte ad una reale dialettica "regola/eccezione", pare di essere al cospetto della presa d'atto di una "zona grigia" ricca di ipotesi per cui non valgono criteri discretivi calati "dall'alto" ma la soluzione va ricercata caso per caso.

Una prova dell'inefficienza del criterio individuato dalle S.U. è data dalla difficoltà di inquadrare in linea teorica nell'una o nell'altra fattispecie il reato di

[207] Si pensi al caso in cui si minacci ad un imprenditore l'esclusione da una gara d'appalto ma, laddove si prestasse al pagamento, la sicura aggiudicazione della stessa.
[208] A titolo esemplificativo, se un primario ospedaliero richiede al malato denaro per operarlo con precedenza su altri pazienti, allarmandolo sul carattere "salvavita" dell'intervento, nonostante il vantaggio indebito per il paziente, il bene coinvolto è talmente elevato (diritto alla vita) che non sarà integrato il reato *ex* art. 319-*quater* c.p..

natura giurisprudenziale c.d. "concussione ambientale". In queste ipotesi, infatti, mancando una minaccia esplicita da parte del pubblico ufficiale, si dovrà valutare caso per caso se il privato, davanti ad una prassi illecita che l'agente si limita a far valere nei suoi confronti, persegua un indebito vantaggio o meno.

Non a caso la pronuncia della S.C. non ha risolto le incertezze che si riscontravano nella prassi applicativa, come dimostrato dall'esperienza giudiziaria successiva. Possono individuarsi infatti quattro gruppi di sentenze: innanzitutto quelle che applicano i principi fondamentali enunciati dalle S.U. "Maldera", altre che hanno affrontato fattispecie riconducibili ai casi *border-line*, un terzo gruppo che ha privilegiato il criterio orientativo fondato sulla natura (giusta o ingiusta) del danno prospettato, ed infine quelle che hanno analizzato la tematica dei rapporti tra la nuova figura di reato e altre fattispecie [209] . Merita di essere segnalato, peraltro, che se è vero che le S.U. hanno evidenziato che nei casi *border-line* non può applicarsi il criterio dalle stesse determinato, d'altro lato non hanno fornito indicazioni per individuare le ipotesi limite, compito che viene lasciato alla discrezionalità dei giudici, e che è foriero di incertezze in sede applicativa[210].

La riforma apportata con legge n. 190/2012, con lo "spacchettamento" dell'originaria fattispecie di concussione alla luce della lettura fornita dalla giurisprudenza, ha riflessi anche sui profili di diritto intertemporali, ed ha portato all'assoluzione degli imputati in alcuni casi noti alla cronaca.

Il riferimento è al c.d. "Caso Ruby" la cui vicenda è iniziata la sera del 27 maggio 2010 ed ha trovato la sua conclusione con sentenza del 10 marzo 2015[211], dunque dopo l'intervento legislativo e la pronuncia delle S.U.. La Cassazione ha dovuto quindi affrontare la questione della riqualificazione del fatto per valutare la persistente rilevanza penale dello stesso. Applicando i principi fondamentali enunciati dalla sentenza "Maldera", il Giudice di legittimità ha dovuto escludere l'integrazione sia del reato *ex* art. 317 c.p., che di quello *ex* art. 319-*quater* c.p.:

---

[209] PAZIENZA V., *Vecchie e nuove fattispecie nei reati contro la Pubblica Amministrazione: il difficile rapporto tra concussione e induzione indebita*, in *Cassazione penale*, supplemento n. 04/2015.

[210] Una qualificazione della vicenda come "ordinaria" porterebbe all'applicazione dei principi enunciati dalla sentenza "Maldera", viceversa se si ritenesse di trovarsi in un'ipotesi *border-line*, essi non sarebbero utili per la soluzione del caso.

[211] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526.

non era possibile rinvenire un abuso costrittivo, inteso come minaccia di un danno *contra ius*[212], ma neppure emerse dal piano probatorio che il destinatario della pretesa avesse perseguito un indebito vantaggio [213]. Merita di essere segnalato come questa sentenza metta luce su un altro passaggio dubbio della pronuncia delle S.U., in quanto la vicenda in esame avrebbe sicuramente integrato l'art. 317 c.p. nella vecchia formulazione, quando il concetto di induzione non era legato al perseguimento di un vantaggio indebito da parte dell'indotto, e quindi si deve ritenere erronea l'affermazione delle S.U. secondo cui alla modifica normativa non sia seguita alcuna vicenda abolitiva, dovendosi invece riconoscere che il requisito dell'induzione ha un diverso ambito semantico rispetto a prima.

Il motivo per cui né gli interventi legislativi né gli sforzi della giurisprudenza sono riusciti ad eliminare le difficoltà applicative e a superare le incertezze circa i confini tra le varie fattispecie del sistema di repressione penale della corruzione è che una distinzione plausibile tra le categorie di delitti in esame non può essere affatto tracciata e tutto resta affidato al prudente apprezzamento del giudice. Si deve prendere atto, nonostante taluno possa essere affezionato alla nostra tradizione giuridica, che essa non funziona e deve essere superata: a ben vedere, suggeriscono alcuni autori[214], la dote principale di un buon legislatore è il coraggio, che è anche coraggio di rompere con il passato, spezzando il circolo vizioso presente nel nostro ordinamento che permette al privato "corruttore" di sostenere di essere stato costretto, o quanto meno indotto, per ottenere così l'esenzione da pena o almeno la sua riduzione, qualificando finalmente tutti gli illeciti pagamenti dei privati ai pubblici ufficiali per ottenere vantaggi indebiti di qualunque genere come altrettanti fatti di corruzione.

Il problema successivo resterebbe quello di stabilire con precisione in quali casi il privato che paga o promette denaro non debba, all'opposto, essere

---

[212] Nel caso di specie l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri si era limitato a segnalare la presenza in questura di Karima El Mahroug (presunta nipote del Presidente egiziano Hosni Mubarak), invitando il capo di gabinetto del questore, dott. Ostuni, a darla in consegna a Nicole Minetti, senza che fosse rinvenibile alcuna minaccia in caso di inadempimento.

[213]In dottrina si è discusso sulla questione, affermando come in realtà la semplice consapevolezza di rapportarsi con la IV carica dello Stato, indicherebbe la volontà di acquisirne la benevolenza onde conseguire futuri, indeterminati favori.

[214] VIGANO' F., *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/ 2014

punito[215]. La risposta potrebbe sembrare scontata: ciò dovrebbe accadere quando il privato non abbia perseguito un vantaggio indebito ma abbia evitato un danno ingiusto, fatto che rientrerebbe nel comune delitto di estorsione. Tuttavia i progetti che in passato (da Cernobbio in poi) hanno propugnato l'abolizione *tout court* del reato di concussione, sembrano sottovalutare la latitudine del concetto di "costrizione mediante minaccia" nella prassi applicativa del delitto di estorsione. Comunemente si riconosce che il male minacciato non deve essere necessariamente ingiusto in quanto ingiusto deve essere il profitto perseguito, e per qualificarlo come tale è sufficiente anche che il male prospettato sia in sé lecito, nel senso che l'agente abbia il potere giuridico di infliggerlo, ma lo abbia usato per uno scopo diverso da quello per cui gli sia stato conferito. Si possono individuare almeno tre classi fondamentali di ipotesi[216].

Nessun dubbio che il privato debba andare esente da pena allorché versi denaro al pubblico agente perché costretto dalla minaccia dell'inflizione di un male del tutto avulso dai poteri a lui attribuiti, perché in tal caso si versa pienamente nel classico paradigma dell'estorsione. Qualche dubbio può invece avanzarsi nell'ipotesi in cui il privato ceda alla pretesa sotto l'effetto della minaccia da parte del pubblico agente di procurargli un danno ingiusto attraverso un uso illecito dei suoi poteri, e dunque abusandone. Al riguardo varie organizzazioni internazionali hanno affermato che, salvi i casi in cui possa assumersi la sussistenza di uno stato di necessità per il privato (che tema, ad esempio, per la sua vita, integrità fisica o libertà personale), sia possibile individuare un preciso dovere di resistenza alla richiesta del pubblico funzionario, con successiva denuncia all'autorità competente, altrimenti risulterebbe integrata la fattispecie di corruzione attiva. Questa soluzione sembra però violare il fondamentale principio di uguaglianza, ponendo sullo stesso piano condotte molto diverse tra loro per carica offensiva: punire il privato rischierebbe di suonare eccessivamente rigoroso e, dunque, ingiusto. Infine quale terza categoria di ipotesi che è possibile rinvenire, nessun dubbio sorge circa la punibilità del privato che persegua un indebito vantaggio.

[215] VIGANO' F., *I delitti di corruzione*, cit., p. 17.
[216] MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.

In una prospettiva di riforma il legislatore potrebbe innanzitutto prevedere le ultime due ipotesi individuate quali forme di corruzione attiva, includendo però una clausola di non punibilità per il caso in cui il privato si sia risolto a pagare allo scopo di evitare il danno ingiusto che il pubblico agente gli abbia prospettato. Specularmente sarebbe compito del legislatore abolire il nuovo reato di induzione indebita e limitare drasticamente l'ambito applicativo del delitto di concussione alle sole vicende in cui sussista, appunto, minaccia di un danno ingiusto. Il reato di cui all'art. 317 c.p. si configurerebbe come una forma speciale di estorsione, caratterizzata dalla particolare qualifica del soggetto attivo e dalla peculiare modalità commissiva, circoscritta alla minaccia, essendo la violenza incompatibile, salvo alcune rare ipotesi [217] , con l'idea di abuso dei poteri. Resterebbe a questo punto qualche dubbio solo in casi limiti, quale quello del malato che paghi una somma di denaro al medico per scavalcare la lista d'attesa, ma in tali ipotesi il giudice non dovrebbe dimenticare la presenza nel nostro ordinamento della scriminante *ex* art. 59 co. 4 c.p., lo stato di necessità, che può operare anche nella forma putativa[218].

2.2 La distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione.

Prima di passare oltre nella nostra analisi delle fattispecie, occorre individuare un criterio di *discrimen* fra le norme appena osservate e la corruzione, aspetto fortemente criticato in sede internazionale che aveva in passato causato difficoltà applicative con conseguente eccessiva dilatazione delle norme da parte della giurisprudenza, la cui eliminazione rappresentava uno dei principali obiettivi del legislatore.

L'aver inserito una terza fattispecie intermedia tra le due originarie, sembra aver complicato le già esistenti difficoltà, infatti, con la riforma del 2012, sicuramente si è avuta una separazione netta tra la fattispecie di cui all'art. 317 c.p. e quelle di cui all'art. 318 ss. c.p., ma il problema si è solo spostato perche restano i dubbi sul *discrimen* tra induzione indebita e corruzione.

[217] La violenza sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il pubblico ufficiale disponga del potere di utilizzare la forza (si pensi ad un agente delle forze di polizia)
[218] VIGANO' F., *I delitti di corruzione*, cit., p. 21.

Sotto il previgente sistema in dottrina e in giurisprudenza si erano sviluppate tre teorie.

Un primo orientamento individuava il criterio discretivo tra le fattispecie nella diversa genesi del rapporto tra i due soggetti (criterio c.d. dell'iniziativa). Nella concussione era sempre il pubblico ufficiale ad attivarsi per conseguire il vantaggio illecito, nella corruzione era il privato ad instaurare il rapporto criminale. Questo approccio è stato rapidamente superato perché l'analisi empirica ha dimostrato che rapporti concussivi potevano nascere anche su iniziativa del privato (o comunque senza *incipit* del pubblico ufficiale, si pensi proprio alla c.d. concussione ambientale) e viceversa. Inoltre questa impostazione sembrava superata *per tabulas* già quando, con la l. n. 86/1990, si sono introdotti i co. 3 e 4 dell'art. 322 c.p., che disciplinano l' istigazione alla corruzione attiva e quindi un (tentato) rapporto corruttivo instaurato su iniziativa del pubblico ufficiale[219].

Si è dunque sviluppato un secondo orientamento che faceva leva sull'analisi del processo motivazionale del privato. Se questi si determinasse alla promessa o alla dazione al fine di evitare un danno ingiusto (*certat de damno vitando*) sarebbe stato vittima di concussione, qualora invece mirasse a conseguire un vantaggio illegittimo (*certat de lucro captando*), sarebbe stato colpevole di corruzione.

Infine un terzo indirizzo faceva leva sul differente clima psicologico che caratterizza sui reati: sostanziale parità nel caso di corruzione, coartazione della volontà altrui nelle ipotesi di concussione.

Contemporaneamente allo svilupparsi di questi tre indirizzi dottrinari, in giurisprudenza nasceva il concetto di *metus publicae potestatis*. Il Giudice di legittimità ha affermato che l'elemento distintivo del reato di concussione è l'esistenza di una situazione idonea a determinare uno stato di "soggezione psicologica" del privato rispetto al pubblico funzionario, esercitata mediante abuso di qualità o poteri [220]. Questo stato di soggezione poteva poi assumere molteplici forme, non essendo necessario un effettivo *metus publicae potestatis*.

[219] GAROFOLI R., *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 15
[220] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 9 maggio 2012, n. 21446.

Era sufficiente che il privato si fosse risolto a dare o promettere il denaro o altra utilità per evitare maggiori danni o non avere noie[221].

Queste le posizioni sotto il sistema previgente. Occorre valutare se esse siano valide anche con l'attuale configurazione delle norme. Il *discrimen* tra l'art. 319-*quater* c.p. e gli artt. 318 ss. c.p. non può che rinvenirsi nella sussistenza dell'abuso di qualità o poteri presente nella prima norma e assente nelle altre. Dovrà valutarsi dunque se la dazione o la promessa avvengano a seguito di pressioni esercitate dal pubblico ufficiale, ovvero a seguito di una negoziazione su un piano paritario[222].

Questo criterio è avvalorato anche dalla pronuncia delle S.U. analizzata. Posto che la Corte ravvisa quale criterio - essenza dell'induzione indebita la sussistenza di un vantaggio indebito in capo al privato, questo non potrebbe infatti più essere assunto quale *discrimen* tra le due fattispecie in esame. Le S.U. evidenziano come l'abuso non sia del tutto avulso dalla condotta corruttiva, in ordine alla quale si atteggia come una connotazione di risultato, non svolgendo tuttavia il ruolo di strumento essenziale per ottenere causalmente la prestazione indebita, come avviene nelle ipotesi di concussione e induzione[223].

Per completezza occorre infine prestare attenzione ad un' ultima distinzione resa problematica dalla riforma del 2012. Il riferimento è ovviamente al rapporto tra l'art. 319-*quater* c.p. e l'art. 322, c.p. 3 e 4 c.p. che, ricordiamo, disciplina la istigazione alla corruzione attiva.

La difficoltà è data qui dai significati molto simili, nel linguaggio comune, tra i verbi "indurre" e "sollecitare" rispettivamente usati nelle norme in esame[224]. Già prima della riforma del 2012 la problematica si era posta in dottrina e giurisprudenza, facendo emergere la tendenza a fornire una definizione di induzione vaga e carente di tipicità, svincolata da forme predeterminate, risultando sufficiente l'idoneità della condotta ad influenzare la volontà della

[221] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 15 settembre 2000, n. 9737.
[222] GAROFOLI R., *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 17.
[223] Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, Maldera.
[224] Il termine "sollecitare" è definito come un verbo transitivo e intransitivo che indica "far pressione perché qualcosa sia fatta al più presto", mentre il verbo transitivo "indurre" letteralmente significa "muovere qualcuno a fare qualcosa, persuadere"; Cfr. Devoto G. e Oli G. C., *Il Devoto-Oli 2004-2005. Vocabolario della lingua italiana*, a cura di Luca Serianni e Maurizio Trifone, Le Monnier, 2004.

vittima[225]. Tale evanescente interpretazione di questa condotta era limitata solo dalla necessità di individuare nesso con l'abuso di qualità o poteri affinché la vicenda rilevasse penalmente. Anche in merito alla nozione di "sollecitazione" si era registrato contrasti in dottrina tra chi gli attribuiva il significato di "chiedere con insistenza", limitandone di molto l'applicazione, e chi sosteneva invece che il termine significasse solo "chiedere per ottenere". Nel tentativo di individuare una linea di demarcazione tra le due figure, è emersa la tendenza ad inserire elementi aggiuntivi di carattere oggettivo[226] o tipicamente soggettivo[227].

L'esigenza di individuare un preciso *discrimen* tra le due figure si è resa ancora più pregnante dopo lo spacchettamento avvenuto con legge n. 190/2012 e le differenze, anche *quoad poenam*, tra i vari reati, e dopo l'affermazione in giurisprudenza del principio per cui la qualificazione di induzione indebita della condotta abusiva di pressione psicologica del pubblico ufficiale che non attinge la soglia della minaccia, non seguita da una promessa o dazione di denaro o di utilità da parte dell'*extraneus*, non implica la necessità di accertare l'ulteriore requisito (creato dalle S.U. Maldera) del perseguimento di un indebito vantaggio da parte del privato, elemento che sebbene assuma il ruolo di "criterio – essenza" della fattispecie induttiva[228], ben può essere assente qualora questa si configuri nella forma tentata ai sensi dell'art. 56 c.p.. In altri termini qualora il privato "indotto" non si risolva alla dazione, per la qualificazione del reato *ex* art. 319-*quater* c.p. non è necessario che l'*extraneus* persegua un indebito vantaggio[229]. Il tema è ripreso anche dalle S.U. che richiamano la dottrina prevalente per cui il *discrimen* va individuato ancora oggi nell'elemento costitutivo tipico dell'induzione indebita, ossia l'abuso di poteri o di qualità, che si traduce, nella realtà empirica, in una forma di richiesta più pregnante. L'induzione si differenzierebbe dalla mera

[225] MANICCIA A., *La linea di demarcazione tra la sollecitazione e le condotte di costrizione e induzione indebita nella recente giurisprudenza in tema di istigazione alla corruzione*, in *Cassazione penale*, n. 7/8 – 2015.
[226] A titolo esemplificativo spesso veniva valorizzato il comportamento delle parti o il danno/vantaggio da esse perseguito.
[227] Si pensi agli stati di soggezione o di libertà contrattuale, nonché agli obiettivi presi di mira.
[228] Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, Maldera, p. 37.
[229] Cass. Pen., Sez. VI, 11 aprile 2014, n. 32246.

sollecitazione per il carattere "perentorio e ultimativo" della richiesta, che può rinvenirsi anche nella sua natura reiterata o insistente[230].

3 La corruzione nell'attuale configurazione.

Prima di analizzare come la riforma del 2012 ha inciso in materia di corruzione, occorre sottolineare che già nella previgente normativa, i reati in esame costituivano un minisistema di dieci articoli nel più ampio ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione.

Questa constatazione ci obbliga ad affrontare innanzitutto gli aspetti comuni a tutte le fattispecie presenti nel minisistema per poi focalizzarci sulle modifiche apportate dalla l. n. 190/2012.

La prima domanda da porsi quando si analizza una fattispecie delittuosa riguarda il bene giuridico tutelato, che, nel caso in esame, è stato in passato al centro di accese discussioni. L'ansia di novità in materia in una prospettiva riformatrice ha portato all'abbandono spesso frettoloso dei referenti del passato. Non pare infatti che possa dubitarsi del rilievo per cui le norme mirino a proteggere il normale funzionamento della Pubblica Amministrazione, o ancora, come in passato si affermava, lo stesso prestigio del settore pubblico. Inoltre è irragionevole escludere a priori una certa rilevanza della fiducia che i cittadini debbano nutrire sulla moralità e serietà dello Stato e degli altri enti pubblici.

Certo ciò non esclude che, in ossequio all'art. 97 Cost., si ponga a fondamento delle norme in esame la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, ma a condizione che si rinunci ad esaltarne la reale funzione selettiva. Quanto al buon andamento, infatti, è vero che esso è riconducibile ad ogni tipo di corruzione, ma solo se lo si intenda nell'ampia, tradizionale accezione di "regolare funzionamento della Pubblica Amministrazione"[231]. Anche l'imparzialità è riferibile a tutti i tipi di corruzione solo se le si assegna un significato più ampio. Infatti se questo bene può dirsi direttamente riferibile, ad esempio, alla corruzione propria antecedente, dove la

[230]ORRÙ M. *Le sezioni unite sul* discrimen, cit., p. 824.
[231] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 140.

dazione o promessa di denaro o altra utilità si presta ad influire negativamente sull'attività del pubblico agente, ciò non vale per altri tipi di corruzione, quale ad esempio la corruzione propria susseguente, dove l'atto è già compiuto sicché per ravvisare una messa in pericolo dell'imparzialità si deve ricorrere o a presunte motivazioni dell'agente al momento del compimento dell'atto, o a problematiche proiezioni verso suoi ipotetici contegni futuri. Ne consegue che neppure l'imparzialità indica di più, sul piano dell'oggetto della tutela, dei citati referenti del passato, a meno di porre l'accento sulla descrizione della condotta per mettere quindi in luce l'aspetto specifico dei reati in questione. L'elemento comune a tutti i reati del minisistema, che li distingue da altri in cui l'imparzialità è parimenti coinvolta, è rappresentato dalla dazione o promessa di denaro o altra utilità per l'esercizio della funzione o lo svolgimento del servizio.

Si vuole dunque che la funzione o il servizio restino legati esclusivamente alla remunerazione istituzionale, onde far sì che l'attività del pubblico agente resti immune da qualsivoglia collegamento con vantaggi esterni, per ispirarsi solo al miglior interesse pubblico. Il buon andamento e l'imparzialità sono protetti nel senso che si impedisce il mercimonio dell'ufficio o servizio come fattori (reali o solo potenziali) di inquinamento dell'azione amministrativa.

In passato la dottrina e la giurisprudenza si sono molto interrogate sulla natura dei delitti in esame: in particolare la *querelle* ineriva l'unitarietà o la pluralità delle fattispecie.

Chi optava per l'unitarietà[232] sottolineava che le condotte dei due soggetti e le rispettive volontà convergevano verso un unico risultato, il *pactum*, per cui erano entrambe necessarie. Si osservava, inoltre, che le due condotte, per quanto apparentemente diverse, erano in realtà uguali perché da entrambe le parti era presente un "dare" e un "ricevere", che esse erano un tutto unitario agli effetti del risarcimento del danno e di cause estintive quali l'amnistia, che il privato non veniva punito anche come concorrente nel reato di corruzione passiva del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio (e viceversa), ed infine che i terzi estranei al *pactum* che contribuissero alle condotte dell'uno e dell'altro soggetto potevano essere puniti a titolo di concorso solo una volta.

[232] ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Giuffrè, 2008

Anche coloro che optavano per la tesi dei due distinti reati[233] avevano dei solidi argomenti a sostegno. Innanzitutto essi ribadivano l'intrinseca diversità delle condotte dei soggetti pubblico e privato, condotte reciproche, rispettivamente ricevere denaro o altra utilità (o accettarne la promessa) e dazione o promessa degli stessi, ma irriducibili l'una all'altra. Inoltre si obiettava alle argomentazioni suddette che il danno risarcibile era sì unitario ma, non coincidendo il danno con l'offesa criminale, questa circostanza non rilevava ai fini della struttura del reato. Inoltre si affermava come le cause di estinzione del reato come l'amnistia, potessero intervenire anche su un solo lato del patto, posto che i due momenti possono non coincidere, ed infine come il mancato concorso di un soggetto nel reato dell'altro e l'altrettanto mancato "doppio" concorso dei testi, potessero spiegarsi con la semplice applicazione dei principi sul concorso apparente di norme[234].

Sembra preferibile la prima tesi che classifica i delitti di corruzione come reati a concorso necessario, o plurisoggettivo, in particolare nella configurazione di reato - accordo a struttura bilaterale. L'argomento dirimente la *querelle* è dato dalla presenza nel sistema normativo dell'art. 322 c.p.. Infatti laddove si ritenesse che le condotte del pubblico agente e del privato integrino due autonome fattispecie, perderebbe la sua ragion d'essere la previsione di istigazioni che non si concretizzino in un *pactum*. E' vero che la diversità delle condotte e la loro eventuale separazione spazio – temporale possono rilevare a taluni effetti giuridici, ma ciò non incide sulla natura del reato.

Un altro tema, collegato a quello appena analizzato su cui c'è stato grande dibattito è quello del momento consumativo dei reati di corruzione. Essi si consumano nel luogo e nel momento dell'accordo per l'esercizio della funzione da avvenire o per quella già avvenuta. Tuttavia questa impostazione è stata controversa. Un risalente indirizzo giurisprudenziale affermava la presenza del c.d. duplice schema [235] , per cui laddove alla promessa accettata dal pubblico ufficiale seguisse l'effettiva dazione del denaro, questa segnerebbe il momento

[233] PAGLIARO A., PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale vol.1. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
[234] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 143.
[235]Cass. Pen., Sez. VI, 10 luglio 1995, n. 9927; Cass. Pen., Sez. Un., 21 aprile 2010, n. 246583.

consumativo del reato (schema principale), mentre ove la promessa non fosse poi adempiuta, il momento consumativo resterebbe quello della stipulazione del patto (schema sussidiario).

Questa tesi non è condivisibile perché il disvalore della corruzione va posto nel *pactum sceleris*, cioè nello scambio di consensi tra i due soggetti protagonisti. Ciò è confermato dalla circostanza per cui nella corruzione antecedente, qualunque sia la condotta, l'esercizio della funzione o il compimento di atto contrario, essa non sono rileva ai fini dell'individuazione del momento consumativo. Se ciò è vero per le condotte del pubblico funzionario, a maggior ragione non può rilevare ai medesimi fini il semplice approfondimento dell'offesa dato dal successivo adempimento della promessa precedentemente fatta, che rappresenta solo un *post factum* non punibile.

Dal dato normativo inoltre si evince che le condotte di dazione e promessa sono poste tra loro in rapporto di alternatività e si presentano tra loro perfettamente equivalenti e fungibili, sicché non può gli si può attribuire un ruolo così marcatamente diverso ai fini della consumazione.

Non può tacersi peraltro che tesi come quella citata, che classificava il reato come eventualmente progressivo, postergando il momento consumativo, avevano lo scopo di differire per quanto possibile il termine di prescrizione. Nonostante questo sforzo sia lodevole e comprensibile date le esigenze repressive, tale scopo è da perseguire con un apposito intervento normativo in materia di prescrizione, non essendo giustificabile una attività ermeneutica così distante dal dato letterale della norma[236].

Occorre da ultimo analizzare la tematica del tentativo premettendo che le soluzioni in dottrina sono molto differenziate a seconda che si sostenga la tesi del reato unitario o della pluralità di illeciti. Il tema si intreccia con la norma di cui all'art. 322 c.p., che prevede le ipotesi di istigazione alla corruzione passiva (ai co. 1 e 2) e attiva (co. 3 e 4), fattispecie nelle quali è diffusa l'identificazione di altrettante figure di tentate corruzioni attive e passive. Occorre verificare se oltre a questi due illeciti, che possono definirsi come ipotesi speciali di tentativi unilaterali di corruzione, possano rinvenirsi altre forme di tentativo.

[236] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 148.

Prima della riforma del 2012 il problema si poneva perché l'art. 322 c.p. prevedeva solo forme di istigazione alla corruzione antecedente. Era a tal proposito da escludere la sussistenza di forme di tentativi unilaterali di corruzione susseguente perché l'art. 322 c.p. era norma speciale in tema di tentativo. Per quanto discutibile, questa era la *voluntas legis*, non sembrando ragionevole la previsione di una norma *ad hoc* per i tentativi unilaterali di corruzione antecedente per lasciare quelli di corruzione susseguente alla comune applicazione dell'art. 56 c.p.. Peraltro quest'ultima norma non avrebbe potuto applicarsi *de plano* data l'indubbia diversità tra la condotta di semplice "sollecitazione" tipizzata all'art. 322 c.p., e gli "atti idonei e diretti in modo non equivoco" richiesti per l'individuazione del tentato reato. Dopo la l. n. 190/2012, sono state introdotte anche fattispecie di istigazione alla corruzione susseguente quindi il problema è stato risolto *per tabulas* e alla radice.

Resta da valutare se, data la configurabilità dei reati di cui all'art. 322 c.p. come tentativi unilaterali di corruzione, residui qualche spazio applicativo per forme di tentativi bilaterali, quindi con punizione di entrambi i soggetti, in caso di trattativa iniziata ma non andata a buon fine. Taluno in passato ha sostenuto che, poiché prima della l. n. 86/1990 l'art. 322 c.p. puniva solo le istigazioni alla corruzione passiva e quindi la configurabilità del tentativo bilaterale era necessaria per incriminare eventuali iniziative del soggetto pubblico, dopo aver esteso l'applicabilità di tale articolo anche alla istigazione alla corruzione attiva, qualsiasi forma di tentativo bilaterale perderebbe la sua ragion d'essere, essendo le esigenze di politica criminale pienamente soddisfatte. A sostegno di questa tesi si invocava, inoltre, la circostanza per cui l'applicazione dell'art. 56 c.p. avrebbe comportato una pena inferiore a quella che si sarebbe potuta infliggere ai sensi dell'art. 322 c.p., con una conseguenza incoerente con le necessità repressive e quindi inaccettabile. Tuttavia queste argomentazioni non convincono perché il tentativo bilaterale, per quanto difficile ne sia il riscontro, presenta un disvalore ben diverso rispetto alla mera istigazione[237]. In presenza di una trattativa non andata a buon fine si versa al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 322 c.p. perché entrambi i soggetti svolgono un ruolo e, alla luce di ciò, non rileva la

[237] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 152

maggiore cornice edittale stabilità in caso di istigazione perché è sì vero che la pena astrattamente erogabile sarebbe più elevata, ma essa colpirebbe un solo soggetto mentre applicando l'art. 56 c.p., si potrebbero punire entrambe le parti.

La riforma del 2012 ha contribuito a positivizzare le trasformazioni fenomenologiche che, come abbiamo osservato, il reato di corruzione ha subito nel corso della sua storia.

I primi commentatori[238] non hanno mancato di sottolineare come la dottrina si sia focalizzata sulle modifiche apportate dalla l. 190/2012 alla fattispecie di concussione (e sulle problematiche da esse sollevate), senza prendere in considerazione quella che è la vera rivoluzione copernicana apportata dal legislatore, e che rappresenta peraltro uno dei punti di forza dell'attuale sistema, costituendo un fattore di potenziamento della tutela sotto un duplice profilo. Da un lato essa va a colpire il grave fenomeno della c.d. "iscrizione al libro paga" del pubblico ufficiale, dall'altro, svincolando la fattispecie dall'elemento dell'atto d'ufficio, alleggerisce l'onere probatorio della pubblica accusa.

Nel dettaglio la l. n. 190/2012 ha modificato l'art. 318 c.p. originariamente rubricato "corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio" (c.d. impropria) con la "corruzione per l'esercizio della funzione" . Il legislatore prende coscienza dunque del processo di progressiva "smaterializzazione" dell'elemento dell'atto d'ufficio, dando così legittimazione alla accennata lettura offerta in passato dalla giurisprudenza e riaffermando il valore del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, per limitare il ruolo di supplenza dei giudici.

Si è omologata dunque alla figura di corruzione per atto conforme, quella per il mero asservimento della funzione.

In senso critico si è osservato che nel sistema previgente ci si trovava al cospetto di un settore in cui convivevano, le une accanto alle altre, fattispecie gravi e altre assolutamente bagatellari, tutte espressive di quella tutela a oltranza del prestigio della pubblica amministrazione, ma anche di fedeltà, probità e decoro dei pubblici funzionari, direttamente esponenziali delle priorità politico - criminali dello stato totalitario che quel sistema elaborò, e che, con metodologia coerente, vennero proiettate nella sublimazione tecnicistica di partizioni infinite (corruzione

[238] PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 228.

propria e impropria, antecedente e susseguente, attiva e passiva, istigazione alla corruzione etc.). Ma dovendo vagliare la nuova configurazione delle norme alla luce dei valori costituzionali, il risultato, paradossalmente aggravato dal legislatore repubblicano, è quello di un "sistema" che vede i principi fondamentali dispersi in un *continuum* confuso e magmatico in cui non solo si fatica a cogliere il disvalore penale di ipotesi peculiare, ma che ha finito per smarrire ogni coordinata di minimale ragionevolezza[239], a voler tacere, poi dei riflessi delle differenze tra le varie condotte tutte astrattamente riconducibili al nuovo art. 318 c.p. sull'elemento soggettivo[240].

Nonostante il legislatore abbia messo insieme figure criminose portatrici di disvalore non del tutto assimilabile, sembra sostenibile che l'ampia forbice edittale[241], possa permettere al giudice di commisurare la pena in relazione al differente disvalore del fatto in concreto commesso.

Si è rotta quindi la simmetria sulla quale era costruito il minisistema codicistico previgente: il riferimento all'atto d'ufficio [242] , legittimo nella corruzione impropria, illegittimo in quella propria. Questo dato importante ingenera, vedremo, importanti questioni di diritto intertemporale: posto che in passato la giurisprudenza tendeva a far rientrare il mero asservimento della funzione sotto la fattispecie di cui all'art. 319 c.p., occorrerà valutare quale norma dovrà applicarsi nell'attuale sistema.

Postulata la necessità di eliminare il requisito dell'atto d'ufficio per eliminare gli ostacoli alla repressione della corruzione sistemica, ciò che lascia perplessi è l'aver reputato, in sede di riforma, la corruzione per esercizio della funzione "oggettivamente meno grave"[243] di quella propria, soltanto perché non si

---

[239] BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2012.

[240] SEMINARA S. *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale,* in *Diritto penale e processo*, n. 10/2012, afferma che "nella corruzione c.d. impropria o «per asservimento» il dolo del funzionario è proiettato sulla causale dell'offerta o promessa e sul successivo compimento dell'atto, mentre nell'«indebita accettazione di utilità» il dolo appare riferibile esclusivamente al rapporto sussistente tra utilità e esercizio della funzione (o dei poteri): che egli sappia impegnarsi al compimento dell'atto o che consideri l'utilità una semplice regalia, è privo di rilievo".

[241] Il delitto di cui all'art. 318 c.p. è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

[242] Occorre precisare che per atto d'ufficio si intendeva non solo l'atto legittimo di natura formalmente legislativa, amministrativa o giudiziaria, ma altresì qualsiasi atto (vincolato o discrezionale) che costituisse concreto esercizio di poteri inerenti all'ufficio o al servizio,

[243] SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 8.

fa riferimento ad un determinato atto illegittimo quale oggetto del *pactum sceleris*, come a voler dire che quando l'attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto illegittimo, essa è sicuramente più grave della condotta di "sottomissione" del pubblico ufficiale agli interessi del privato. La scelta è giustificata sulla base di argomenti di natura comparatistica, in particolare facendo riferimento alla normativa sperimentata in Germania e in Spagna. Peraltro i primi commentatori[244] non hanno mancato di sottolineare come la pena più alta debba essere riservata all'ipotesi di corruzione propria perché massimo è, in questi casi, il pericolo di distorsione della funzione pubblica a vantaggio degli interessi del privato. In altri termini, nel valutare il grado di offensività del reato non si deve prestare troppa attenzione ai profili "quantitativi", focalizzandosi piuttosto su quelli "qualitativi". Tuttavia argomenti di questo genere non sembrano convincenti, infatti l'esperienza empirica insegna che i fatti più gravi e dannosi consistono proprio nella costruzione di una fitta trama di relazioni tra pubblico e privato che non si esauriscono in veri e propri "atti" (conformi o contrari che siano).

Il *pactum sceleris* ha oggi ad oggetto il semplice esercizio della funzione, tuttavia occorre che il consenso del funzionario pubblico sia accertato, in quanto l'accordo segna il confine tra il reato di cui all'art. 318 c.p. e l'"istigazione alla corruzione passiva" punita ai sensi dell'art. 322, co. 1 c.p., in cui l'offerta o promessa di denaro da parte del privato non è accettata dal pubblico ufficiale.

Il legislatore è intervenuto anche con altre importanti modifiche volte a potenziare la tutela contro tali delitti.

Innanzitutto rilevano le modifiche apportate sul piano soggettivo, dove vi è stata un'estensione a tutti gli incaricati di pubblico servizio, e non solo a coloro che rivestono la qualità di pubblico impiegato, dal lato dei pubblici agenti. Dal lato del privato invece, l'unificazione delle ipotesi di corruzione antecedente e susseguente nell'ambito dell'unico comma dell'art. 318 c.p., fa sì che egli non sia più esente da punizione per il caso in cui il pagamento avvenga dopo il compimento dell'atto. Taluni ritenevano in realtà che non potesse più rinvenirsi nell'attuale sistema alcuna distinzione tra corruzione antecedente e susseguente,

[244] DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 237.

tuttavia non può ritenersi che questo profilo temporale sia del tutto scomparso[245], potendo essere attribuito alla preposizione "per" all'interno dell'enunciato normativo un doppio ruolo: finalistico, e quindi inerente all'esercizio futuro della funzione, ma anche causale, che presuppone un esercizio già avvenuto. Infatti se è vero che non sembra potersi rinvenire una scansione temporale in caso di mero asservimento della funzione, laddove possa individuarsi il momento effettivo dell'esercizio (legittimo, per non integrare la fattispecie di cui all'art. 319 c.p.) dei poteri del pubblico ufficiale, sarebbe irragionevole non parametrare la pena da assegnare nel caso concreto, alla circostanza per cui il pagamento sia avvenuto solo in un momento successivo, dato l'indubbio diverso, più lieve disvalore di questa ipotesi rispetto a quella contraria.

È da escludere dunque qualsiasi vicenda abolitiva, anche parziale, dell'ipotesi di corruzione impropria susseguente.

Nell'ottica di svincolare la fattispecie dal perfetto rapporto sinallagmatico, negoziale, del fatto corruttivo, la riforma del 2012 elimina dall'art. 318 c.p. il riferimento alla "retribuzione" che qualificava in passato la dazione o la promessa di denaro o altra utilità. L'elemento in questione denotava la caratteristica di "corrispettivo" rispetto all'atto legittimo (da compiere o già compiuto), implicando quindi che l'atto fosse determinato e potesse così rappresentare il termine di paragone della retribuzione[246]. La giurisprudenza inoltre riteneva che questo requisito richiedesse una certa proporzione tra le due prestazioni del sinallagma, giungendo ad affermare come non integrassero il reato di corruzione le piccole regalie, c.d. *munuscula*, proprio perché sproporzionate rispetto al compimento di un atto da parte del pubblico ufficiale[247].

In dottrina ci si è chiesti se il superamento della prospettiva sinallagmatica, con l'abbandono della nozione di retribuzione, comporti l'attuale rilevanza penale dei *munuscula*. Tuttavia l'art. 1, co. 44 della l. n. 190/2012 vieta ai dipendenti

[245] GAMBARDELLA M., *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Archivio Penale*, fasc. 1/2013

[246] MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982.

[247] Cass. Pen., Sez. VI, 9 febbrai0 1994, Mambelli; nello stesso senso Cass. Pen., Sez. Un. 24 gennaio 1996, Panigoni, dove la Corte precisa che il concetto di proporzione riguarda solo la corruzione impropria, che si riferisce alla "retribuzione non dovuta" per il compimento di un atto d'ufficio, viceversa il discorso non vale per la corruzione propria, in cui non si fa riferimento al concetto di retribuzione proprio perché l'atto contrario ai doveri d'ufficio è assolutamente "invendibile".

delle pubbliche amministrazioni di "chiedere o accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia". Ne deriva una positiva legittimazione, a talune condizioni, dei *munuscula*, ispirata a criteri di ragionevolezza.

L'utilizzo dell'avverbio "indebitamente" che sostituisce la precedente locuzione "[retribuzione] che non gli è dovuta", rappresenta una variazione meramente lessicale che non apporta alcuna novità sostanziale. Infatti oggi come in passato il denaro o l'utilità che siano integralmente dovute alla Pubblica Amministrazione o all'agente pubblico non realizzano il fatto tipico.

Del tutto nuova è invece l'espressione "per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri". Occorre in via preliminare definire il significato delle nozioni utilizzate dal legislatore. Ci si è chiesti se essi rappresentino un'endiadi e quindi esprimano una sola idea oppure se essi indichino due diverse e alternative modalità di integrazione del reato. Sembra preferibile questa seconda tesi in quanto i due requisiti esprimono concetti distinti ed eterogenei[248].

Il termine "funzioni" non va intesa in senso amministrativo - organizzativo, ma designa l'attività dei pubblici poteri nel suo complesso, l'insieme dunque delle attività e dei compiti che sono attribuiti dalla legge al pubblico funzionario.

Il concetto di "potere", invece, va equiparato a quello di potestà, in quanto indica l'attività posta in essere da un agente pubblico nell'ambito dei fini pubblici indicati dalla legge.

La riforma del 2012, così come la recente l. n. 69/2015, non ha apportato che modifiche marginali alle altre norme in materia di corruzione [249] , non intaccando la struttura delle fattispecie.

Così strutturato, l'attuale sistema si muoverebbe attorno ad una fattispecie generale (l'art. 318 c.p.), della quale la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, che continua ad applicarsi in entrambe le sue forme antecedente e susseguente, rappresenta una *species*, a sua volta norma generale rispetto al reato di cui all'art. 319-*ter* c.p. ("corruzione in atti giudiziari").

[248] GAMBARDELLA M., *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 25.
[249] Il riferimento è ovviamente agli artt. 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.

Occorre sottolineare che la giurisprudenza prima della riforma del 2012 inquadrava le ipotesi di "asservimento della funzione" sotto l'art. 319 c.p. perché, nonostante non fosse possibile individuare un atto determinato, questa forma di soggezione veniva considerata una violazione dei doveri d'ufficio. Con la l. n. 190/2012, disciplinando l'art. 318 c.p. espressamente la corruzione per l'esercizio della funzione, sembrerebbe coprire le ipotesi che prima potevano essere ricondotte sotto la fattispecie più grave, che abbiamo visto rappresentare una forma speciale integrata quando sia individuato o individuabile un atto contrario ai doveri d'ufficio. Merita di essere segnalato però che parte della giurisprudenza, continua a ritenere i casi di c.d. "pubblico ufficiale a libro paga" sussumibili sotto l'art. 319 c.p., anche laddove i singoli atti contrari ai doveri non siano predefiniti o determinabili *ex post*[250]. A sostegno di questa tesi si recupera un'incongruenza della nuova disciplina che abbiamo già avuto modo di segnalare, vale a dire la cornice edittale più alta per la corruzione propria sulla presunzione di una oggettiva maggiore gravità.

La discrasia c'è ed è legittimo sollevare dubbi sulla ragionevolezza della disciplina ma non sembra potersi accettare un'interpretazione che, se poteva essere plausibile quando anche l'art. 318 c.p. era vincolato al requisito dell'atto d'ufficio, adesso risulta essere completamente contrario alla *littera legis*.

3.1 Le modifiche apportate dalla l. 69/2015.

Prima di proseguire nella analisi delle fattispecie che costituiscono l'attuale sistema di tutela contro la corruzione, occorre soffermarci brevemente sulle modifiche apportate dalla recente l. n. 69/2015 che non incidono sulla struttura dei reati, ma hanno introdotto nuovi istituti che mirano a fornire una tutela più ampia e conforme alle esigenze repressive.

La legge viene emanata a distanza di tre anni dall'ultimo progetto organico di riforma, dopo alcune valutazioni internazionali[251], che nel complesso non erano

[250]Cass. Pen., Sez. VI, 28 febbraio 2014, n. 9883.
[251] GRECO, *Third Evaluation Round. Compliance Report on Italy*, Strasburgo, 16 – 20 giugno 2014.

state negative, e dopo gli scandali del Mose di Venezia, dell'Expo di Milano e in concomitanza con quelli di Mafia Capitale.

Ad una prima osservazione va rilevato come l'intervento legislativo non si allontani molto dagli itinerari di politica criminale degli ultimi anni. Innanzitutto ci si riferisce alla tendenza del legislatore ad intervenire non già sulla disciplina generale di istituti che sono la vera causa di ineffettività della disciplina penale[252], bensì sulla cornice edittale dei singoli delitti. In secondo luogo emerge ancora l'abitudine del legislatore a sottovalutare i problemi che emergono dalla prassi applicativa delle fattispecie [253] , a cui corrisponde, antagonisticamente, la sua straordinaria consapevolezza delle virtù massmediatiche del diritto penale che porta ad una sopravvalutazione delle sue effettive capacità di repressione dei fenomeni criminali sistemici[254].

Volendo passare ad una dettagliata analisi delle modifiche apportate ai reati che interessano ai nostri fini, il primo aspetto che emerge è un generale intervento sull'apparato sanzionatorio. Vengono infatti incrementate le cornici edittali di molti dei delitti contro la Pubblica Amministrazione[255], e vengono potenziate le pene accessorie[256].

L'innalzamento dei limiti minimi delle pene produce tre conseguenze significative. In primo luogo esso incide sul livello di effettività della pena detentiva. Abbiamo già osservato come il timore di un'eventuale prescrizione

---

[252] Il riferimento è, ormai in modo pleonastico, all'istituto della prescrizione da un lato e al disorganico processo riformatore del sistema sanzionatorio che ha portato alla perdita di centralità del modello codicistico di commisurazione della pena di cui agli artt. 132 e 133 c.p. dall'altro.

[253] I dubbi che si sono posti in materia di *discrimen* tra le fattispecie di concussione, induzione indebita e corruzione, avrebbero dovuto comportare un ripensamento della struttura del sistema da parte del legislatore che non si è avuto.

[254]CINGARI F. *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2015

[255] Nel dettaglio, tralasciando i reati di peculato, concussione e induzione indebita, per il delitto di "corruzione per l'esercizio della funzione" viene elevata la pena massima che passa da 5 a 6 anni, per la "corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio", la nuova cornice edittale va dai 6 ai 10 anni (prima andava dai 4 agli 8 anni), ed infine per la "corruzione in atti giudiziario" abbiamo una cornice che va dai 6 ai 12 anni (prima da 4 a 10), se dal fatto deriva una condanna non superiore a cinque anni, la pena va dai 6 ai 14 anni (prima da 5 a 12) ed infine se la condanna che deriva dal fatto supera i cinque anni, si alza la pena minima dai 6 agli 8 anni.

[256] Viene elevato da 3 a 5 anni il termine di durata massima relativo all'incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione (art. 32-*ter* c.p.); viene abbassato da 3 a 2 anni il limite di pena irrogata in concreto necessario per applicare la misura di cui all'art. 32-*quinques* c.p. ("estinzione del rapporto di lavoro o di impiego con la Pubblica Amministrazione"); ed infine vengono aumentati i termini di durata minima e massima relativi alla sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte (art. 35 c.p.) che passano da 15 giorni a 2 anni, a 3 mesi a 3 anni.

porti l'autorità giudiziaria ad un sempre maggiore ricorso a riti alternativi come il patteggiamento, con l'irrogazione di una pena bassa che spesso, per l'applicazione di istituti quali la sospensione condizionale, non viene neppure eseguita. L'innalzamento delle pene minime dovrebbe così ridurre il ricorso a strumenti processuali che finiscono per limitare l'effettività delle norme.

Allo stesso tempo esso incide anche sull'effettività della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici di cui agli artt. 317-*bis* e 29 c.p., ed infine garantisce anche l'effettività delle sanzioni amministrative dell'incandidabilità e della decadenza a ricoprire cariche elettive o incarichi di Governi, introdotte dal d. lgs n. 235/2012.

Anche l'innalzamento dei limiti massimi comporta significativi effetti quanto alla repressione dei fenomeni criminosi. Infatti esso esclude oggi l'intero sistema dei delitti di corruzione dalla sfera applicativa di istituti deflattivi di recente introduzione, quali la non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p., e d'altra parte è un utile strumento per differire il termine di prescrizione, che sappiamo rappresentare un *vulnus* all'effettività della pena. Tuttavia occorre come sempre sottolineare che per quanto siano comprensibili i timori che nei confronti degli imputati per questi reati intervenga un surrettizio colpo di spugna grazie all'istituto della prescrizione, questo problema non può essere affrontato *sic et simpliciter* con un aumento della cornice edittale ai limiti della ragionevolezza, come ha fatto il legislatore del 2015, dovendo invece focalizzarsi l'attenzione su una riforma generale dell'istituto.

La più interessante novità apportata dalla legge all'apparato sanzionatorio è data dall'inedita sanzione della "riparazione pecuniaria" prevista dal nuovo art. 322-*quater* c.p.[257]. Si tratta di una sanzione davvero inedita potendo rinvenirsi alcuni precedenti analoghi da cui però si differenzia per diversi profili. Il primo istituto simile è stato previsto dalla l. n. 47/1948 per il delitto di diffamazione, che però ha natura civile e probabilmente più riparatoria che punitiva, come si desume

[257] La norma recita: "Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno."

dall'autorità chiamata ad applicarla, dai criteri di commisurazione e dal fatto che la somma di denaro è destinata alla persona offesa[258]. Un secondo precedente è rappresentato dalla sanzione civile pecuniaria prevista dalla legge delega n. 67/2014 per alcuni reati come i falsi in scritture private, l'ingiuria, etc., che vengono trasformati in illeciti civili e sanzionati, oltre che con il risarcimento del danno, con la riparazione pecuniaria. Tuttavia è dubbia la natura di tale istituto, infatti da un lato il legislatore delegante la qualifica espressamente come sanzione civile, dall'altro i criteri di commisurazione (tra cui rientrano la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche) spingono verso la natura punitiva.

Dubbi di questo tipo non sembrano porsi per la sanzione di cui all'art. 322-*quater* che pare avere natura sostanzialmente punitiva, coerente con l'obiettivo di potenziare l'efficacia general-preventiva e retributiva dell'apparato sanzionatorio dei delitti in esame. Essa si applica ai reati previsti dagli artt. 314 (ivi compresa la figura di peculato d'uso), 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis* c.p.. Una possibile lacuna di tutela deriva dal fatto che essa si applica solo ai pubblici agenti, quindi, in particolare con riferimento ai reati di corruzione, non colpisce anche il privato, come si desume dal mancato richiamo all'art. 321 c.p. La dottrina si è chiesta se, dato invece il richiamo integrale agli artt. 319-*quater* e 322-*bis* c.p., la sanzione possa applicarsi rispettivamente anche al privato indotto e al corruttore nelle diverse forme di corruzione internazionale. Tuttavia sembra doversi rifiutare questa soluzione perché spingono in senso opposto il tenore letterale della norma, che fa riferimento a "quanto indebitamente ricevuto dal pubblico agente" e non anche al vantaggio tratto dal privato, e il fatto che sarebbe irragionevole applicare questa sanzione al privato indotto che, ai sensi dell'art. 319-*quater* c.p. è punito in maniera più lieve rispetto alla normale corruzione, e non al vero e proprio corruttore.

L'oggetto della sanzione è una somma di denaro equivalente all'indebito ricevuto dal pubblico agente ed è stato osservato come esso finisca per coincidere con quello della confisca per equivalente[259]. Il parametro di calcolo, che la norma individua in "quanto indebitamente ricevuto", non convince, infatti da un lato occorre sottolineare che la norma si applica anche al peculato, dove non può

[258]CINGARI F. *Una prima lettura*, cit., p. 810.
[259]CINGARI F. *Una prima lettura*, cit., p. 811.

parlarsi propriamente di "ricezione" indebita, concetto che sembra invece calibrato sui reati di concussione e corruzione, dall'altro abbiamo già avuto modo di osservare come, a causa del processo di progressiva smaterializzazione della tangente, non sempre è possibile individuare la ricezione di un'entità materiale economicamente valutabile. Senza considerare poi i casi in cui la dazione dell'utilità sia diretta non al corrotto bensì ad un terzo.

Un pregio che va riconosciuto a questa nuova sanzione è quello di mettere in luce una nuova, più interessante direttrice politico – criminale, cioè il tentativo di intraprendere un percorso non monoliticamente repressivo, ma più costruttivo sul piano della tutela degli interessi delle amministrazioni pubbliche[260]. In questa prospettiva il recupero del lucro illecito diventa meta essenziale. Non a caso accanto all'istituto appena analizzato, la recente legge ne introduce altri analogamente ispirati[261].

Va infine segnalata un'ultima importante novità introdotta dalla l. n. 69/2015: la circostanza attenuante per chi collabori con la giustizia, prevista dal nuovo art. 323-*bis*, co. 2 c.p.[262]. Sembra improprio in realtà parlare di nuova introduzione, dato che, come abbiamo visto, proposte di questo genere sono state avanzate da dottrina e giurisprudenza sin dai primi anni '90. Ricordiamo infatti che la c.d. "Proposta di Cernobbio", si fondava su due pilastri, il secondo dei quali era appunto la previsione di una causa di non punibilità per il corruttore o il corrotto che, prima che la notizia di reato venisse iscritta nel registro generale a suo nome, e comunque, entro sei mesi dalla commissione del fatto,

[260] MONGILLO V., *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015.

[261] In estrema sintesi il riferimento va alla modifica all'art. 165 c.p., che subordina la concessione della sospensione condizionale della pena, in caso di condanna per uno dei delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis* al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa, e al nuovo art. 444, co. 1-ter c.p.p., che subordina l'applicazione del rito speciale alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

[262] L'art. 323-*bis*, co. 2 c.p. recita "per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis*, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena e' diminuita da un terzo a due terzi".

spontaneamente lo denunciasse. Fornendo indicazioni utili per l'individuazione di altri responsabili.

L'intervento legislativo si ispira al medesimo obiettivo di rompere il patto criminoso tra i due soggetti, utile strumento per l'accertamento dei fatti corruttivi, specialmente nella loro dimensione sistemica, e per risolvere i problemi probatori che essi pongono. Tuttavia a differenza della Proposta di Cernobbio, il legislatore rinuncia all'introduzione di una causa di non punibilità, optando per la scelta più *soft* di una circostanza attenuante ad effetto speciale, che però rischia di non essere efficace allo scopo di svellere il sodalizio criminoso. Il premio prospettato al soggetto in cambio della rottura del *pactum sceleris* dovrebbe essere particolarmente vantaggioso per il reo, al punto da spingerlo a rinunciare ai risultati economici garantiti dall'illecito[263]. Da questo punto di vista l'introduzione di una causa di non punibilità sarebbe sicuramente più coerente con l'obiettivo che si vuole raggiungere.

Peraltro non è pacifica l'utilità di strumenti premiali come quello previsto dall'art. 323-*bis*, co 2 c.p.. Infatti si è affermato in dottrina[264] che, al di là delle riserve di ordine etico e morale che si potrebbero nutrire, l'istituto si può prestare a strumentalizzazioni in chiave di ricatto di un soggetto, specialmente quello pubblico, rispetto all'altro. Senza considerare che esso può addirittura rivelarsi criminogeno, ingenerando nel correo l'idea che esista una "scappatoia" alla sanzione. Da questo punto di vista sono sicuramente da apprezzare le delimitazioni temporali richieste dalla proposta di Cernobbio, che obbligavano gli agenti ad un "ripensamento tempestivo" se volevano sperare di sottrarsi alla pena.

Apprezzabile è invece la scelta del legislatore del 2015 di tipizzare meglio le attività richieste per l'applicazione della circostanza. Non è sufficiente, come nelle proposte del passato, che l'agente denunci il fatto e collabori all'individuazione degli altri soggetti, essendo necessario che egli si adoperi a tre diversi fini: a) evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, b) collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, c) favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro (finalizzato alla confisca) delle somme o delle altre utilità trasferite

[263]CINGARI F. *Una prima lettura*, cit., p. 813.
[264]CINGARI F. *Una prima lettura*, cit., p. 813.

all'*intraneus*; il tutto, ovviamente, prima che tali risultati siano autonomamente conseguiti dagli inquirenti stessi. L'ipotesi attenuativa abbraccia dunque più condotte, tutte contrassegnate da un progressivo allontanamento del soggetto dal piano dell'offesa arrecata con la condotta illecita, e nella norma contemplate alternativamente e non cumulativamente, ciò in quanto il legislatore ha voluto offrire al "pentito" la più vasta gamma possibile di comportamenti di ravvedimento legati fra loro da un unico filo conduttore: il comportamento del colpevole deve essere anche nei fatti antagonista rispetto alla condotta delittuosa da lui posta in essere, così da ottenere, in complesso, un atteggiamento sintomatico di un autentico ravvedimento[265].

L'assenza di qualsiasi specificazione da parte del legislatore delle modalità di attuazione dell'"aiuto" rivela la chiara volontà di ricomprendere nell'ambito della norma qualsiasi tipo di ausilio, estrinsecabile in qualunque forma, che serva oggettivamente a contrastare il raggiungimento delle finalità corruttive perseguite dai responsabili.

Occorre soffermarsi brevemente sulla prima delle condotte richieste ("evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori") per cui non viene richiesto l'effettivo impedimento delle conseguenze ulteriori, bensì l'idoneità oggettiva del contributo al raggiungimento dello scopo. La locuzione "conseguenze ulteriori" ricomprende qualsiasi fatto o situazione che rappresenti l'effetto del reato commesso: sono, dunque, inerenti alla lesione o alla messa in pericolo del bene specificamente tutelato dalla norma incriminatrice impedendone ulteriori progressi offensivi e derivano in via diretta e immediata dalla condotta posta in essere dal reo sino all'arresto o alla sua scoperta.

Presenta invece un *deficit* di determinatezza la condotta di "assicurazione delle prove". Non si capisce infatti in cosa debba consistere esattamente l'attività del pentito. I primi commentatori ritengono che, per poter essere utile per gli inquirenti, essa debba essere finalizzata alla raccolta e/o conservazione delle fonti probatorie, quindi un mero rafforzamento del quadro probatorio già acquisito dall'autorità giudiziaria e idoneo a sostenere l'accusa, non potrà rilevare ai fini dell'applicazione dell'attenuante.

[265] BENUSSI C., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323*-bis *c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015

Il contributo dovrà essere spontaneo, determinato cioè da motivi interni all'agente e non influenzato in alcun modo da fattori esterni che operino come pressione sulla spinta psicologica. Inoltre esso deve essere "efficace", dovrà, cioè, consistere in un aiuto sostanziale, determinante e decisivo. In altri termini, è richiesta la realizzazione di un risultato che torni utile e proficuo agli organi giudiziari, se il risultato viene conseguito indipendentemente dalla fattiva collaborazione dell'autore, l'attenuante non potrà operare[266].

4 Modifiche prettamente processuali: patteggiamento e sospensione condizionata.

Dal punto di vista processuale l'art. 444 c.p.p. risulta modificato in merito al patteggiamento per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater e 322-bis del codice penale; l'ammissibilità della richiesta di patteggiamento è ora subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

Tutto ciò corrisponde ad un preciso intento da parte di legislatore, e cioè quello di rendere più complesso e arduo il ricorso al patteggiamento che, per sua intrinseca struttura, riduce sensibilmente l'efficacia e l'incisività della pena detentiva.

Si assiste, nell'ambito dei soggetti a cui è consentito usufruire della disciplina del patteggiamento, al venir meno di qualsiasi riferimento all'art. 320 c.p. con la conseguenza che, per il reato di corruzione propria, in atti giudiziari e corruzione per l'esercizio della funzione, l'incaricato di pubblico servizio non potrà beneficiare di quanto disposto dall'art. 444 c.p.

In secundo, per i reati precedentemente richiamati, non è concesso nemmeno al privato corruttore la possibilità di accedere all'istituto del patteggiamento.

La riforma del 2015 inoltre ha modificato anche l'art. 165 c.p. per quanto concerne la sospensione condizionale della pena, stabilendo che: «Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di

quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio (…)».

Come si evince la disciplina esclude la figura del privato corruttore; tale istituto sembra concedere una più ampia e rafforzata effettività del sistema pena, pur tuttavia generando quel contrasto, già trattato in precedenza, con il novello art. 322-quater c.p. che racchiude al suo interno sia il carattere patrimoniale sia l'obiettivo punitivo.

Concludendo

Per concludere, la l. 69/2015 ha introdotto significative novità per quanto riguarda la lotta e il contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione, pur nascendo come una legge di modifica e quindi non dotata di quell'autonomia che caratterizzava la l. 190/2012; per una parte della dottrina tuttavia questa ultima modifica normativa poteva essere strutturata in altro modo, permettendo di risolvere questioni ancora aperte che soprattutto dal punto di vista pratico, comportano ancora delle difficoltà dal punto di vista interpretativo.

Occorrerebbe quindi un'ulteriore riforma che da un lato potenzi l'apparato preventivo - in quanto quello sanzionatorio risulta adeguato ai fenomeni-, e dall'altro snellisca le attività proprie degli uffici investigativi e giudiziari, permettendo altresì una maggior velocità dell'apparato burocratico senza che ovviamente vengano meno gli interessi costituzionalmente tutelati.

5 Ulteriori elementi di tutela contro il sistema – corruzione.

Dovere di completezza ci impone di prendere brevemente in considerazione altre fattispecie, alcune presenti nel codice penale, altre no, che servono a non lasciare lacune punitive nella repressione della corruzione sistemica. Anche in relazione a questi reati la riforma del 2012 ha profondamente inciso, modificando la struttura delle norme preesistenti o introducendone di nuove. Ma andiamo con ordine.

5.1 Il traffico di influenze illecite.

La l. n. 190/2012 ha introdotto l'art. 346-*bis* c.p. che disciplina il delitto di traffico di influenze illecite, fattispecie di derivazione internazionale ed estranea alla nostra tradizione giuridica, tanto che neppure il diritto giurisprudenziale l'aveva mai riconosciuta, sostanzialmente per un problema di tipicità delle norme sulla corruzione, tutte incentrate su uno stretto rapporto tra il pubblico ufficiale e l'atto d'ufficio.

Quando la corruzione diventa "sistema", viene meno il rapporto strettamente negoziale tra pubblico agente e privato e questo si traduce non solo in un diverso atteggiamento da parte dell'*intraneus* che non "vende" più un solo atto ma la propria intera funzione, ma anche in profonde modifiche sul piano soggettivo, con la nascita di una figura di estrema importanza: l'intermediario.

[266] BENUSSI C., *Alcune note*, cit., p. 3.

A partire dall'esperienza di Mani Pulite, infatti, emerse come le tangenti venissero il più delle volte pagate non direttamente al politico o al pubblico agente corrotto, bensì per tramite di faccendieri, tuttavia applicare lo schema corruttivo al di fuori del rapporto mercantile come configurato dal codice del 1930, ossia a soggetti privi di qualifica pubblicistica, avrebbe comportato un'estensione analogica *in malam partem*[267].

La Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 e quella dell'ONU firmata a Merida nel 2003, richiedevano espressamente all'Italia di colmare il vuoto normativo introducendo la fattispecie del c.d. *trading in influence*. Il legislatore si è risolto ad intervenire dopo una travagliata gestazione che sin dai lavori preparatori ha messo in luce i timori di una possibile interpretazione giurisprudenziale eccessivamente estensiva.

Eppure era evidente il disvalore del fenomeno, per l'alto rischio di distorsioni della funzione amministrativa nei casi in cui il pubblico ufficiale sia destinatario di pressioni da parte di gruppi o personaggi influenti che riescono a piegare la sua azione al soddisfacimento di interessi privati.

Era necessario dunque un intervento penale, il cui approdo è stato una norma (l'art. 346-*bis* c.p.[268]) collocata tra i delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione subito dopo quella, in qualche modo antagonista, del millantato credito. Il legislatore non ha prestato orecchio ai suggerimenti della dottrina che proponeva, per colmare il vuoto normativo più volte denunciato in sede internazionale, una lettura del reato di millantato credito per cui potessero rilevare non solo le relazioni solo falsamente vantate ma anche a quelle esistenti, intese come capacità di manovra, amicizie, agganci di cui il millantatore effettivamente disponesse[269]. Questa lettura, non immune da perplessità, sembrava plausibile perché non in contrasto con il dato letterale e perché si presentava come

[267] Cass. Pen., Sez. VI, 6 novembre 2006, n. 5781, (Simonetti e altri).

[268] La norma recita: "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".

[269] ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione – I delitti dei privati. Commentario sistematico*, Milano, 2013.

un'interpretazione evolutiva di supplenza. L'ambivalenza del millantato credito è consustanziale alla "viscosità" del fenomeno corruttivo in cui si colloca l'attività del faccendiere che spesso si esprime in forme variegate nella vastissima area che abbraccia sia la periferia esterna della corruzione in senso lato, sia la corruzione in senso stretto [270] , caratterizzata dalla presenza di un potere che "circola", non restando mai fermo nelle mani di un soggetto, ma espandendosi in tutte le direzioni. Il problema era comune anche ad altri Paesi, che lo hanno affrontato con la costruzione di una o più disposizioni volte a contrastare il fenomeno, in cui convergono sia la millanteria vera e propria, sia l'esagerazione di un'influenza realmente esistente, sia la mera strumentalizzazione della stessa.

L' art. 346-*bis* c.p. risolve in parte le ambiguità del millantato credito, in parte le mutua, disegnando in ogni caso un fronte di tutela non del tutto omogeneo. A ben vedere sul piano letterale l'art. 346 c.p. richiede la millanteria e dunque presuppone l'inesistenza del credito, ma non necessariamente della relazione, mentre l'art. 346-*bis* c.p. richiede che sussista la relazione ma non postula l'esistenza né del credito né dell'influenza [271] . Sul piano dell'interpretazione letterale, dunque, le due disposizioni si trovano tra loro in un rapporto di eterogeneità, ma non di incompatibilità [272] . L'interpretazione sistematica, invece, avvalora indirettamente la tesi che inquadra il reato di millantato credito come una forma di "truffa qualificata". La loro collocazione topografica rende infatti evidente la loro contiguità. La differenza strutturale risiede certamente nella natura dei rapporti tra l'intermediario e il pubblico agente: mentre nel millantato credito questi devono essere "vantati", tanto che la Pubblica Amministrazione diventa persona offesa della *venditio fumi*, nel traffico di influenze illecite essi devono essere "esistenti", come espressamente richiesto dalla norma. Può ritenersi che l'art. 346 c.p. miri a tutelare il prestigio dell'amministrazione, mentre l'art. 346-*bis* c.p. tenda a preservarne l'imparzialità

[270] Emblematici al riguardo sono i vari sinonimi con cui il faccendiere viene definito: maneggione, armeggione, mestatore, politicone ecc…

[271] LOSAPPIO G., *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cassazione penale,* n. 3/2015.

[272] Quindi rimanendo sul piano dell'interpretazione letterale, dal punto di vista sincronico sarebbe applicabile l'art. 81 c.p. (concorso formale di reati), mentre su quello diacronico si configura una situazione di completa continuità normativa tra il millantato credito sia nella formulazione testuale antecedente che successiva.

ed il buon andamento [273] . Se così è, non può dubitarsi che, per realizzare il discredito e la denigrazione della pubblica amministrazione costituente l'oggettività giuridica del reato di millantato credito previsto dall'art. 346 c.p., comma 2, non occorre né che il soggetto "millantato" sia specificamente individuato o individuabile, né che disponga di effettiva competenza funzionale rispetto al beneficio o favore fatto sperare o promesso dal millantatore alla persona offesa dalla illecita "vanteria". Per perfezionare il reato di cui all'art. 346 c.p., comma 2, è sufficiente che il millantatore faccia credere alla vittima di essere in grado di intervenire presso un pubblico ufficiale o un pubblico impiegato perché questi per denaro spenda a "favore" della vittima il prestigio, l'autorevolezza e l'influenza connessi alla sua qualità di pubblico impiegato, non occorrendo che egli eserciti o presti una funzione pubblica o un servizio pubblico strumentali rispetto alla realizzazione del prefigurato "favore". Ne consegue, allora, che non necessariamente (e a differenza di quanto prevede la fattispecie di nuovo conio di cui all'art. 346 *bis* c.p.) il pubblico funzionario (pubblico ufficiale o pubblico impiegato) "abbordabile" dal millantatore debba essere descritto come corrotto o pronto a rendersi partecipe di una corruzione passiva in senso proprio, essendo sufficiente che ne sia preannunciata anche la sua disponibilità, "comprabile" o "remuneratile", a svolgere interventi presso altri pubblici funzionari o presso soggetti terzi volti a favorire la vittima della millanteria, compromettendo con simile condotta la propria immagine di correttezza istituzionale[274]. Spetterà alla giurisprudenza stabilire quale grado di conoscenza tra intermediario e pubblico funzionario sia sufficiente per poter definire “esistenti” i rapporti tra i due. La questione si complica se si pone a mente a quell’orientamento della giurisprudenza che ravvisa il millantato credito anche nel caso in cui l’autore del reato abbia un rapporto reale con il pubblico agente ma questo venga “amplificato”[275] allo scopo di ottenere denaro o altra utilità.

A supporto di questa conclusione milita anche l’interpretazione teleologica, sollecitando una lettura del *link* mediatore – P.A. che abbia la consistenza per

[273] PRETE F., *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346*-bis *c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.*it, 20 dicembre 2012
[274] Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 18/04/2013, n. 17941.
[275] Cass. Pen., Sez. VI, 4 febbraio 1992, n. 5071 (Managuerra).

realizzare le ragioni che motivano il terzo a promuovere o accettare l'accordo con lo stesso intermediario[276].

Il risultato è che nel sistema ora sono presenti due norme che, al di là della totale impunità di uno dei due soggetti nell'art. 346 c.p. e della punibilità di entrambi ai sensi dell'art. 346-*bis* c.p., e dell'irragionevole distanza sul piano della cornice edittale, si presentano tra loro scoordinate e disarmoniche.

La nuova fattispecie, che incrimina dunque condotte strumentali alla realizzazione di futuri accordi illeciti in un'ottica di anticipazione di tutela, si snoda secondo due modalità alternative di realizzazione, a seconda che il denaro dato o promesso costituisca il "prezzo della mediazione" (a vantaggio dunque del mediatore) o una "remunerazione" destinata al pubblico ufficiale. Dal dettato normativo emerge la volontà del legislatore di limitare quanto più possibile la discrezionalità giudiziaria, a fronte di condotte fortemente anticipatorie sul piano dell'offensività, onde evitare la criminalizzazione di condotte di mediazione perfettamente lecite. In quest'ottica sembra muoversi la scelta di attribuire rilevanza penale alle sole mediazioni indirizzate al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o ritardo di un atto d'ufficio (anche nella loro forma di "atti giudiziari"), cui si attribuisce quindi un ruolo centrale nella struttura del fatto incriminato, in quanto elemento che di per sé esprime il disvalore del patto illecito [277] . Limitazione, questa, alla quale corrisponde l'eliminazione dalla clausola di riserva iniziale dell'art. 318 c.p. ("Fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-*ter*"), ma difficilmente accettabile sia sul piano della coerenza sistematica (il reato di corruzione per l'esercizio della funzione è infatti rilevante per l'integrazione del millantato credito), sia su quello della politica criminale. Sembra infatti irragionevole che il traffico di influenze illecite, nella sua prospettiva di anticipazione di tutela, debba limitarsi al solo *pactum sceleris* che abbia ad oggetto un atto contrario ai doveri d'ufficio.

La Corte di Cassazione, in una delle prime pronunce in materia, ha enunciato il principio di diritto per cui Il delitto di traffico di influenze di cui all'art. 346-*bis* c.p. è una fattispecie che punisce un comportamento propedeutico

[276] LOSAPPIO G., *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, cit. p. 1044.
[277] MERENDA I., *Il traffico di influenza illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 febbraio 2013.

alla commissione di una eventuale corruzione e non è, quindi, ipotizzabile quando sia già stato accertato un rapporto, alterato e non partitario, fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato[278].

Successivamente la giurisprudenza è andata oltre nell'analisi dei rapporti tra i reati corruttivi e il c.d. *trading in influence* affermando che le norme si differenziano, nella loro struttura, per la connotazione causale del prezzo, finalizzato a retribuire soltanto l'opera di mediazione e non potendo, quindi, neppure in parte, essere destinato all'agente pubblico [279] . Occorre sottolineare come questo principio può applicarsi solo alla prima delle condotte previste *ex* art. 346-bis c.p. (il denaro dato o promesso costituisce il "prezzo della mediazione"), perché altrimenti questa interpretazione colliderebbe espressamente con il dato normativo che prevede anche la possibilità che la dazione funga da remunerazione dello stesso pubblico agente per il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio[280].

L'aver escluso l'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva iniziale, pone inoltre il problema dell'eventuale concorso tra le fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione e traffico di influenze illecite, esplicitamente escluso invece riguardo alla corruzione propria e in atti giudiziari. Secondo parte della dottrina non sarebbe configurabile alcun concorso perché l'art 346-*bis* non punisce i pre-patti funzionali alla realizzazione della corruzione *ex* art. 318 c.p., ma soltanto preaccordi finalizzati ad atti contrari ai doveri d'ufficio, cosicché il limite più arretrato di responsabilità penale ai sensi dell'art. 318 c.p., sarebbe costituito dall'istigazione *ex* art. 322 c.p.

Una soluzione ai problemi applicativi derivanti dal rapporto tra gli artt. 318 e 346-*bis* c.p. potrebbe derivare da una lettura che parte della dottrina ha avanzato, e che ritiene la limitazione citata alla sola condotta di ricezione di denaro al fine di "remunerazione" del pubblico agente, mentre laddove essa sia intesa come "prezzo della mediazione", l'attività dell'intermediario potrebbe avere ad oggetto qualsiasi forma di corruzione. Ove si ritenesse questa conclusione preclusa dal

[278] Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 11/02/2013, n. 11808.
[279] Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 27/06/2013, n. 29789.
[280] NOTARGIACOMO V., *Osservazioni a Corte di Cass., n. 29789, 27 giugno 2013*, in *Cassazione penale*, n. 3/2014.

tenore della norma, l'alternativa obbligata sarebbe configurare condotte del genere come accordi a commettere un delitto *ex* art. 115, co. 2 c.p..

Completano il quadro normativo previsto dall'art. 346-*bis* c.p., le previsioni di due aggravanti ad effetto comune che si riferiscono rispettivamente all'ipotesi in cui il soggetto che riceve la dazione o la promessa sia a sua volta un pubblico ufficiale, e per i fatti commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. La pena è invece ridotta per i fatti di particolare tenuità.

5.2 La corruzione tra privati.

La riforma del 2012 ha inciso anche sul versante della "corruzione tra privati", fattispecie fortemente acclamata in sede internazionale e in cui la previgente disciplina italiana era particolarmente carente.

Nel nostro ordinamento infatti era presente l'art. 2635 c.c., che disciplinava il reato di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", reato societario a tutela del patrimonio sociale. Per rafforzare la strategia di contrasto al fenomeno corruttivo si è scelto dunque di non introdurre una nuova fattispecie bensì di intervenire su quella già esistente, mantenendone la struttura di illecito fondato su di un accordo corruttivo legato al compimento o all'omissione dell'atto in violazione degli obblighi d'ufficio[281], schema già sperimentato in ambiti affini quali quello della revisione legale dei conti.

Le modifiche apportate all'art. 2635 c.c.[282] sono sicuramente degne di nota ma non pare una significativa innovazione, in relazione alle richieste provenienti dagli organismi internazionali, rispetto ai limiti di fondo della previgente

[281] SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 11.

[282] La norma recita "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.
Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. […]
Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi".

disciplina che già erano stati ravvisati e denunciati, anzi può dirsi che esse presentano ulteriori profili di incertezza.

Già l'introduzione del previgente art. 2635 c.c.[283] ad opera del d. lgs. n. 61/2002 rappresentava il frutto di impegni sovranazionali[284], ed esso, insieme all'art. 2634 c.c., rappresentava una novità assoluta nel nostro ordinamento. Pur salutata con favore, perché rappresentava la prima presa di posizione esplicita del legislatore italiano, la norma fu accolta con perplessità. In primo luogo faceva discutere la stessa denominazione adottata ("infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità"), considerata poco idonea a sottolineare il profilo corruttivo del fatto[285]. Ma soprattutto le critiche si indirizzavano alla scelta di ancorare la dimensione tipica del fatto alla causazione di un "nocumento alla società" e di condizionare la procedibilità del reato alla querela della persona offesa. Questa scelta era coerente con la collocazione sistematica della norma (delitti a tutela del patrimonio sociale) e con l'idea di fondo che emerge dall'intero d. lgs. 61/2002, ma poco idonea a reprimere i fenomeni corruttivi. Queste considerazioni portavano a ritenere la norma assolutamente "disnomica": introdotta col dichiarato obiettivo di dar vita ad una figura di corruzione nel settore privato, prima viene depurata da questo profilo nel nome, ed in seguito viene modificata nel genoma[286].

Dopo l'entrata in vigore di quella prima fattispecie, la Decisione quadro 2003/568/GAI e la Convenzione di Merida hanno ulteriormente precisato e ribadito gli obblighi di intervento legislativo. In particolare fu richiesto ad ogni Stato membro l'adozione di misure necessarie a conferire rilevanza penale al fatto di "promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito

---

[283] Nella sua vecchia formulazione l'art. 2635 c.c. rubricato "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" recitava: "Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società sono puniti con la reclusione sino a tre anni.
La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità.[…]
Si procede a querela della persona offesa."

[284] Il riferimento è all'Azione Comune 98/742/GAI sulla corruzione nel settore privato, adottata nel 1998 dal Consiglio dell'Unione europea e alla Convenzione penale sulla corruzione, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1999.

[285] FOFFANI L., *Commento all'art. 2635 c.c.*, in PALIERO C. E. – PALAZZO F. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.

[286] MELCHIONDA A., *Art. 2635 c.c. («Corruzione tra privati»)*, in *Giurisprudenza* italiana, fasc. 12, 2012

vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità del settore privato o lavori per tale entità, per sé o per un terzo, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto", ma anche alla condotta di "sollecitare od accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per sé o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei proprio doveri". Anche il GRECO ha stigmatizzato i limiti della disciplina italiana, in particolare criticando le limitazioni sul profilo dei soggetti attivi, il mancato riferimento alla possibilità che la tangente sia offerta anche a terzi o che il reato sia commesso indirettamente, e soprattutto sulla richiesta del nocumento alla società per l'integrazione del reato.

Il reale problema della disciplina previgente era dato dall'idea di fondo che aveva ispirato il d. lgs. 61/2002: la "patrimonializzazione" del bene giuridico, che impediva al legislatore di vedere la vicinanza tra questo illecito e la corruzione pubblica. Laddove si legga però la corruzione tra privati nel suo nucleo essenziale, ossia come condotte di varia natura di amministratori o dipendenti che privilegino, ad esempio, un fornitore della propria azienda a scapito di altri non per l'oggettiva convenienza qualità – prezzo del bene o servizio offerto, ma sulla base della tangente ricevuta, emergono molti aspetti in comune tra le due fattispecie. Anzi si può affermare che, in gran parte delle sue manifestazioni, la corruzione tra privati si presenta "concentrica" rispetto a quella pubblica, nel senso che rivela il medesimo centro, lo stesso nocciolo duro[287]. Comunanza di centro che può essere identificata laddove la corruzione in senso empirico – sociale, sia definita alla luce della "relazione di agenzia" sottostante[288], ossia come violazione delle clausole di un contratto agente – principale che prevede una delega di responsabilità. Nella corruzione tra privati l'illecito consiste nella violazione del dovere di agire a solo vantaggio della società e quindi dei soci stessi, in quella pubblica può ravvisarsi nell'inosservanza da parte degli agenti del dovere di fedeltà, inteso come dovere principale di un rapporto in nome del quale il titolare è obbligato a curare

[287] FORTI G., *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica:un contributo di tematizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* fasc. 4/2003.
[288] Intesa come il contratto in base al quale una o più persone (i principali) impiegano un'altra persona (l'agente) a prestare un servizio nel loro interesse, che implica la delega all'agente di qualche potere decisionale.

l'interesse (o anche l'interesse) di altri, che viene a lui affidato, a preferenza del suo stesso interesse e quindi eventualmente anche con pregiudizio di questo.

Solo con la l. n. 190/2012 si è proceduto quindi ad una revisione dell'istituto per conformare la nostra disciplina agli obblighi internazionali.

Innanzitutto merita approvazione, per quanto sia una modifica meramente formale, il cambiamento del *nomen juris*, che oggi fa espressamente riferimento alla "corruzione tra privati". Parimenti condivisibile è la confermata esclusione dalla cerchia dei soggetti attivi dell'originario riferimento ai "responsabili della revisione". Questa scelta si spiega da un lato con le diversa offensività delle condotte di soggetti esterni alla società, dall'altro perché l'inclusione di tali soggetti sembrava poco coerente con una prospettiva di tutela incentrata sul patrimonio sociale. Occorre sottolineare peraltro che per i responsabili della revisione oggi l'art. 174-*ter* del t.u.f. prevede una specifica fattispecie di "corruzione dei revisori". Ancora sui profili soggettivi, merita approvazione l'esplicita considerazione anche di soggetti diversi da figure "apicali", con l'odierna rilevanza penale anche del fatto commesso da persone sottoposte alla vigilanza di uno dei soggetti attivi della fattispecie base. Parallela a questa estensione, è la previsione del minimo edittale di pena che mira a creare una parziale diversificazione della forbice sanzionatoria.

Sul piano oggettivo spicca la previsione per cui la condotta attiva od omissiva[289] del "corrotto" possa avvenire non più solo in violazione degli obblighi inerenti l'ufficio, ma anche in violazione di quelli di fedeltà. Posto che in passato si era consolidata una lettura che inquadrava la violazione degli obblighi inerenti l'ufficio in qualunque inosservanza dei generali doveri di fedeltà, lealtà e correttezza, tale estensione sembra essere pleonastica[290]. I primi commentatori, nello sforzo di trovare una giustificazione razionale alla modifica, ritengono che essa possa essere determinata dalla citata estensione sul profilo soggettivo. Tuttavia nel dettato normativo il rispetto degli obblighi di fedeltà sembra doversi applicare indistintamente a tutti i soggetti attivi, il che rievoca passate critiche rispetto alla formulazione dell'originaria fattispecie tedesca dell'"*Untreue*" e

[289] In questo si coglie una distinzione degna di merito rispetto alla fattispecie *ex* art. 2634 c.c. che richiede il compimento di atti di disposizione dei beni sociali.
[290]MUSCO E., MASULLO M. N., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007

riapre antiche perplessità sulla valorizzazione in sede penale di un generico dovere di fedeltà. Nella necessità di ricercare una nozione giuridica degli obblighi di fedeltà, il parametro di riferimento potrebbe essere offerto dall'art. 2105 c.c. il cui contenuto oscilla però tra i divieti di concorrenza e riservatezza ivi previsti e l'espansione registratasi in giurisprudenza che arriva a ricomprendere principi di lealtà, correttezza e buona fede, derivandone quindi un immediato *deficit* di determinatezza: è auspicabile quindi che gli obblighi di fedeltà siano fatti confluire all'interno degli obblighi d'ufficio.

L'art. 2635 c.c. sanziona solo la corruzione propria antecedente, ove la dazione o promessa procede per il compimento dell'atto o la sua omissione. Conviene evidenziare però come a differenza del sistema di reati previsto dagli artt. 318 ss. c.p., la cui consumazione è legata al perfezionamento dell'accordo, in questo caso saranno necessari non solo l'esecuzione del *pactum sceleris* ma anche la verificazione del nocumento alla società.

Ancora sul piano oggettivo, se è da condividersi alla luce degli obblighi internazionali la scelta di attribuire rilevanza penale anche alla dazione di denaro per conto di terzi, grandi perplessità suscita la volontà di lasciare, quale elemento tipico della fattispecie, il nocumento alla società. Tale requisito conferma la volontà di orientare la fattispecie ancora nella prospettiva di tutela del patrimonio sociale, prima che degli interessi pubblici sottesi alla repressione della corruzione nel settore privato.

L'evento del reato è descritto quindi come "nocumento alla società", nozione che appare funzionale ad estendere l'accertamento del pregiudizio oltre il danno emergente, fino a ricomprendere anche il lucro cessante e i danni reputazionali, e che deve risultare causalmente collegato all'atto compiuto od omesso: questa tutela esclusivamente interna esclude rilievo a danni esterni alla società, *in primis* a soci o creditori. A questa opzione corrisponde la scelta di vincolare la perseguibilità del reato alla querela della persona offesa. Rispetto alla previgente disciplina, però, la condizione di procedibilità non si applica ove dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi. Questa configurazione appare peraltro conseguenza di un erroneo recepimento della Decisione quadro 2003/568/GAI che riconosceva agli Stati membri la

possibilità di limitare l'ambito di applicazione della nuova fattispecie alle condotte che comportassero, o che avrebbero potuto comportare, distorsione della concorrenza. Tuttavia la scelta domestica si presenta significativamente diversa e foriera di incertezze in quanto la facoltà discrezionale lasciata agli Stati opera non già sul piano della "punibilità" del fatto bensì su quello della mera "procedibilità d'ufficio"[291], requisito particolarmente delicato perché è espressione diretta dello stesso principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex* art. 112 Cost[292].

La scelta sul regime di perseguibilità è frutto di un compromesso ottenuto al termine di un acceso dibattito in cui si sono affacciate le soluzioni più svariate. Dallo schema che ne è derivato, emerge innanzitutto la subordinazione dell'interesse pubblico a quello privato, che rende la corruzione penalmente irrilevante quando, pur in presenza dell'offesa per il bene della concorrenza, il fatto non abbia recato nocumento alla società. Si pone poi il problema circa il ruolo ascrivibile alla "distorsione della concorrenza". Se cioè debba intendersi come ulteriore evento del reato, etiologicamente legato all'esecuzione dell'accordo corruttivo, o invece come criterio meramente descrittivo dell'essenza lesiva corruzione, se avente ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi [293] . L'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione propende per la prima soluzione, configurando la distorsione della concorrenza come un evento da problematico accertamento e posto in relazione non già con la condotta illecita bensì con il fatto oggetto di incriminazione nel suo insieme, di talché si potrebbe pensare che l'alterazione debba dipendere dal nocumento alla società, elemento che resta imprescindibile anche qualora il reato diventi perseguibile d'ufficio[294].

Questa soluzione però non convince, infatti la concorrenza non rappresenta uno stato di fatto o un fenomeno suscettibile di riscontro empirico, ponendosi piuttosto come una qualità del mercato legata alle condizioni d'accesso, sicchè la sua distorsione va concepita come un pericolo astratto[295].

---

[291] MELCHIONDÀ A., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 9.
[292] BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
[293] SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privato*, in *Le Società*, n. 1/2013.
[294] UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Rel. n. III/11/2012*, del 15 novembre 2012.
[295] SEMINARA S., *Il reato di corruzione,* cit., p. 67.

Sul piano strutturale la fattispecie *ex* art. 2635 c.c. è descritta come reato bilaterale a concorso necessario, la cui integrazione deriva dalla convergenza di una condotta di dazione o promessa e un'altra di ricezione o accettazione. Emerge una grande differenza rispetto al modello adottato dagli atti internazionali e comunitari ove corruzione attiva e passiva vengono ciascuna elevate a oggetto di autonoma incriminazione[296]. Questa scelta legislativa non può che avere notevoli effetti in tema di tentativo, che sarà configurabile solo in presenza di atti idonei e univoci posti in essere da entrambi i soggetti, non essendo possibile invece individuare ipotesi di tentativi unilaterali come quelle disciplinate dall'art. 322 c.p..

Infine, per dovere di completezza, indubbio favore merita la previsione della responsabilità dell'ente cui appartenga il soggetto "corruttore". La limitazione ad un solo fronte del *pactum sceleris* è derivazione diretta della necessità, per l'integrazione del reato, del nocumento alla società, non potendo infatti immaginarsi che un reato che cagioni un danno alla società venga commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente, come richiesto dall'art. 5, co. 1 d. lgs. 231/2001.

Analizzando il quadro completo della nuova disciplina, si deve constatare che, sebbene rispetto alla precedente formulazione si assista ora ad un intreccio di prospettive privatistiche e pubblicistiche, ciò non implica un mutamento dell'assetto di tutela a causa della presenza, quale elemento costitutivo del reato, del nocumento alla società. Alla luce di questa osservazione non possono sussistere dubbi che anche la nuova fattispecie risulta inidonea a perseguire gli obiettivi di lotta alla corruzione auspicati in sede internazionale e comunitaria sotto almeno tre profili. Innanzitutto, nonostante il mutamento della rubrica dell'art. 2635 c.c., esso si mantiene legato al contesto societario escludendo dal suo ambito applicativo settori (quali le "attività commerciali", le "attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro" e le "attività economiche o finanziarie") che hanno ricevuto apposita tutela nelle Convenzioni. In secondo luogo la norma differisce dai modelli internazionali che configurano le due condotte dei soggetti agenti (dazione o promessa da un lato,

[296] SEMINARA S., *Il reato di corruzione,* cit., p. 66.

ricezione e accettazione dall'altro) come autonome condotte di reato mentre nel sistema italiano la fattispecie è strutturata come reato plurisoggettivo a concorso necessario. Infine il nodo principale resta la necessità del nocumento alla società, in pieno contrasto pubblicistico auspicato in sede comunitaria.

5.3 Il finanziamento illecito ai partiti.

Merita infine un cenno una fattispecie che, assieme alla corruzione, è stata oggetto di una diffusissima applicazione a partire dai primi anni '90.

La prima normativa in materia di finanziamento illecito ai partiti risale alla l. n. 195/1974. Prima di allora, nonostante le ingenti somme che pure erano necessarie per sostenere le loro attività, l'approvvigionamento di risorse da parte dei partiti non era soggetta ad alcuna disciplina a causa delle preoccupazioni da parte della classe politica che un finanziamento pubblico avrebbe comportato un rigido sistema di controlli. Tuttavia il crescente bisogno di fondi aveva indotto esponenti dei partiti a sollecitare forme di finanziamento da parte di enti pubblici o comunque soggetti preposti alla loro dirigenza, suscitando forte scandalo presso l'opinione pubblica per i timori di strumentalizzazione dell'apparato pubblico da parte delle forze politiche. Problemi non minori poneva il finanziamento da parte di società private, che potevano così orientare l'attività dei partiti. Per tale motivo si decise di porre a carico dello Stato l'onere di finanziare le forze politiche, chiarendo però, per superare le vecchie remore, che non vi sarebbe stato alcun controllo sulla democraticità della vita interna dei partiti[297].

Si pervenne così alla l. n. 195/1974 che prevedeva due forme di finanziamento: a) un rimborso delle spese sostenute in occasione delle elezioni politiche generali; b) un contributo ordinario annuo, erogato attraverso i gruppi parlamentari. Tale disciplina è stata dapprima modificata con l. n. 659/1981, e poi abrogata attraverso la l. n. 157/1999 che ne ha lasciato però in vigore l'art. 7 che, modificato recentemente dalla l. n. 96/2012, individuava una serie di divieti al finanziamento sanzionando penalmente sia l'erogazione che la riscossione di somme in violazione di essi.

[297] MANNA A., *Corruzione e finanziamento*, cit., p. 136.

Il delitto, per lungo tempo negletto, si è imposto all'attenzione comune divenendo, insieme alla corruzione, il reato – marchio di Tangentopoli. La sua modesta gravità edittale è sormontata dalla dirompente carica simbolica che la figura sprigiona. La scoperta giudiziale di tale reato non ha tuttavia sviluppato un'adeguata elaborazione dottrinale.

In particolare l'area del penalmente rilevante varia a seconda della categoria dei soggetti da cui il finanziamento provenga. Infatti l'art. 7, co. 1 prevede un divieto assoluto al finanziamento in favore di partiti, loro articolazioni politico – organizzative [298] e gruppi parlamentari da parte di organi della Pubblica Amministrazione, enti pubblici, società con partecipazione al capitale pubblico superiore al 20% o società da queste ultime controllate. La l. n. 96/2012 ha incluso nel novero dei soggetti anche società con partecipazione pubblica pari o inferiore al 20% (nonché società da queste ultime controllate), laddove questa partecipazione minima assicuri comunque una posizione di controllo allo Stato o all'ente pubblico. Riguardo a quest'ultime la norma non richiama la nozione civilistica di controllo societario e ciò nuoce alla omogeneità delle ipotesi ivi previste

Viceversa per quanto riguarda i finanziamenti provenienti da società private, essi non sono vietati in assoluto ma la loro liceità è subordinata a due requisiti: a) essi devono essere approvati con delibera dell'organo sociale; b) devono essere regolarmente iscritti a bilancio. La Corte di Cassazione ha chiarito che entrambi i requisiti sono necessari, quindi la mancanza anche di uno solo dei due rende illecita l'erogazione di somme di denaro[299]. Dunque in questo secondo caso il finanziamento non è precluso ma soggetto ad alcuni requisiti formali. Quanto al primo la norma parla di delibere facendo pensare *prima facie* ad un organo collegiale. Tuttavia questa conclusione è del tutto arbitraria, infatti l'art. 7 non crea una competenza *ad hoc*, ma rinvia alle relative norme civilistiche: posto che l'assemblea non ha competenza generale e il finanziamento rientra tra gli atti che

[298] Cass. Pen., Sez. III, 4 dicembre 1997, n. 4187, chiamata a pronunciarsi sull'estensione di tale categoria, ha affermato che essa include "qualsiasi struttura o organismo a mezzo del quale il partito persegue o tenta di perseguire, anche indirettamente e surrettiziamente, le finalità sue proprie e realizzare il suo programma, ancorché non vi sia un inserimento organico della struttura stessa nel partito a livello centrale o periferico".
[299] Cass. Pen., Sez. II, 21 febbraio 2000, n. 14791.

non eccedono il limite dell'oggetto sociale, deve ritenersi che l'organo competente alla delibera sia il Consiglio d'Amministrazione o il comitato esecutivo. Occorre sottolineare che nella realtà empirica sovente si assiste alla nomina di un amministratore delegato che raccoglie in sé tutti i poteri di gestione, mentre il c. d. a. diventa un organo di sorveglianza. Ne consegue che per la sussistenza del reato sarebbe sufficiente la decisione dell'a. d., ma da un lato merita di essere evidenziato che in questo caso non si tratterebbe di una delibera *stricto sensu*, dall'altro si tenga presente che le decisioni di questa figura non sono vincolate a forme particolari e sono prive di qualunque pubblicità, con un completo svuotamento pratico della norma incriminatrice. In verità bisogna distinguere i due profili della riferibilità del finanziamento alla società e della liceità dello stesso: per risolvere il primo problema è necessario che l'erogazione venga decisa da un organo in grado di impegnare la società nei rapporti esterni [300] ; per il secondo invece le alternative possibili sono due. O si chiede una delibera/decisione dell'organo competente comunque assunta (ma ciò, abbiamo visto, rischia di compromettere l'efficacia della norma), oppure si richiede una delibera *ad hoc* del consiglio d'amministrazione che preceda e autorizzi l'erogazione ma a questo punto si profilano diverse obiezioni, in quanto tale requisito non è espressamente richiesto dalla norma, ed inoltre sarebbe superfluo ai fini della liceità rispetto alla delibera del c. d. a. che approva il progetto di bilancio in cui l'erogazione è iscritta. Breve: per la riferibilità del finanziamento alla società è necessaria una decisione di un organo societario di gestione, per la sua liceità è sufficiente l'unico requisito dell'iscrizione a bilancio.

Data la profonda diversità strutturale tra le due norme[301], non può ritenersi che l'oggettività giuridica da esse protetta sia la medesima. L'assolutezza del divieto di finanziamenti pubblici è preposta ad evitare che si creino delle "sperequazioni" tra le varie formazioni politiche di maggioranza e di opposizione. La disciplina originaria prevedeva infatti che le uniche erogazioni pubbliche

[300] Un dirigente che si appropri di denaro societario e con questo finanzi un partito non commetterà il reato in esame perché affinché ciò avvenga è necessario non solo che si tratti di fondi societari, ma anche che il finanziamento sia deciso da un organo societario.

[301] MANNA A., *Corruzione e finanziamento*, cit., p. 140 rileva come la fattispecie di cui all'art. 7, co. 1 è una norma – divieto, sancendo dunque un obbligo di astensione penalmente sanzionato, mentre la seconda è una norma – comando, che impone un obbligo a contenuto positivo.

possibili, oltre ai rimborsi spese per le campagne elettorali, fossero quelle destinate ai partiti attraverso i gruppi parlamentari. In sostanza si parametrava la distribuzione dei fondi pubblici ai risultati delle competizioni elettorali e si voleva evitare che tale criterio distributivo fosse eluso dai partiti politici di maggioranza in una determinata legislatura. Peraltro la circostanza per cui il divieto in esame intervenga anche su società partecipate dallo Stato in misura superiore al 20% o società da queste controllate induce a credere che a tale fattispecie sia sottesa la preoccupazione in generale di evitare la perdita di denaro pubblico al di là di una certa misura o proporzione. Questa tesi sembra avvalorata dall'abrogazione del finanziamento attraverso i gruppi parlamentari e dall'estensione del divieto anche a società in cui lo Stato detenga una partecipazione inferiore al 20% ma mantenga una posizione di controllo.

La norma che incrimina i finanziamenti privati "irregolari", prevedendo solo delle modalità con cui l'erogazione di fondi deve avvenire, implicitamente sancisce il principio della generale liceità del finanziamento privato alle formazioni politiche, e da ciò si deduce che la disposizione non è finalizzata ad evitare condizionamenti della politica da parte di soggetti con grandi capacità economiche, ma ad assicurare la "trasparenza" dei rapporti tra economia e politica.

Quest'ultima circostanza ha indotto parte della dottrina a dubitare della legittimità costituzionale della fattispecie perché priva di una reale "offensività"[302]. Si riteneva infatti che la trasparenza non fosse un bene in sé ma solo un valore strumentale per assicurare la tutela di altri interessi che costituissero il vero bene protetto. Una fattispecie che avesse quindi a tutela la mera trasparenza dei rapporti, è da considerarsi priva di offensività e quindi incostituzionale.

In realtà questa impostazione non convince perché la disposizione tutela sì il bene della "trasparenza", ma non in quanto fine a se stesso, bensì perché strumentale alla tutela di uno dei più alti valori concepibili in un ordinamento liberal – democratico: il diritto di partecipazione democratica alla vita politica[303].

[302]FIORELLA A., *Sul finanziamento occulto dei partiti politici*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1995, fasc. 1, p. 181–190.
[303] MANNA A., *Corruzione e finanziamento*, cit., p. 144.

Solo il cittadino – elettore consapevole dei rapporti intercorrenti tra un partito e un soggetto economico capace di orientarne l'attività, potrà coscientemente decidere se apprestare o meno alla forza politica il suo consenso.

Maggiormente fondate appaiono, invece, ulteriori perplessità di ordine costituzionale che pure sono state sollevate, in particolare per la violazione del principio di uguaglianza. Tra i possibili soggetti attivi privati del delitto in esame, manca infatti il riferimento a persone fisiche, società di persone, associazioni o fondazioni[304]. In realtà la lacuna in questione era stata colmata con l. n. 659/1981 che subordinava la liceità dell'erogazione effettuata dal privato ad una dichiarazione congiunta, da parte di erogatore e beneficiario, indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, qualora la somma superasse i cinque milioni annui, tuttavia a distanza di pochi mesi, la l. n. 689/1981 ha depenalizzato il reato *de quo*, qualificandolo come illecito amministrativo[305].

Stupisce questa esclusione perché anche questi soggetti possono assumere un importante ruolo economico ed orientare le scelte dei partiti politici, pertanto la differenza di trattamenti risulta irragionevole.

L'art. 7 della l. n. 195/1974 fa riferimento a finanziamenti o contributi erogati "sotto qualsiasi forma, diretta o indiretta". La giurisprudenza[306] ha chiarito che l'agevolazione patrimoniale al partito può avvenire o attraverso un incremento dei ricavi o un decremento dei costi [307] . Inoltre l'erogazione non richiede necessariamente una copertura contabile, potendo realizzarsi con consegna materiale occulta di denaro o accredito in conti esteri, oppure con falsa fatturazione o sovrafatturazione passiva della società erogante, e può essere anche indiretta, cioè destinata non al partito, ma a società controllate o a società

[304] A ben vedere l'art. 7, co. 2 della l. n. 195/1974 individua il novero dei soggetti attivi *a contrario*, facendo riferimento all'elencazione del co.1 che si rivolge a società con partecipazione di "capitale" pubblico.
[305] FRANCINI E. M., *Finanziamento illecito ai partiti: un'applicazione della legge n. 195 del 2 maggio 1974. Nota a Trib. Roma 28 marzo 2013, n. 6327*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc. 11, 2013.
[306] Cass. Pen., Sez. VI, 13 gennaio 1994, Patanè.
[307] IACOVIELLO F., *Un delitto-simbolo: il finanziamento illecito a partiti politici*, in *Cassazione penale,* n. 6/1995 individua almeno quattro modalità con cui si può integrare il reato: 1) erogazione di un contributo; 2) erogazione di un finanziamento (cioè una somma di denaro con obbligo di restituzione) senza interessi o a tassi non rispondenti a usi economici; 3) rinunzia ad un credito; 4) accollo di un costo di gestione spettante al partito.

fiduciarie o a mandatari. In questo senso non costituisce finanziamento la partecipazione del partito agli utili di una società di cui esso sia azionista.

Un dato storico: la disciplina dettata dalla l. n. 195/1974 come modificata dalla l. n. 659/1981 è rimasta per lungo tempo inapplicata tanto che nel 1990 si poteva ancora affermare che le riviste giuridiche segnalavano una sola iniziativa giudiziaria in tal senso[308]. La situazione cambia radicalmente con l'esperienza "Mani Pulite" che ha individuato nel reato di finanziamento illecito uno dei contrassegni tipici di Tangentopoli. Questo reato assurge così, assieme alla corruzione, a simbolo del malaffare politico – amministrativo. Il rapporto tra i due reati è così consolidato che proprio questa considerazione ha spinto la dottrina ad isolare proposte che miravano a depenalizzare il delitto di cui alla l. n. 195/1974 [309] . Esso infatti era diventato una delle "norme – civetta" che permettevano agli inquirenti di scoprire ben più gravi illeciti[310].

Il finanziamento illecito ai partiti è costruito come reato plurisoggettivo a concorso necessario. Sia la condotta dell'erogatore che del beneficiario possono però integrare altre fattispecie criminose. Il riferimento va in primo luogo al reato di "false comunicazioni sociali" che potrebbe fungere da reato – mezzo rispetto a quello in esame. La giurisprudenza ha escluso che le due fattispecie siano legate da un rapporto di specialità, affermando invece che, laddove sia rinvenibile una certa unità del progetto volitivo i due reati potranno ritenersi connessi *ex* art. 12 c.p.p. ancorché non siano commessi dalla medesima persona[311].

Problema analogo si pone per i rapporti con il delitto di corruzione, che se potevano ritenersi chiaramente distinti prima della l. n. 190/2012, con la scomparsa del requisito dell'atto d'ufficio diventano molto più sfumati. In soccorso è venuta ancora una volta la Corte di Cassazione, affermando che tra i reati può sussistere un concorso formale in quanto diverse sono le condotte e diversi i beni giuridici tutelati: la corruzione protegge il buon andamento e

[308] SPAGNOLO G., *I reati di illegale finanziamento dei partiti politici*, Padova, 1990.
[309] TAORMINA C., *Finanziamento illecito dei partiti e depenalizzazione*, in *Giustizia penale*, fasc. 2, 1994
[310] Per quanto Cass. Pen., Sez. V, 13 giugno 1998, n. 10041, abbia affermato che "l'assoggettamento a sanzione della condotta prevista dall'art. 7, co. 2 l. n. 195/1974, non dà luogo alla configurabilità di un reato di mero sospetto e trova giustificazione nell'intento perseguito dal legislatore di salvaguardare la trasparenza del potere, la quale costituisce condizione prima del corretto funzionamento della democrazia".
[311] Cass. Pen., Sez. III, 4 dicembre 1997, n. 4187.

l'imparzialità della pubblica amministrazione, il finanziamento illecito ai partiti il c.d. metodo democratico[312].

6 La corruzione sistemica a vantaggio del crimine organizzato.

La corruzione è stata correttamente definita "il reato degli infedeli", cioè il tradimento da parte di coloro che dovrebbero curare il bene pubblico e che, invece, consentono un accesso a benefici pubblici non dovuti in cambio di denaro o altra utilità[313]. Occorre ora indagare il rapporto che sussiste tra questa figura e la criminalità organizzata: due fenomeni teoricamente distinti, ma di fatto profondamente connessi.

Un primo passaggio per tentare questa analisi consiste nell'esaminare e confrontare i dati statistici sulla corruzione nel settore pubblico. È necessario premettere tuttavia che il fenomeno corruttivo vive nel silenzio omertoso dei due contraenti quindi tutti i dati che è possibile rinvenire, per quanto dettagliati, non potranno mai offrire un quadro realistico della situazione attuale[314]. Una prova è rinvenibile nel fatto che da un lato alcune importanti istituzioni quali la Corte dei Conti nel 2012 stimavano il danno derivante dalla corruzione in 60 miliardi di euro (10 miliardi in più rispetto al 2009) e Transparency International colloca il nostro Paese molto in basso nelle classifiche sulla percezione del fenomeno corruttivo[315], dall'altro tutti i dati giudiziari mostrano una "dinamica discendente", con una progressiva riduzione delle condanne. Emerge un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione praticata e corruzione denunciata e sanzionata. Se si possono sollevare dubbi sull'entità del fenomeno corruttivo, vi è invece consenso sul fatto che esso sia uno degli elementi su cui si fonda l'azione della criminalità organizzata.

---

[312] Cass. Pen., Sez. VI, 16 ottobre 1998, n. 3926.
[313] MANGANARO F., *Corruzione e criminalità organizzata*, in LA CAMERA C. (a cura di) *L'area grigia della 'Ndrangheta*, Reggio Calabria, 2012.
[314] Cfr. Università Cattolica, Transcrime, 2013, *Gli investimenti delle mafie*. Progetto realizzato nell'ambito del PON sicurezza 2007 – 2013.
[315] Nel 2008 l'Italia era al 55° posto, nel 2010 al 67°, nel 2012 al 72° posto, anche se merita di essere segnalato un leggero miglioramento nel 2015, quando il nostro Paese è stato collocato al 61° posto, comunque penultimo Stato dell'Unione europea.

È bene chiarire che la corruzione riguarda l'intero sistema nazionale e sopranazionale, non essendo di per sé legato alla sussistenza di una forte criminalità organizzata, ma è altresì evidente come, nei territori ad alto rischio criminale, la corruzione diventi uno strumento di una forte criminalità organizzata. I politici molto di rado si associano con i criminali di basso livello, di conseguenza più alta è la sofisticazione e la complessità del crimine e la sua apparente "liceità", maggiore è la probabilità del legame tra criminalità e politica. La vasta gamma delle attività di corruzione di norma comincia dalla associazione con gli imprenditori coinvolti in frodi fiscali, falsi in bilancio e riciclaggio di denaro, e si estende a connessioni con società rispettabili coinvolte in casi di appalti pubblici truccati, finanziamento illegale dei partiti politici sino ad arrivare a vere e proprie ipotesi di corruzione e concussione[316].

Il dibattito sulla criminalità organizzata va avanti da decenni, ma non ha prodotto una specifica classificazione delle forme sotto le quali essa si presenta e ciò deriva da due fattori: a) una certa riluttanza a complicare con nuove formulazioni un campo di indagini già torbido e confuso; b) si ritiene forse che le definizioni siano inutili in quanto l'ovvietà di un fenomeno ci esenta dal definirlo. Un tentativo recente propone una classificazione basata sulle variabili delle "motivazioni" e dei "fini". Alcuni gruppi mettono in pratica un' azione di tipo tradizionale, conforme ai loro modelli culturali, altri possono essere guidati dalle emozioni, dai sentimenti, e la loro attività mirerà quindi allo *status*, alla coesione interna, altri ancora danno priorità all'azione valoriale, nel senso che le loro motivazioni sono legate ad una serie indiscutibile di lavori, altri infine mirano semplicemente all'arricchimento materiale [317] . A queste due variabili se ne possono aggiungere altre complementari, quali la "struttura", che determina se il crimine possa considerarsi organizzato o meno, per la quale possono essere rilevanti il numero degli individui coinvolti nel gruppo criminale e la loro "professionalità", intesa come acquisizione di abilità e "avanzamenti di carriera" in virtù del loro coinvolgimento in iniziative delittuose. In particolare ciò permette

[316]MUSACCHIO V. *Corruzione politica e criminalità organizzata: le connivenze pericolose,* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, a. XXVII, n°1 – 2, 2013
[317]RUGGIERO V., *Corruzione e crimine organizzato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2014, fasc. 2

di tracciare un parallelismo tra organizzazioni criminali e organizzazioni *lato sensu* lecite, che ci permette peraltro di capire come anche i gruppi criminali necessitano di personale non professionale. Può anzi dirsi che sia una caratteristica del crimine organizzato la compresenza all'interno della compagine di professionisti e individui privi di qualsivoglia *curriculum* criminale[318]. Secondo un'altra analisi la criminalità organizzata eroga servizi e distribuisce beni ufficialmente ritenuti legali, quale risposta, dunque all'inadeguatezza delle istituzioni che tali beni e servizi dovrebbero fornire[319].

Definizioni come queste sono però limitate in quanto si riferiscono solo alle attività illegali poste in essere dai gruppi, tralasciando quelle organizzazioni che operano simultaneamente nell'arena legittima dell'economia e nella sfera politica. Siamo davanti a ciò che viene definito la "criminalità dei colletti bianchi", o criminalità dei potenti, all'interno della quale il crimine organizzato evolve attraverso tre stadi successivi: partendo da uno stadio predatorio, può poi diventare parassitario ed infine simbiotico[320]. Occorre sottolineare però che solo alcuni gruppi riescono a compiere l'intera evoluzione, mentre altri rimangono a "stagnare" nei mercati criminali.

Il nesso legale – illegale viene in luce chiaramente se si pensa che le organizzazioni criminali possono essere interpretate come gruppi di individui culturalmente omogenei, oppure come entità capaci di effettuare transazioni con persone culturalmente distanti. A questo punto occorre chiedersi se una volta che il crimine organizzato acceda al mondo dell'economia e della politica, corrompa questi due mondi o venga da questi corrotto, tenendo presente che essi sono già profondamente inquinati da irregolarità e abusi, sicché la criminalità organizzata troverà un terreno fertile per il suo proliferare, e spesso non avrà competenze da trasmettere ma apprenderà tecniche per la commissione di nuovi reati. Un secondo quesito da porsi riguarda il *modus agendi* del gruppo criminale una volta ottenuto l'accesso al mondo legale. Può infatti verificarsi che essi continuino ad usare il

[318]RUGGIERO V., *Corruzione e crimine*, cit., p. 698.
[319] Secondo questa tradizione le attività del crimine organizzato lasciano intravedere dei rapporti peculiari tra rei e vittime, per cui le vittime di estorsione non denuncerebbero il *racket* in quanto vedono in quest'ultimo una modalità tollerabile di esercizio del potere in un contesto nel quale il potere istituzionale è inefficace o totalmente assente.
[320]RUGGIERO V., *Corruzione e crimine,* cit., p. 699.

classico potere di intimidazione violenta, oppure che tale metodo diventi superfluo. La violenza infatti è una risorsa cruciale quando l'organizzazione si trovi in una fase di accumulazione primitiva, ad avvenuto ingresso nel mondo legale essa, però, può diventare addirittura controproducente e quindi essere sostituita dalla negoziazione.

In Italia corruzione e criminalità organizzata sono connesse in maniera così intima che quando si indaga su episodi corruttivi, ci si imbatte spesso in forme di organizzazioni criminali. In particolare sembra difficile affermare che le associazioni illecite diffondano la corruzione nel Paese, essendo più corretto dire che i due fenomeni hanno un DNA comune, accompagnandosi entrambi a quella caratteristica creazione di un clima culturale di regole antagonistiche (rispetto a quelle legali) , e di un sistema di valori eteronomo che, attraverso una sistemica limitazione delle libere scelte individuali, produce in sequenza le violazioni più gravi e progressive dei beni giuridici, in un generale clima di affidamento sulla impunità da parte degli autori, garantito dalla acquiescenza, anch'essa culturale, delle vittime [321] . Già nel 1876 infatti il parlamentare Leopoldo Franchetti descriveva la mafia come sistema di criminalità politica, promossa da rappresentanti locali e imprenditori e grandi proprietari, a riprova di quanto i criminologi dell'800 fossero già perfettamente consapevoli dell'inclinazione a delinquere dei gruppi di potere italiani. Per restare in un arco temporale meno risalente, i rapporti annui diffusi dalla Corte dei Conti indicano che non vi è alcun segno di declino dei fenomeni corruttivi, come dimostrano peraltro i recenti scandali , quali il caso Expo e Mafia Capitale.. In questo contesto sembra difficile potersi parlare di "infiltrazione mafiosa", termine che evoca l'esistenza di una minuscola fessura nel sistema attraverso la quale l'agente non desiderato cerca di insinuarsi.

La maggior parte dei rapporti tra corruzione politica e criminalità organizzata non è mai casuale. Le reti della corruzione, infatti, si attivano quando occorre, mentre i legami di fiducia si sviluppano sul lungo periodo. Per i politici e i funzionari corrotti, il crimine organizzato realizza un investimento a lungo

[321] PALIERO E., *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in BARILLARO M. (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali, 2004.*

termine [322] . Questo genere di rapporti viene spesso utilizzato da imprenditori collusi con i gruppi criminali per poter vincere un appalto. L'esperienza empirica insegna che la commissione dei reati di corruzione, avvengono il più delle volte tramite intermediari, che forniscono la garanzia per realizzare il *pactum sceleris* che violi in modo apparentemente legale le regole del mercato. A livello locale[323] questo tipo di relazioni sembrano comuni in molti Paesi dell'UE, e sono presenti soprattutto nelle Regioni di confine, in quelle turistiche o in aree dove il crimine organizzato ha le sue roccaforti, in quanto esso spesso investe i propri proventi illeciti nelle attività locali che hanno una notevole influenza sulle economie locali acquisendo così notevole consenso sociale[324].

Quando soggetti appartenenti a gruppi criminali entrano in politica, può parlarsi di coinvolgimento diretto e quindi di "corruzione del processo politico amministrativo". Occorre sottolineare però che questo metodo di "partecipazione diretta" è molto raro, perché essa metterebbe gli agenti inevitabilmente sotto i riflettori. Per questo soprattutto a livello nazionale è più frequente il ricorso a pratiche corruttive nei confronti di membri del Parlamento, del Governo o all'interno degli Enti locali, specialmente Regioni[325].

I fattori che influenzano la corruzione politica sono particolarmente complessi e si differenziano nei vari Paesi, che mantengono situazioni locali specifiche. Tentando di fornire un quadro quanto più possibile generale può

---

[322]MUSACCHIO V. *Corruzione politica e criminalità organizzata*, cit., p. 189 specifica che "si comincia col fare donazioni per sostenere la campagna elettorale di qualcuno o favori generici senza l'aspettativa di un ritorno a breve termine. Questo si nota soprattutto nei confronti di quei politici corrotti la cui immagine pubblica di solito è senza macchia. La criminalità organizzata si affida spesso a soggetti apparentemente ineccepibili al fine di creare un'immagine positica nella comunità locale e rendere il loro rapporto con i politici fittiziamente legittimo".

[323] Uomini d'affari collusi con le mafie ambiscono sempre più spesso al settore degli appalti pubblici, attivando la propria rete di corruzione per ottenere protezione politica da utilizzare a livello nazionale ed europeo e riuscendo in alcuni casi persino ad eludere indagini contabili o di natura penale.

[324] I dati raccolti da Transcrime hanno peraltro dimostrato delle diversità tra le varie Mafie, infatti in generale può affermarsi che si sceglie di investire soprattutto nelle aree in cui si esercita un controllo diretto sul territorio, ma Camorra e soprattutto 'Ndrangheta sono più "aperte" verso nuovi territori (si pensi alle infiltrazioni della mafia calabrese in Lombardia e in generale nel Nord-est) rispetto ad altre organizzazioni che risultano più attaccate al territorio.

[325] Esistono vari modi per stabilire connivenze di questo tipo. Sicuramente i più comuni sono il sistema delle tangenti e varie forme di corruzione mediata che avvengono attraverso il sistema clientelare, ma data la capacità degli esponenti politici, così come della criminalità organizzata, di influenzare un numero significativo di elettori anche in qualità di datori di lavoro, molto usati sono il sistema di finanziamento illecito ai partiti e quello dello scambio politico – elettorale. In casi estremi è poi sempre possibile il ricorso ai tradizionali metodi violenti,.

affermarsi innanzitutto che incidono fortemente sulla diffusione del fenomeno fattori culturali e il livello di percezione dello stesso e degli "uomini d'onore" che spesso vengono riconosciuti come "eroi" a livello soprattutto locale, da parte dei cittadini[326]. Allo stesso modo l'esistenza di sistemi clientelari, intesi come sistemi di scambio di favori che vengono ritenuti sempre più comuni e accettabili, e di società segrete (come le logge massoniche) che consentono al politico di incontrare in privato uomini d'affari collusi con la criminalità organizzata, giocano un ruolo importante nel radicamento della corruzione. Ancora, particolarmente rilevante è la formazione di *èlites*, che creano reti di potere politico ed economico che favoriscono la realizzazione di accordi illeciti e che mantengono la corruzione ad alti livelli con un effetto a cascata verso livelli più bassi che ne garantisce l'impunità. E' stato infine dimostrato che anche l'instabilità politica, intesa come debolezza del governo (a livello nazionale cosi come locale), impedendo il consolidamento di un potere legale, rappresenta un fattore di crescita per il fenomeno corruttivo e quindi per il crimine organizzato.

Le mafie dunque sono diventate oggi imprenditrici, entrando direttamente nel circuito economico e politico. Le analisi dimostrano che permane un modo di introdursi nell'azione amministrativa, che è proprio della collusione con la politica e la burocrazia: è il fertile terreno della corruzione, in cui la forza economica e intimidatrice della criminalità organizzata collude o si impone alle amministrazioni pubbliche.

Se pure è corretto, quindi, distinguere tra singoli tipi di reati non tutti sussumibili sotto la categoria della corruzione, è altresì certo che sono numerosi i casi di corruzione/collusione in cui il reato si consuma con l'intervento di funzionari pubblici o di professionisti, delineando quella che è stata definita tradizionalmente "zona grigia".

Ne consegue che la lotta alla corruzione costituisce un segmento significativo delle politiche contro la criminalità organizzata perche contrasta quel *milieu* di illegalità diffusa che costituisce terreno fertile di crescita dei gruppi criminali[327].

---

[326] La percezione pubblica che la corruzione sia "normale" gioca un ruolo fondamentale, e ne è la prova la rielezione di soggetti sotto inchiesta.
[327] MANGANARO F., *Corruzione e criminalità*, cit., p. 129.

CAPITOLO III
LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA DALLA LEGISLAZIONE D'EMERGENZA ALLA CONTIGUITÀ COL "MONDO LEGALE"

1. Premessa: il nuovo volto della criminalità organizzata.

L'interpretazione del fenomeno mafioso è a tutt'oggi scientificamente controverso, non essendovi piena concordia tra gli scienziati sociali nell'individuazione dei paradigmi idonei a spiegarlo. Un punto di partenza certo è dato dalla consapevolezza per cui il concetto di mafia è sovradeterminato, nel senso che si presta a condensare o fondere significati diversi e storicamente stratificati: esso indica allo stesso tempo un'associazione criminale, una realtà storica, un codice culturale, una struttura di potere che interagisce col sistema legale considerato nella molteplicità delle sue articolazioni.

Si può però concordare su un dato: è finito il tempo in cui il crimine organizzato si poneva come intermediario tra i latifondisti e i contadini siciliani. Oggi è una realtà molto più ampia e complessa caratterizzata, rispetto alle altre forme di delinquenza, da uno stretto rapporto col potere politico, come rivelato da numerosi "pentiti", che hanno illustrato un radicato e ramificato collegamento non solo con uomini politici, ma anche funzionari dello Stato, imprenditori e liberi professionisti. Il fenomeno è tutt'altro che inedito: sin dall' Ottocento la mafia ha sviluppato una rete di rapporti che le hanno consentito di ottenere appoggi e coperture presso le istituzioni a livello locale e nazionale mentre diversi sono stati gli schemi con cui tali connessioni si sono sviluppate. Nella loro genesi esse nascevano come "favori reciproci" tra "uomini d'onore" che grazie al potere di controllo sul territorio e all'influenza esercitata, hanno assunto il ruolo di "grandi elettori" capaci di orientare il voto popolare verso candidati di loro gradimento che, a loro volta, ricambiavano concedendo ai mafiosi un facile accesso alle risorse pubbliche[328]. Nel corso degli anni non sono mancati casi di assunzione di un ruolo politico diretto da parte di esponenti di famiglie criminali attraverso la

[328] Si pensi solo alla concessione di appalti o di finanziamenti.

loro partecipazione in qualità di candidati alle elezioni amministrative locali. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, quando l'intervento statale nelle regioni meridionali si è fatto più corposo, l'accesso ai fondi pubblici è diventato ancor più pregnante e ciò ha accentuato il legame tra criminali e politici.

Da questa breve premessa emerge già uno stretto legame tra la criminalità organizzata (specie di origine mafiosa), e la criminalità dei c.d. "colletti bianchi", *rectius* criminalità economica. Avremo modo di osservare come la vicinanza tra queste due realtà criminali non è data solo dai rapporti sempre più stretti fra gli esponenti dei due mondi[329], ma anche da un DNA in comune: entrambi sono diventati fenomeni ambientali, dove il singolo vede di gran lunga ridotta la sua importanza, a fronte della rilevanza dei legami con altri soggetti, che creano il "Sistema", che non a caso è il nome ad oggi utilizzato per definire la Camorra napoletana[330].

Per comprendere questi aspetti, è però opportuno procedere per gradi, partendo dall'analisi dei reati associativi, *genus* di cui l'associazione a delinquere di tipo mafioso rappresenta solo una forma.

2. Breve cenno ai reati associativi nel nostro ordinamento penale.

Con un certo tasso di schematizzazione autorevole dottrina[331] ha affermato che il diritto penale classico, nella sua accezione essenziale, ha come oggetto di tutela la persona umana punendo le azioni, censurando il dolo, reprimendo la consumazione, ponendosi al cospetto di un singolo autore. Analogamente il diritto penale moderno estende la tutela alla società o allo Stato, punisce anche le omissioni, censura la colpa, anticipa la punibilità al tentativo, configura il concorso di persone nel reato. Se si volesse cogliere il senso dell'attuale diritto (contemporaneo?) si dovrebbe compiere un passo ulteriore, perché esso pone al

[329] Drammaticamente emerso, da ultimo, con le vicende di Mafia Capitale.
[330] SAVIANO R., *Gomorra. Viaggio nell'impero economico e nel sogno di dominio della camorra*, Mondadori, 2006.
[331] ROMANO B., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, in *Diritto penale e processo,* n. 9/2013.

centro dell'attenzione la prevenzione e la repressione delle forme di criminalità organizzata.

Ciò è dovuto a diversi motivi: innanzitutto si assiste al diffondersi di una penetrante criminalità con finalità preminentemente economiche che necessita di organismi complessi per perpetrare i suoi scopi, riemergono poi pulsioni antidemocratiche che spingono nel senso della creazione di organizzazioni eversive, ed infine non si deve sottovalutare la proiezione sovranazionale, che ha completamente riformato la nozione di gruppo criminale organizzato. Da queste premesse è chiaro come la lotta alla criminalità organizzata non può essere legata alla presenza di fasi transitorie ed emergenziali, ma deve avere, anche dal punto di vista dogmatico, una visione sistematica e non episodica.

Nella sua visione ancora antropocentrica il nostro diritto penale guarda innanzitutto alla singola persona umana[332], tant'è vero che il concorso di persone nel reato è punibile solo alla luce della disciplina prevista *ex* artt. 110 ss. c.p.. Non si deve però fraintendere: il nostro ordinamento guarda con particolare severità alla commissione di condotte commesse da più persone [333] , e ciò è non solo discrezionalmente concesso al legislatore, ma appare altresì plausibile alla luce della convinzione per cui il numero di persone che concorrono nel reato è in grado di attingere negativamente i beni tutelati. La valutazione negativa dell'ordinamento risulta particolarmente accentuata quando la stessa norma incriminatrice richieda la commissione del reato da parte di più soggetti, cioè nel caso di reati plurisoggettivi o a concorso necessario.

I reati associativi rientrano nella categoria dei reati plurisoggettivi propri, nei quali, cioè, tutti i soggetti sono assoggettati a pena, e sono guardati con particolare attenzione dall'ordinamento perché la c.d. *societas sceleris* conferisce particolare pericolosità alla condotta dei soggetti, caratterizzata dalla presenza del vincolo associativo, dall'indeterminatezza del programma criminoso, nonché da un minimo di struttura organizzativa e di persone associate. Le maglie della repressione penale si fanno quindi più strette ma bisogna guardarsi dal pericolo di

[332] A riprova di ciò si noti che quasi tutte le nostre norme penali sono pensate e scritte al singolare ("chiunque", "il pubblico ufficiale", "il testimone", ecc…)
[333] Si pensi a titolo esemplificativo al regime delle aggravanti relativo al concorso di persone nel reato.

dar vita ad una ipotesi di colpa d'autore, poiché in tal caso il principio di personalità può vacillare pericolosamente.

2.1 I reati associativi al vaglio della Costituzione.

Il rinnovato interesse del legislatore per il fenomeno delle associazioni illecite porta con sé l'esigenza di esaminare i delicati problemi di costituzionalità delle relative norme incriminatrici.

A tal proposito assume importanza fondamentale l'interpretazione dell'art. 18 Cost. nella parte in cui disciplina il limite alla libertà di associarsi desunto dal carattere criminoso dei fini dell'associazione[334]. È proprio il limite derivante dai "fini vietati ai singoli dalla legge penale" che fornisce la chiave per individuare i confini tra associazione lecita ed illecita. Non si può dubitare del fatto che col suo richiamo a quanto la legge vieta al singolo individuo, la norma voglia istituire un parallelismo tra la libertà di questo e la libertà dell'associazione (*rectius*: dell'individuo in quanto associato).

Sotto un primo profilo la norma sembra volta ad impedire che l'associazione possa sottostare a limiti qualitativamente diversi rispetto a quelli imposti al singolo[335]: il richiamo al rispetto della legge penale imposto all'individuo assolve dunque ad una funzione di garanzia della libertà di associazione, indicando che la determinazione dei limiti di liceità dell'associazione non può essere rimessa ad apprezzamenti svincolati dalle valutazioni espresse in sede di incriminazione del fatto monosoggettivo: in altri termini non è possibile introdurre fattispecie di reati associativi in funzione della tutela di interessi la cui offesa, se realizzata dal singolo, non dà luogo a reato[336]. È stato giustamente notato[337] che il richiamo ai limiti del singolo non può implicare la consegna al legislatore di una cambiale in

[334] DE FRANCESCO G., Ratio *di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982.
[335] DE FRANCESCO G., Ratio *di «garanzia»*, cit. p. 890.
[336] In questa prospettiva era chiaro il contrasto tra la norma costituzionale e fattispecie quali la costituzione (art. 273 c.p.) e la partecipazione (art. 274 c.p.) non autorizzate ad associazioni di carattere internazionale. Posto che la cooperazione internazionale in sé non è un fine vietato al singolo dalla legge, i divieti risultavano inammissibile e correttamente le norme sono state dichiarate incostituzionali con sent. 28 giugno 1985, n. 193.
[337] NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, 1953.

bianco perché questi non può creare limiti che siano in contrasto con la Costituzione, contrasto che si verificherebbe in fattispecie che incriminano l'espressione del proprio pensiero. Dal momento che la pura e semplice manifestazione individuale del pensiero non è incriminabile, non può neanche considerarsi illecita un'associazione che si proponga di svolgere un'attività ad essa assimilabile. In ultima analisi sono riconducibili al divieto costituzionale le sole associazioni che si propongano di commettere reati consistenti in comportamenti percepibili in termini di offensività[338].

L'art. 18 Cost. non esaurisce la propria funzione nell'equiparazione tra libertà dell'associazione e quelle del singolo, infatti se è vero che il gruppo deve ritenersi illecito solo quando si proponga "fini vietati ai singoli dalla legge", è altresì vero che tale proposito criminoso è sufficiente per incriminare il fatto associativo, non essendo, cioè, necessario per punire l'associazione, che siano realizzati, nemmeno nella forma del tentativo, i reati – scopo. Viceversa l'art. 25 co. 2 Cost., affermando il principio per cui si può essere puniti soltanto per un "fatto", che offenda o ponga in pericolo interessi meritevoli di tutela, esclude che il singolo possa essere perseguito in virtù del fine criminoso che si propone di realizzare, quando tale finalità non si sia concretamente tradotta in comportamenti che integrino quanto meno gli estremi di un reato tentato. Accanto alla funzione di garanzia, dunque, l'art. 18 Cost. assolve anche a quella di salvaguardia degli interessi offesi. Questa anticipazione di tutela non può ritenersi priva di ragionevolezza, anzi si giustificherebbe in base alla circostanza che i delitti di associazione configurano sostanzialmente dei reati di pericolo. Il perseguimento dello scopo criminoso acquista infatti un significato ben diverso a seconda che costituisca l'obiettivo del singolo ovvero di un'associazione. Requisiti costitutivi di quest'ultima sono infatti la pluralità di soggetti e un'organizzazione stabile in vista del perseguimento di uno scopo comune. La circostanza che più soggetti elaborino un progetto criminoso non è assimilabile al proposito del singolo, seppur manifestatosi in "atti preparatori" del reato[339]. Prescindendo dalla disputa

[338] Questa esigenza trova perfetto riscontro nella disciplina della associazione per delinquere (art. 416 c.p.), quando, naturalmente, i delitti – scopo non si risolvano in atteggiamenti meramente ideologici.
[339] DE FRANCESCO G., Ratio *di «garanzia»*, cit. p. 895.

se l'associazione costituisca un atto preparatorio *stricto sensu*, è certo che essa concreta un fatto esteriore che rivela in modo non equivoco la finalità illecita perseguita. Ma v'è di più. A ben vedere, infatti, aumentano sensibilmente le possibilità di realizzare il progetto criminoso se elaborato in concerto con altri soggetti, in quanto il fattore organizzativo contribuisce a cementare e rendere più evidenti le manifestazioni di volontà convergenti verso l'obiettivo comune[340], rendendo più agevole il superamento degli ostacoli alla realizzazione del programma.

L'art. 18 Cost. non è l'unica norma a venire in rilievo quando si discute degli eventuali profili di incostituzionalità dei reati associativi. Si è già fatto cenno al fatto che alcune proiezioni della disciplina penale delle associazioni per delinquere possono entrare in contrasto, o quanto meno porsi in una posizione *border line*, con una piena ed integrale lettura dell'art. 27 Cost. (principio di personalità)[341]. Più precisamente occorre recuperare, accanto al profilo interno del principio affermato dalla norma, anche quello esterno, ossia il divieto di responsabilità per fatto altrui. Quando si parla di reati associativi, infatti, il rischio è che si configurino responsabilità da mera posizione, sicchè si risponde penalmente solo perche si possiede una determinata qualifica soggettiva, anche considerando che, dal punto di vista del soggetto che entra in rapporto con la condotta del terzo, questi potrebbe risultare responsabile sia perché ha contribuito attivamente alla commissione del reato, sia perché non ha fatto ciò che doveva per impedirlo. Si dovrà prestare estrema attenzione quindi al delicato problema della configurabilità della responsabilità degli associati (aggiuntiva rispetto a quella derivante dalla mera partecipazione alla *societas sceleris*) per i delitti - scopo commessi da altri associati, dovendosi distinguere la posizione ed il ruolo dei semplici partecipi, che risponderanno solo in caso di diretta cooperazione nella commissione dei reati, da quella dei soggetti apicali dell'organizzazione per i quali è più facile immaginare la presenza di un contributo, anche solo morale, accompagnato dalla volontà di concorrere con gli esecutori materiali. Altrettanto complessa e delicata è la tematica, su cui ci si soffermerà abbondantemente in

[340] BRICOLA F., voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, p. 125.
[341] ROMANO B., *Il diritto penale della criminalità*, cit. p. 1015.

seguito, del c.d. concorso esterno, cioè della possibilità di individuare forme di aiuto all'associazione diverse dalla partecipazione, ma ugualmente rilevanti dal punto di vista penale.

Quanto al principio di tassatività o determinatezza, aspetto del principio di legalità ricavabile *ex* art. 25 Cost., i dubbi sorgono dalla circostanza per cui tali fattispecie lascerebbero del tutto aleatoria proprio l'individuazione di quel requisito fondamentale che dovrebbe caratterizzare la struttura, e cioè il concetto stesso di associazione delittuosa[342], con il rischio di confondere, sovrapponendoli, la struttura dell'associazione ed il ben diverso fenomeno del concorso di persone nel reato, ravvisandosi spesso gli estremi di un reato associativo sulla base del solo presupposto dell'esistenza di un accordo tra più persone diretto a commettere reati. La frequente affermazione, autorevolmente sostenuta [343] , secondo cui l'associazione di diversificherebbe dal concorso in virtù del perseguimento di un programma "indeterminato", lungi dal conferire alla fattispecie una più rigorosa caratterizzazione sotto il profilo strutturale, finisce per rendere ancor più evanescente gli elementi su cui essa si fonda, privandola anche di quel minimo di concretezza insito nella predeterminazione dei fatti delittuosi oggetto del programma. Altrettanto pregnanti sono i dubbi circa il rispetto del principio di tassatività da parte della condotta di mera partecipazione all'associazione. Infatti mentre non suscitano eccessive perplessità le condotte c.d. qualificate[344] quali la promozione, costituzione, organizzazione, talora il finanziamento e la direzione dell'associazione, che individuano ruoli altrettanto definiti [345] , quanto alla semplice "partecipazione" non è ben chiaro se essa debba atteggiarsi in guisa di una fattiva opera di collaborazione al potenziamento e allo sviluppo dell'ente associativo ovvero se possa anche risolversi in un atteggiamento di pura adesione

[342] DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992.
[343] ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Giuffrè, 2008
[344] DE VERO G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.
[345] Conviene solo osservare che le condotte concernenti la fase genetica del gruppo, quali la costituzione e la promozione, sono destinate ad essere emarginate a fronte dell'indirizzo interpretativo che pone al centro della fattispecie l'esistenza di una consolidata compagine organizzata, la cui origine puntuale sfuma al cospetto della pienezza di maturità operativa espressa dall'associazione.

psicologica al sodalizio, venendo così privata di quel substrato materiale che dovrebbe caratterizzare il nostro "diritto penale del fatto".

Il mancato rispetto dei principi di tassatività e determinatezza risulta ancor più evidente in quelle fattispecie, come l'associazione per delinquere di stampo mafioso *ex* art. 416-*bis* c.p., il cui disvalore risulta incentrato su parametri di riferimento di carattere "sociologico" e per ciò stesso del tutto inidonei a consentire l'individuazione di una rigorosa linea di demarcazione dei fenomeni illeciti [346] . Si è osservato [347] che l'art. 416-*bis* enuclea un concetto di mafia applicabile a qualsiasi fenomeno associativo anche non delinquenziale[348]. Questa scelta rende indeterminato l'oggetto della fattispecie e può rappresentare un pericolo per la certezza del diritto, in quanto, per esempio, la raccomandazione del potente potrebbe divenire in ogni caso un fatto illecito e sintomatico di mafia. Ma dubbi sorgono anche con riferimento alla nozione di omertà e all'applicabilità della disposizione a qualunque associazione che valendosi della forza intimidatrice del vincolo persegua scopi analoghi.

2.1.1 L'ordine pubblico come bene giuridico.

Problemi si pongono infine riguardo al rispetto del principio di offensività. Per la trentina di fattispecie associative che il nostro ordinamento prevede è difficile operare un collegamento con un autonomo bene categoriale. Quelle più significative fanno riferimento ad oggetti di macroscopiche dimensioni, quali la personalità dello Stato o l'ordine pubblico, ma proprio quest'ultimo bene non può

[346] DE FRANCESCO G., *Societas sceleris*, cit. p. 64.
[347] NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984.
[348] L'art. 416-*bis* c.p., rubricato "Associazione di tipo mafioso" recita nei primi tre commi: "Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da tre a sei anni.
Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da quattro a nove anni.
L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri". Ai sensi dell'ultimo comma: "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso".

essere ridotto ad oggetto di tutela, in quanto si rivela un concetto inafferrabile perché fortemente condizionato storicamente [349] . La concezione del'ordine pubblico ideale come oggetto di tutela nasconde in realtà un pericolo ben più grave. Una tale configurazione è praticabile solo a costo di accettare la concezione metodica del bene giuridico, che costituisce uno schema mentale riassuntivo per esprimere il significato e lo scopo dei singoli preconcetti, per individuare, cioè, la *ratio legis* delle singole fattispecie. Questa impostazione vanifica il concetto di bene giuridico che è invece indispensabile per la costruzione del reato in termini di garanzie formali e sostanziali, favorendo così la proliferazione di oggetti di tutela fittizi. Può dirsi in generale che la confusione tra bene e *ratio* in tema di ordine pubblico comporta rischi gravi per la libertà individuale perché porta alla criminalizzazione di condotte che sicuramente sono contrarie all'ordine pubblico come *ratio* ma che sono lontanissime dall'effettiva lesione del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire.

A fronte dell'interpretazione dell'ordine pubblico come *super - ratio* del sistema militano diversi argomenti. Innanzitutto uno di tipo storico: le indagini che dall'Illuminismo in poi sono state condotte sul concetto di ordine pubblico evidenziano una costante secondo cui ogni reato può astrattamente venir considerato lesivo dell'ordine pubblico. Un secondo argomento di tipo sistematico emerge dall'analisi di due figure-tipo di reato tradizionalmente poste a tutela dell'ordine pubblico: l'istigazione a delinquere e l'associazione per delinquere, la cui criminalizzazione avviene in funzione della loro contrarietà ai fini perseguiti dall'ordinamento e della sostanziale rivolta contro i principi informatori della civile convivenza. Da una osservazione più attenta, però, emerge come in realtà queste fattispecie mirino a difendere quei beni che l'istigatore o l'associato violino o vogliano ledere e laddove si svincolino dall'effettiva lesione (o messa in pericolo) del bene, le condotte in discorso, in termini di offensività, rappresentano soltanto un'anticipazione repressiva a momenti sempre più lontani dallo stesso pericolo. D'altro canto se l'ordine pubblico viene ridotto a bene e tutelato in

[349] MOCCIA S., *Prospettive non «emergenziali» di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in MOCCIA S. (a cura di) *Criminalità organizzata e risposte ordina mentali*, Napoli, 1999, osserva come una riprova dell'impossibilità di considerare l'ordine pubblico ideale come un bene giuridico è fornita dalla stessa Costituzione dove manca qualsiasi riferimento in tal senso.

quanto tale, non è spiegabile che nel suo ambito non vengano ricondotti altri reati che trovano collocazione autonoma[350].

In estrema sintesi l'ordine pubblico ideale va inteso come il complesso dei principi fondamentali sui quali si basa la civile convivenza ed in quanto tale può funzionare soltanto come *ratio* dell'intero sistema penale, dovendo perciò essere strenuamente tutelato attraverso la difesa dei singoli beni giuridici che vengono realmente in questione.

A ben vedere nei reati associativi di cui si discute è il mero accordo che viene in evidenza, laddove i beni effettivamente in questione sono, in realtà, quelli per la cui offesa ci si associa ed in rapporto ai quali si intende apprestare tutela anticipata. In sostanza, se è permessa una impropria classificazione, le fattispecie associative possono essere considerate dei "delitti di sospetto", a forte connotazione simbolica, a cui ricorrere quando manca la prova dei reati scopo.

3. L'art. 416–*bis* c.p. quale punto di partenza per la repressione del fenomeno mafioso.

Quando si parla di reati associativi, già nell'immaginario comune il primo concetto a venire in rilievo e quello della criminalità organizzata, o della mafia. Eppure il nostro ordinamento non fornisce una precisa nozione di gruppo criminale organizzato né individua specifiche fattispecie configurabili quali "delitti di criminalità organizzata". La nozione può quindi comunemente identificarsi con l'attività di quelle associazioni criminali contraddistinte da strutture organizzative particolarmente complesse e sofisticate in cui è proprio l'elemento dell'organizzazione ad assumere un ruolo preminente ed autonomo rispetto ai singoli associati.

In questo contesto un ruolo fondamentale è assunto dall'art. 416-*bis* c.p., rubricato "associazione di tipo mafioso", introdotta dalla l. n. 646/1982 c.d. legge "Rognoni – La Torre", che rappresenta il fulcro sistematico di un reticolato di disposizioni di diritto penale speciale finalizzate alla lotta contro il fenomeno

[350] Il riferimento è ovviamente ai delitti contro la personalità dello Stato, a quelli contro la pubblica incolumità, contro la fede pubblica, l'economia pubblica, la moralità pubblica, ecc…

della criminalità organizzata[351]. La previsione è infatti una fondamentale chiave di volta dell'intero sistema di contrasto alle compagini criminali e merita attenzione in quanto focalizza il nucleo di antistatualità della condotta del reato nel far parte della associazione organizzata in una struttura stabile, al fine di avvalersi dell'accordo associativo e di utilizzare la forza di intimidazione derivante da tale vincolo per trarre vantaggio dalla condizione di assoggettamento e di omertà, diffuse nel territorio, con il fine di commettere ulteriori delitti ed acquisire utilità non solo economiche ma delle più varie tipologie.

È noto che l'introduzione dell'art. 416-*bis* c.p. fu ispirata da un obiettivo di effettività dell'intervento giudiziario: superare la difficoltà di intercettare l'associazionismo mafioso, nella forma che si manifestava allora nella realtà siciliana, all'interno della fattispecie – base dell'art. 416 c.p., costruendo una fattispecie che segnalasse gli elementi che fondano il maggior disvalore di condotte associative che non trovano come unico ed essenziale sbocco la commissione di delitti e che sono capaci di turbare profondamente, attraverso uno specifico *modus operandi*, l'ordine pubblico e l'ordine economico[352].

Nel delineare la fattispecie il legislatore trovò molto materiale nelle acquisizioni e massime giurisprudenziali che dal 1965 si sforzava di individuare le caratteristiche della associazione mafiosa. In particolare la giurisprudenza coglieva spaccati di realtà malavitose specificamente siciliane, quindi il legislatore della "Rognoni – La Torre" ha calato nella norma gli elementi storici di quel contesto criminale, fino al punto di inserire come requisito essenziale del metodo mafioso un concetto (l'omertà) tipico di una ben definita subcultura locale.

L'operazione aveva un senso razionale in quanto riusciva a descrivere il nucleo fondamentale (appunto il metodo mafioso) di quella nuova espressione criminale che la rende peculiare nel panorama dei reati associativi. Ecco allora emergere, insieme alla forza di intimidazione che costituisce il "patrimonio" ed il

---

[351] FALCO I., *I delitti di criminalità organizzata e il c.d. regime del doppio binario nella sua articolazione penale, investigativo - processuale e del trattamento penitenziario previsto nei confronti dei soggetti detenuti per tali fattispecie*, in *Temi romana*, n. 1 – 2/2014.

[352] FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2016.

requisito essenziale del gruppo criminale, altri profili attinenti al metodo mafioso: l'assoggettamento, inteso come una vera e propria succubanza psicologica e sottomissione, non momentanea od occasionale, riguardante un numero apprezzabile di persone e nella quale si riflettono gli elementi di diffusività e durata caratterizzanti la forza di intimidazione[353]; e l'omertà, definita come il rifiuto generalizzato, o comunque sufficientemente diffuso, di collaborare con gli organi dello Stato[354]. Questi elementi, difficilmente afferrabili, sono suscettibili di una duplice valutazione: come elementi costitutivi della fattispecie delittuosa e come "conferma" della sussistenza di un'effettiva forza di intimidazione.

Così formulato l'art. 416-*bis* c.p. è in grado di per sé di evocare peculiari fenomeni criminali [355] , e compensava con la sua individuazione del metodo mafioso, la necessaria latitudine descrittiva delle multiformi finalità richiamate dalla norma. Questa circostanza avvalora la tesi secondo cui il legislatore abbia voluto configurare un reato "a struttura mista", non quindi la tradizionale condotta neutra accompagnata dal particolare disvalore degli scopi, ma la partecipazione ad un sodalizio che già si manifesta all'esterno perché possiede quanto meno un "prestigio criminale" derivante dal vincolo associativo e dalla sua consuetudine alla violenza, che gli consente di infiltrarsi, sfruttando una sudditanza diffusa e limitandosi eventualmente a lanciare avvertimenti, in ambiti politici, amministrativi ed economici. La struttura così delineata sembra suggerire la necessità di un effettivo nesso strumentale tra l'"avvalimento" del metodo mafioso e condotte finalizzate al raggiungimento di uno degli scopi indicati dall'art. 416-*bis* c.p..

A lungo la giurisprudenza si è consolidata intorno a massime che evidenziavano la necessaria ampiezza del fenomeno dell'assoggettamento, costituente una caratteristica sociale alimentata dalla convinzione delle persone

[353] FORNARI L., *Il metodo mafioso*, cit. p. 7.
[354] PETRALIA S., *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio – criminologico e paradigma normativo*, in *Indice penale*, 2013, evidenzia come l'omertà si esprime in condotte di reticenza con l'autorità e di favoreggiamento nei confronti di membri del sodalizio, ed esprime la necessità di utilizzare un concetto normativo di omertà, limitato rispetto all'accezione del termine nell'ambito delle mafie storiche.
[355] Al legislatore del 1982 si presentavano fenomeni che consistevano nella sottomissione, attraverso l'intimidazione sistematica, di vere e proprie fasce di territori e popolazioni, finalizzata ad assumere il controllo e la gestione di attività politico – amministrative ed economiche.

succubi di essere esposte ad un concreto e ineludibile pericolo[356]. Poco sviluppato, invece, è stato il tema dell'"oggetto" del pericolo avvertito dalla popolazione: non vi è mai stato dubbio, infatti, proprio per le notorie caratteristiche delle associazioni mafiose, che le conseguenze della "disobbedienza" vadano ad intaccare beni quali la vita o l'incolumità fisica propria o dei propri familiari.

Se è vero che il legislatore del 1982 ha redatto la norma osservando la realtà criminale tipica della Sicilia, è altresì chiaro che la norma non doveva disciplinare solo quello specifico fenomeno geograficamente delimitato. A scanso di equivoci l'ultimo comma dell'art. 416-*bis* c.p. chiarì che le disposizioni in esame "si applicano anche alla camorra, (alla 'ndrangheta [357]) e alle altre associazioni, comunque localmente denominate anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso". Ora, nel 1982 poteva avere un senso segnalare che le caratteristiche del fenomeno potevano ben riprodursi anche in territori diversi da quello siculo, viceversa le specificazioni successive, quali quella volta ad introdurre nella norma il riferimento esplicito alla 'ndrangheta, sono sembrate ai più superflue, soprattutto perche inserite in un contesto in cui era già presente un quadro giurisprudenziale relativo alle mafie straniere e a quella calabrese in tutte le loro articolazioni[358].

L'ultimo comma dell'art. 416-*bis* c.p. si è rivelato quindi, nella misura in cui assolve all'indubbia funzione di rimarcare l'astrattezza del tipo legale, superfluo, in quanto non apporta alcun ulteriore elemento di tassatività e lascia quindi aperti numerosi dubbi [359] che la giurisprudenza ha cercato di risolvere affrontando casi in cui la realtà criminale si è molto distaccata da quella che il legislatore della "Rognoni - La Torre" aveva davanti e che aveva riprodotto nella norma: non più un fenomeno a sé stante, ma un indissolubile intreccio con il

[356] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 1612/2000, *Ferone*, in cui si afferma che è proprio la diffusività della forza intimidatrice esterna del sodalizio la caratteristica essenziale, il "profilo designante" i fenomeni di associazionismo mafioso come tali: elemento caratteristico dell'associazione è quindi il riverbero, la proiezione esterna, il radicamento nel territorio in cui essa vive.

[357]Il riferimento alla 'ndrangheta è stato inserito dall'art. 6, comma 2, del d. l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito con modificazioni, nella l. 31 marzo 2010, n. 50.

[358] FORNARI L., *Il metodo mafioso*, cit. p. 10.

[359] Il riferimento è alle dimensioni che un sodalizio criminale deve possedere per integrare il reato *ex* art. 416-*bis* c.p.; quanto esteso e come caratterizzato l'ambito soggettivo (e/o territoriale) su cui la forza di intimidazione si esercita; da quale tipo di timore deve essere indotto l'assoggettamento; quale significato deve essere dato alla nozione di omertà; ecc…

mondo della politica, dell'amministrazione e dell'imprenditoria, una sovrapposizione tra criminalità organizzata e criminalità economica.

3.1 Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto.

L'aver predisposto per la lotta alla criminalità organizzata un doppio binario che interviene sul piano sostanziale, investigativo - processuale e del trattamento penitenziario, sembra riconoscere al fenomeno uno spazio autonomo e distinto nel panorama del diritto penale, ma ad una più attenta osservazione, emerge come, in virtù di strutturali modifiche interne ai fenomeni mafioso da un lato e della criminalità economica dall'altro, i due mondi si siano avvicinati tanto da sovrapporsi.

Un primo problema da affrontare concerne proprio le formule utilizzate per descrivere le due realtà, dovendoci chiedere se i termini criminalità economica (*rectius* d'impresa) e organizzata, rappresentano dei paradigmi *stricto sensu*, vale a dire modelli consolidati rispetto a cui il sapere generalizzato e la cultura abbiano raggiunto un elevato grado di consenso. Dobbiamo al riguardo registrare una certa discrepanza tra i due concetti che sul piano definitorio presentano un diverso livello di precisione: lo studio della criminalità economica[360] ne ha fornito un concetto che dal punto di vista sociologico si presenta estremamente preciso, ricco e dettagliato; per quanto riguarda invece la criminalità organizzata, la letteratura di settore è estremamente sfumata, la nozione stessa di organizzazione criminale è frammentata in ragione delle diverse aree geografiche[361]. La prima impressione è quindi quella di avere a che fare con fenomeni completamente diversi addirittura antitetici[362], ma la distanza tradizionalmente avvertita tra i due mondi si è andata assottigliando attraverso un'evoluzione che è passata attraverso fenomeni sociali visibili agli occhi di tutti.

---

[360] Iniziato negli USA a partire dagli anni '40 e diffusosi in Europa ed in Italia solo negli anni '70.
[361] PALIERO C. E., *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in BARILLARO M. (a cura di) *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004.
[362] Circostanza che sarebbe comprovata dai termini utilizzati nel "lessico familiare" per individuare i diversi concetti: "criminalità nera" e "criminalità bianca".

Un primo aspetto di progressiva omologazione tra le due realtà è rappresentato dal "tipo di autore". La criminalità organizzata nasce come forma di crimine collettivo per definizione, mentre quella economica emerge come fenomeno individuale[363], sia pure perpetrata da soggetti appartenenti ad un ceto sociale ben determinato. L'esperienza ha però dimostrato che, anche nel panorama della criminalità d'impresa, a delinquere non è più tanto la "persona", quanto l'"organizzazione"[364].

Un ulteriore punto di contatto è costituito dai "beni giuridici lesi" dai due fenomeni criminali. In origine, quali interessi aggrediti dalla criminalità organizzata, venivano considerati i beni giuridici "classici" (la vita, l'integrità personale, la libertà individuale, lo stesso patrimonio), mentre la criminalità economica si riteneva mettesse in pericolo beni artificiali, inafferrabili[365], lontani dal nucleo duro della tutela del diritto penale, ossia la persona umana. Abbiamo già avuto modo di segnalare come però le trasformazioni fenomenologiche dei reati "economici" abbiano comportato anche una modifica del bene giuridico, producendo effetti dannosi di carattere economico e politico-istituzionale. I delitti in discorso ampliano la spesa pubblica e ne alterano la razionale distribuzione, scoraggiano gli investimenti stranieri, "strozzano" la concorrenza, pregiudicano la legittimazione democratica dell'azione degli apparati pubblici, mettendo in pericolo la stessa tenuta del patto sociale; beni di tale pregnanza che incidono sulla stessa vita dei cittadini. Può quindi affermarsi che la criminalità economica, compiendo un giro su sé stessa, finisce con l'incidere su quegli stessi interessi che prima erano monopolio della criminalità organizzata.

Vi è poi un terzo elemento di raccordo tra i due mondi che si stanno esaminando, cioè la "tipologia delle condotte punibili". Anche in questo caso deve registrarsi un'evoluzione strutturale, in quanto inizialmente la criminalità economica era svincolata da rapporti di conflittualità interpersonale, rivolgendosi

[363] SUTHERLAND E. H., *White Collar Crime*, New York, 1949.

[364] Si pensi a titolo esemplificativo al proliferare di soluzioni legislative volte ad individuare una responsabilità degli enti (in Italia realizzata con il d. lgs. 231/2001), derivante dalla rinnovata consapevolezza che *societas delinquere potest.*

[365] Crimini quali la corruzione (artt. 318 ss. c.p.) o la concussione (art. 317 c.p.) sono sistematicamente posti a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, le false comunicazioni sociali (artt. 2621 ss. c.c.) salvaguardano la trasparenza societaria ecc…

piuttosto alle merci e ai valori, agendo quindi sul presupposto della libera disposizione (e quindi sulla autodeterminazione) del singolo, mentre la criminalità organizzata si caratterizzava per modalità interpersonali di azione (quella violenta e quella minatoria), creando un clima sistematizzato di eterodeterminazione delle scelte individuali. Dopo la vicenda di "Tangentopoli" che ha messo in evidenza il carattere ambientale del sistema – corruzione, è emerso però come due fenomeni in apparenza eterogenei avessero in realtà un identico DNA. Entrambi si accompagnano infatti a quella caratteristica creazione di un clima culturale di regole antagonistiche (rispetto a quelle legali) e di un sistema di valori eteronomo che attraverso una sistematica limitazione delle libere scelte individuali produce le violazioni più gravi e progressive dei beni giuridici, in un clima di affidamento sulla impunità da parte degli autori, garantito dall'acquiescenza, anch'essa culturale delle vittime[366].

C'è infine un ulteriore punto di contatto che rende quasi indistinguibili i due mondi criminali: il riferimento è al fenomeno del riciclaggio che ha cambiato radicalmente i rapporti tra i due paradigmi apparentemente così lontani. Il riciclaggio non si limita a gettare un "ponte" tra le due realtà, ma consente di individuare per la prima volta un'area di intersezione per sovrapposizione dei due corrispondenti fenomeni.

Sebbene dal punto di vista fenomenologico, quindi, la criminalità economica e quella organizzata mostrino un progressivo avvicinamento fino alla sovrapposizione, deve riscontrarsi come solo recentemente questa vicinanza sia stata tenuta in considerazione sul piano normativo. Abbiamo già avuto modo di rilevare come nella realtà italiana la criminalità organizzata abbia generato un sub-sistema di controllo penale assolutamente autonomo e completamente diverso dal sistema penale comune, già a partire dalla previsione di fattispecie a consumazione anticipata[367]. Ci si trova di fronte ad un apparato normativo chiuso,

[366] PALIERO C. E., *Criminalità economica e criminalità organizzata*, cit. p. 145.

[367] Si assiste infatti ad una "fuga dalla tipicità" nella descrizione della fattispecie, per arrivare, attraverso una struttura processuale che si giova di una serie deroghe alle norme generali (si pensi al pentitismo), ad una revisione della stessa funzione della pena, lontana dal suo ideale di riqualificazione del soggetto, per diventare un mero strumento di allontanamento del reo dalla realtà criminale di origine (il riferimento è al regime carcerario delineato *ex* art. 41-*bis* l. 365/1975).

una sorta di "cittadella della criminalità organizzata"[368], ma la realtà dei fatti dimostra che il fenomeno non rappresenta un settore chiuso, bensì un terreno aperto a cui sono estranee le distorsioni presenti nel panorama normativo.

In definitiva si deve riscontrare che ci sono territori in cui criminalità di impresa e impresa criminale sono un'unica realtà, *rectius* due facce della stessa medaglia, seppur dislocata geograficamente: trattasi di mondi che dialogano tra loro o trovano comunque modalità delittuose di collegamento.

Le relazioni tra i due fenomeni – come detto - cominciano solo di recente ad essere tenute in considerazione sul piano normativo mentre il sistema di repressione della criminalità organizzata presenta già da tempo dei fattori di crisi che hanno spinto dottrina e giurisprudenza a ripensare completamente gli elementi del crimine organizzato per rispondere all'esigenza di incriminare condotte lontane da quelle immaginate dal legislatore del 1982: condotte afferenti la c.d. contiguità mafiosa.

3.2 La contiguità mafiosa: configurabilità del concorso esterno nei reati associativi.

Il tema della distinzione tra partecipazione e concorso eventuale in reato associativo è stato affrontato da dottrina e giurisprudenza senza trovare concordanza nelle risposte di fondo. Il problema, al di là della rilevanza teorica, assume una grande valenza pratica nei confronti di ogni fattispecie associativa, ma per quella mafiosa presenta un'importanza peculiare con riferimento alle già citate situazioni di contiguità alle organizzazioni criminali. L'ammissione del concorso esterno è infatti suggerita da esigenze di politica criminale, le quali portano la già incerta tipicità della condotta di partecipazione a diluirsi, consentendo di colpire ipotesi di "contiguità" e "fiancheggiamento". Non a caso il problema cominciò a porsi concretamente proprio in relazione alla repressione del terrorismo degli anni '70 ed '80, con l'evidente obiettivo di colpire oltre agli aderenti alle associazioni ed alla bande armate, la fascia sociale di consenso e sostegno esterno.

[368] PALIERO C. E., *Criminalità economica e criminalità organizzata*, cit. p. 147.

L'inammissibilità del concorso di persone nel reato è stata tesi frequentemente sostenuta dai difensori degli accusati di collaborazione ad organizzazione mafiosa, i quali ritenevano che premessa fondamentale per la configurabilità del concorso esterno fosse l'adozione di una nozione più "ristretta" di partecipazione, per cui è necessaria per l'integrazione di quest'ultima non solo la volontà del soggetto di inserirsi nell'associazione ma anche l'accettazione da parte di questa, ma generalmente non è mai stata condivisa dalla Corte di Cassazione se non in alcune sporadiche pronunce[369] che hanno suscitato scalpore e preoccupazione, amplificati dai *mass - media*, in quanto favorivano la criminalità organizzata rendendo più difficile per l'accusa provare la partecipazione piena[370].

Dottrina e giurisprudenza prevalenti, pur non essendo sempre concordi nella individuazione dei criteri che consentono di distinguere le due figure, riconoscono invece la possibilità di individuare ipotesi di "concorso esterno" al reato associativo nella forma del concorso "morale" di chi, pur essendo estraneo all'associazione, istighi o determini taluno a parteciparvi, oppure di quello "materiale", in chi fornisca un contributo consapevole al mantenimento ed al consolidamento della associazione[371].

La questione non è di scarsa importanza perché è necessario fornire ai giudici criteri per valutare l'eventuale rilevanza penale delle condotte, ed i dubbi sui requisiti essenziali del concorso sono tali che sul punto si sono pronunciate le sezioni unite della Corte di Cassazione per ben tre volte[372].

---

[369] A titolo esemplificativo cfr. Cass. Pen., Sez. I, 19 gennaio 1987, Cillari, in cui si afferma che "La cosiddetta partecipazione esterna, che ai sensi dell'art. 110 c.p. renderebbe responsabile colui che pur non essendo formalmente entrato a far parte di una consorteria mafiosa abbia tuttavia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi, si risolve, in realtà, nel fatto tipico della partecipazione punibile, la quale deve ritenersi integrata da ogni contributo apprezzabile effettivamente apportato alla vita dell'ente ed in vista del perseguimento dei suoi scopi, mediante una fattiva e consapevole condivisione della logica di intimidazione e di dipendenza personale propria del gruppo e nella consapevolezza del nesso causale del contributo stesso".

[370] VALIANTE M., *L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione mafiosa)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1995, fasc. 3.

[371] GROSSO C. F., *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1993, fasc. 4.

[372] Il percorso giurisprudenziale è stato brillantemente e con completezza esposto da Cass. Pen., Sez. V, 24 aprile 2012, 15727, in *Foro italiano*, con nota di SILVESTRI G., *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, in *Foro italiano*, 2012, parte II.

La necessità di individuare ipotesi di concorso esterno è suggerita da almeno quattro ordini di ragioni. Innanzitutto rispetto del principio di legalità: il rapporto concorsuale è ben diverso da quello associativo ed è improprio quindi far passare per partecipazione una condotta che tale non è secondo la legge o, viceversa, escludere la punibilità del concorso. Militano a favore della rilevanza penale del concorso anche ragioni probatorie in quanto per stabilire la colpevolezza degli associati occorre dimostrare la realizzazione di tutti gli elementi tipici della fattispecie di reato mentre per i concorrenti è sufficiente provare la connessione causale della loro condotta con l'evento giuridico del reato. La riconoscibilità del concorso eventuale è poi imposta da esigenze difensive, dovendo gli imputati di partecipazione essere esonerati da responsabilità qualora non si accerti la sussistenza di tutti gli elementi tipici del reato, non potendo invece essere ritenuti colpevoli di concorso come se questo possa ritenersi compreso nella più ampia accusa di partecipazione. Infine merita di essere segnalato l'argomento che inerisce le diverse conseguenze sanzionatorie: infatti i concorrenti, se di regola soggiacciono alla stessa pena degli agenti tipici del reato[373], d'altro canto possono beneficiare di circostanze attenuanti e diminuzioni che gli sarebbero altrimenti precluse[374].

L'art. 110 c.p. svolge una funzione di estensione della tipicità, punendo condotte che, ancorché atipiche, cioè diverse da quelle previste dall'apposita norma, contribuiscono in qualche modo alla realizzazione del reato. Il codice non precisa in che cosa consista il concorso e in dottrina la tesi più seguita è quella che considera tale la condotta che rende possibile o comunque agevola l'azione tipica ovvero l'evento costitutivo del reato. La figura in discorso può configurarsi solo nel reato altrui, quindi soltanto se l'autore della condotta non è già agente necessario del reato[375].

---

[373] L'art. 110 c.p. recita: "Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti".

[374] Il riferimento è agli artt. 114 c.p. ("circostanze attenuanti") e 116 co. 2 c.p. ("reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti").

[375] Se la fattispecie prevede come essenziale la condotta dell'agente, come nei reati plurisoggettivi (o a "concorso necessario"), egli non sarà concorrente bensì autore principale (es. nella fattispecie di corruzione, sebbene essa sia formalmente inserita tra i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, non può ritenersi che il privato che dà o promette l'utilità sia un concorrente, risultando invece agente principale).

Sul piano soggettivo anche la condotta di concorso deve essere cosciente e volontaria, ma poiché essa "si appoggia" su altro reato, deve avere anche la qualificazione psichica corrispondente (che sia dolosa o colposa), specificazione importante perché potrà anche aversi una collaborazione dolosa ad un reato colposo, di cui cioè l'autore non voglia l'evento, o al contrario un concorso colposo in un reato doloso. Si può concorrere con il dolo generico perfino in un reato a dolo specifico (purché questi sia presente già nell'autore tipico del fatto)[376], perché il dolo specifico è si elemento soggettivo, ma anche costitutivo della fattispecie di reato, e pretendere che tutti i concorrenti debbano perseguire la finalità specifica richiesta dalla norma equivale a far coincidere arbitrariamente la posizione del concorrente con quella dell'autore tipico.

Anche nei reati plurisoggettivi, c.d. a "concorso necessario" [377] , sono presenti delle condotte, in questo caso provenienti da più autori, necessarie per l'integrazione della fattispecie (ad esempio nell'associazione per delinquere le condotte necessario sono la promozione, costituzione, direzione, organizzazione o semplicemente la partecipazione al sodalizio), mentre ne restano escluse tutte le condotte non necessarie, non previste specificamente dalla norma, che possono essere le più svariate e che possono avere peso variabile rispetto alla realizzazione del reato.

Così delineati i tratti essenziali del concorso di persone in generale, è opportuno soffermarsi brevemente sulle caratteristiche tipiche dell'associazione criminosa onde poi porre i due concetti a confronto ed osservare la soluzione che dottrina e giurisprudenza hanno fornito al problema.

Il delitto di associazione per delinquere è un reato plurisoggettivo la cui fattispecie prevede innanzitutto, sul piano oggettivo, una condotta di partecipazione ovvero una condotta qualificata (promozione, costituzione, ecc…),

---

[376] VALIANTE M., *L'avvocato dei mafiosi*, cit. p. 826.

[377] La formula è in realtà impropria, essendo preferibile la locuzione "reato necessariamente collettivo" poiché, come giustamente segnala VALIANTE M., *L'avvocato dei mafiosi*, cit. p. 827, necessari sono gli autori previsti dalla fattispecie e necessaria e tipica è la loro condotta. La qualificazione del reato come a "concorso necessario" è priva di significato e di effetto pratico in quanto si limita a descrivere una situazione già direttamente regolata dalla legge, per la cui punibilità non è necessario ricorrere al concetto di concorso, che è soltanto quello di colui eventualmente coopera al reato altrui, ed è punibile solo ai sensi degli artt. 110 ss. c.p..

un numero minimo di sodali, una struttura permanente[378] ed un programma di delitti. Sotto il profilo soggettivo, invece, il reato è caratterizzato dal dolo associativo (c.d. *affectio societatis*), cioè la coscienza e volontà di far parte della associazione e di operare per la realizzazione del suo programma delittuoso, e dal dolo specifico, cioè la particolare finalità della commissione di più delitti, che il singolo associato tende a conseguire attraverso il sodalizio. Per quanto riguarda specificamente l'associazione di tipo mafioso, si deve aggiungere l'ulteriore requisito dell'utilizzo del già citato particolare metodo di intimidazione che determina una condizione di assoggettamento e di omertà. La condotta dell'associazione è condotta propria del nuovo soggetto, così come la sua volontà di agire: queste sono costituite non dalla sommatoria delle condotte e volontà individuali degli associati, come avviene invece con il concorso di persone nel reato, bensì dalla confluenza di esse nella "condotta plurisoggettiva" e nella volontà collettiva, proprie dell'associazione[379].

Gli elementi del concorso di persone nel reato associativo, invece, sono gli stessi del concorso in qualunque altro reato, quindi una condotta atipica di cooperazione alla sussistenza od operatività dell'associazione, e la coscienza e volontà di cooperare alle stesse.

Secondo una prima ricostruzione di dottrina e giurisprudenza, quindi, la figura del concorso in associazione criminosa sarebbe caratterizzata, negativamente, dalla circostanza che il soggetto non è entrato a fare parte dell'organizzazione criminale, e positivamente dal fatto che egli ha comunque apportato alla stessa un contributo causale di una certa consistenza. La soluzione, anche nelle prime massime giurisprudenziali[380], sembrava però già oscillare fra l'idea di un contributo esterno potenzialmente anche continuativo, e quella di un apporto invece meramente occasionale e non istituzionalizzato. Una parte della dottrina[381], focalizzandosi su un terreno prevalentemente oggettivo, ha affermato che si verserebbe in una situazione di partecipazione laddove un soggetto chieda di entrare a far parte dell'organizzazione condividendone le finalità, e venga da

[378] Più precisamente l'associazione deve essere dotata di un apparato organizzativo idoneo al perseguimento degli scopi delittuosi che i soggetti si sono preposti.
[379] VALIANTE M., *L'avvocato dei mafiosi*, cit. p. 828.
[380] Cfr. Cass. Pen., Sez. V., 6 aprile 1987, in *Giustizia penale*, 1988.
[381] SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1993.

questa accettato come socio[382], mentre si avrebbe concorso esterno quando, non essendosi verificato ingresso riconosciuto nella associazione, taluno apporta comunque consapevolmente un contributo apprezzabile, se non di prolungamento, quantomeno al consolidamento o al mantenimento dell'organizzazione. Altri invece hanno sostenuto che l'elemento di *discrimen* tra le due figure sarebbe costituito prevalentemente dallo scopo con il quale il soggetto agisce: mentre il partecipe opererebbe allo scopo di commettere i delitti o di partecipare ai fatti che costituiscono oggetto del programma associativo, il concorrente esterno, pur rappresentandosi le finalità criminose dell'organizzazione, agirebbe con un obiettivo del tutto personale[383].

Si può quindi pacificamente riconoscere la configurabilità del concorso esterno, a favore della quale militerebbe innanzitutto un argomento di natura logica, non essendo condivisibile sostenere che la situazione di chi entra a far parte dell'organizzazione condividendone vita ed obiettivi, e quella di chi si limiti ad apportare da fuori un contributo comunque rilevante siano equivalenti. Vi è anche un dato lessicale in cui si potrebbe scorgere la conferma di un orientamento legislativo favorevole a riconoscere autonoma rilevanza alla figura del concorso: infatti gli artt. 307 e 418 c.p., prevedendo i delitti di assistenza agli associati, sanzionano la condotta di chi "fuori dai casi di concorso nel reato" o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce il vitto a talune delle persone che partecipano all'associazione. La locuzione utilizzata in un contesto in cui l'intraneità all'organizzazione è esplicitamente configurata dal termine "partecipazione", sembra voler indicare che sotto il profilo della clausola di esclusione ogni ipotesi di concorso, e può indicare indirettamente che il legislatore dava per scontata la rilevanza penale del concorso eventuale.

[382] Occorre precisare che le modalità di accettazione, e di conseguenza di ingresso nel sodalizio, non sono vincolanti. Se l'associazione ha modalità formali consolidate (il riferimento è a riti tipici della realtà siciliana, quali la c.d. "Punciuta", in base al quale l'aspirante affiliato veniva punto sull'indice e imbrattava col sangue una immaginetta sacra a cui poi veniva dato fuoco mentre veniva pronunciato solenne giuramento di fedeltà), queste saranno un indizio importante sul piano probatorio. Ma la loro eventuale mancanza non impedisce di configurare altri modi di ingresso nel sodalizio.

[383] DE FRANCESCO G., voce *Associazione per delinquere*, in *Digesto italiani*, parte I, Torino, 1987.

3.2.1 Il concorso esterno nella fisionomia attribuitagli dalla giurisprudenza.

Nel quadro così delineato permangono solo dubbi sui criteri di individuazione delle fattispecie che finiscono per affidare la soluzione del caso concreto alla valutazione discrezionale del giudice. Per rispondere a tali incertezze si sono resi necessari diversi interventi delle Sezioni Unite.

Una prima, fondamentale pronuncia[384] ha innanzitutto il merito di avallare definitivamente l'orientamento giurisprudenziale che riconosceva la configurabilità del concorso esterno. La decisione affronta analiticamente gran parte degli argomenti contrari, superandoli con soluzioni, che appaiono a taluni, tuttavia, non sempre convincenti. Le sezioni unite dissentono dalla tesi, anche giurisprudenziale, imperniata sulla indistinguibilità, sotto il profilo sia oggettivo sia soggettivo, tra concorso eventuale e partecipazione: la condotta tipica di partecipazione viene dalle S.U. identificata «nella stabile permanenza nell'associazione», invece «il concorrente eventuale è colui che non pone in essere la condotta tipica, che non fa parte, non si sente parte dell'associazione». Si è osservato, però, che la distinzione risulterebbe solo apparente se si pensa che tra le condotte associative quella di partecipazione non può che qualificarsi «a forma libera», intesa come l'obiettivo contributo idoneo e adeguato a dar vita autonoma al sodalizio o ad arricchirlo e potenziarlo. La «stabile permanenza nel vincolo associativo» non può confondersi con tale condotta, ma sarà, tuttalpiù, una connotazione dell'evento alla cui stregua si potrà tipicizzare la partecipazione. Sulla base di questa più attenta riflessione risulterebbe chiara la solo apparente capacità euristica dei criteri indicati: da un lato, l'autonoma incriminazione della partecipazione all'associazione troverebbe fondamento nella rilevanza causale del contributo rispetto all'organizzazione criminale, dall'altro su un'analoga dinamica di tipicizzazione si imperniерebbe il concorso eventuale. Occorre così concludere nel senso che o il contributo appare significativo ed adeguato rispetto alla struttura organizzativa predisposta alla realizzazione di determinati reati, ed allora si

[384] Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro italiano*, con nota di INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro italiano*, 1995, parte II.

verserebbe in un caso di piena partecipazione, ovvero, in mancanza di tale connotazione, esuleremmo dall'ambito di rilevanza penale, potendosi tuttalpiù ragionare di atti preparatori, ovvero solo parzialmente sussumibili nella fattispecie incriminatrice, e quindi atipici[385].

Quanto al profilo soggettivo, invece, le Sezioni Unite, condivisibilmente, contestano la tesi secondo la quale l'indistinguibilità delle due figure sarebbe confortata anche dalla necessaria sussistenza del dolo specifico nel concorrente esterno, essendo in via generale sufficiente, per aversi concorso nei reati a dolo specifico, che l'apporto sia accompagnato dalla consapevolezza di accedere a condotte animate da un fine specifico. Non condivisibile è invece l'argomentazione delle Sezioni Unite a proposito di un rilievo di carattere sistematico prospettato in dottrina e ripreso talvolta dalla giurisprudenza, a sostegno dell'inammissibilità del concorso esterno. Si badi, in questo caso non sono tanto le conclusioni a non convincere, quanto il percorso argomentativo che ad esse conduce. L'art. 7 d. l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991 n. 203 prevede un aggravante nell'ipotesi di delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., e si è sostenuto in passato che tale circostanza non possa essere compatibile con il concorso esterno, per ragioni che colgono la particolarità della fattispecie. La circostanza è incentrata infatti su di un dato esclusivamente soggettivo. Per la sua integrazione non è quindi richiesto che lo scopo si sia concretizzato in un esito di effettivo rafforzamento del sodalizio. Qualora ciò avvenga il delitto così aggravato potrà affiancarsi al concorso eventuale. La decisione delle sezioni unite non pare seguire questo percorso, ermeneuticamente ineccepibile, anche se accompagnato da non poche perplessità per l'esasperato rigore delle conseguenze in caso di concorso delle due incriminazioni. Nella sentenza il discorso pare spostarsi dall'indagine sulle finalità dell'agente e sull'oggettiva incidenza causale del delitto aggravato rispetto alla vita dell'associazione, a quella concernente «il fine che l'associazione persegue con quel delitto». Si tratta di un singolare utilizzo del parametro soggettivo, non più riferito al singolo agente, ma alla proiezione finalistica dell'ente, alla funzione, assegnata dall'associazione al delitto aggravato

[385] INSOLERA G., *Il concorso esterno*, cit. p. 4.

dalla finalità di agevolazione. Tuttavia in questo modo si mutano radicalmente i rapporti tra fattispecie circostanziale e concorso esterno che finisce per essere ricostruito non più attraverso un meccanismo di tipicizzazione causale, ma si delinea in virtù della finalità assegnata dal sodalizio al contributo. Ne deriva una ricostruzione integralmente soggettiva del problema e delle soluzioni che, nonostante provenga dalla massima istanza regolatrice, certo non giova a chiarire in modo risolutivo e tranquillizzante la questione[386].

La S.C. afferma la configurabilità del concorso esterno anche basandosi sul già citato confronto con gli artt. 307 e 418 c.p., richiamando innanzitutto l'argomento di natura letterale[387], a cui se ne aggiunge un altro basato sui passi della relazione ministeriale al progetto del codice penale. La relazione, nell'illustrare l'art. 418 c.p., dice che «questa figura criminosa è tenuta distinta dai casi di concorso nel reato o di favoreggiamento» e che «infondato è il dubbio sollevato se l'inciso ''fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento'' si debba riferire al reato d'associazione o al reato-fine che gli associati si propongono di commettere, apparendo chiaro che il riferimento va fatto al reato di associazione per delinquere, oggetto della speciale previsione». Per la relazione, pertanto, non possono esservi dubbi sulla configurabilità del concorso eventuale, in tutte le sue forme, nel reato associativo – all'epoca il solo reato di cui all'art. 416 c.p. –, visto che la stessa si premura di precisare che il concorso di cui si parla nella norma di cui all'art. 418 non è il concorso degli esterni rispetto al reato - fine che gli associati si propongono di commettere, bensì il concorso rispetto al reato di associazione, che, per la distinzione, per il parallelo che la relazione fa tra quest'ultimo concorso e il concorso esterno nel reato - fine, non può non essere, anch'esso, il concorso esterno, degli esterni, nel reato di associazione.

Merita di essere segnalato, però, che è sconveniente basare le soluzioni al problema su riferimenti introdotti dal legislatore del 1930, ai cui occhi non si era minimamente posto il problema della configurabilità del concorso esterno nei reati associativi, questione che è rimasta lontana dai dibattiti degli interpreti anche per i

[386] INSOLERA G., *Il concorso esterno*, cit. p. 6.
[387] Le S.U. leggono nella clausola di sussidiarietà utilizzata, "al di fuori del caso di concorso", in un contesto in cui l'intraneità all'organizzazione è tipizzata dal riferimento alla condotta di partecipazione, un indicazione legislativa alla configurabilità di ipotesi di concorso esterno.

successivi quarant'anni, se è vero che è sorta con riferimento alle dinamiche emerse negli anni '70. Si corre in tal caso il rischio che le ragioni dogmatiche vengano piegate ad opzioni politico criminali vicariamente assunte dalla giurisprudenza di fronte a fenomeni irriducibili ai tipi normativi vigenti, rendendo quindi il concorso di persone nel reato formidabile strumento di dilatazione della discrezionalità giudiziale, veicolo attraverso il quale si attribuiscono ai giudici, impropriamente, le stesse scelte di incriminazione, rischio confermato da quell'orientamento che ravvisa la configurabilità di un concorso anche nella organizzazione e nella direzione del sodalizio[388], che avvalora il sospetto che al concetto di compartecipazione si ricorra solo perché indotti dalla necessità di superare carenze sul piano probatorio.

In definitiva in questa prima, discussa pronuncia le S.U. affermano la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano, anche con un solo intervento, un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'organizzazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi[389].

La S. C. a Sezioni Unite è tornata nuovamente sull'argomento [390] in un contesto in realtà non caratterizzato da un contrasto giurisprudenziale, in quanto l'orientamento della sentenza *Demitry* è stato seguito dalla giurisprudenza successiva di merito e di legittimità, essendo in realtà l'unica voce dissonante la sentenza Villecco[391], che ha denunciato le aporie della precedente sentenza delle S.U., sulla base delle quali si sarebbe dovuto riaprire il dibattito sulla configurabilità del concorso, con argomentazioni sistematicamente confutate dalla sentenza in discorso, che riafferma l'orientamento prevalente della riconoscibilità del concorso eventuale affermando, in linea di principio, che è qualificabile concorrente esterno l'*extraneus* che "fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo", dotato di "un'effettiva rilevanza causale ai fini della

[388] SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1993.
[389] SILVESTRI G., *Punti fermi in tema di concorso esterno*, cit. p. 2.
[390] Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, con nota di DI CHIARA G., in *Foro italiano*, 2003, parte II.
[391] Cass. Pen., Sez. VI, 21 settembre 2000, Villecco, con nota di VISCONTI, IN *Foro italiano*, 2001, parte II.

conservazione o del rafforzamento dell'associazione". Precisa il Giudice di legittimità che ciò che conta non è la mera disponibilità dell'esterno a conferire il contributo richiestogli dall'associazione, bensì l'effettività di tale contributo, e cioè che a seguito di un impulso proveniente dall'ente criminale il soggetto si è di fatto attivato nel senso indicatogli.

La Corte si preoccupa poi di correggere l'impostazione della sentenza *Demitry* riguardo a un punto della relativa motivazione che aveva suscitato diffuse reazioni critiche in dottrina: ci si riferisce alla tesi che riconduce il contributo del concorrente alla sfera di una presunta patologia o di una presunta fibrillazione della vita associativa, affermando invece che il concetto di patologia o fibrillazione, dotato di indubbio significato esemplificativo o metaforico, ha finito per attirare l'attenzione oltre la sua reale importanza nell'economia del ragionamento seguito dalle Sezioni Unite precedenti, mentre la configurabilità del concorso esterno è possibile a prescindere da situazioni di difficoltà dell'associazione. Chiarito ciò il Giudice di legittimità può dedicarsi a quello che ritiene essere il vero problema, cioè individuare la soglia, a partire dalla quale la prestazione dell'estraneo assume effettiva rilevanza causale in termini di conservazione o rafforzamento del sodalizio criminale. Al riguardo la sentenza sottolinea che il contributo richiesto al concorrente esterno deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione, puntualizzando, poi che, si tratti di attività continuativa o ripetuta, o di una singola prestazione, dovrà valutarsi esclusivamente se la pluralità o l'unica attività posta in essere, per il grado di concretezza e specificità che la distingue e per la rilevanza causale che esprime, possa ritenersi idonea a conseguire il risultato suddetto[392].

[392] La S. C. si sforza di precisare quest'ultimo concetto applicandolo al caso concreto sottoposto al suo esame, inerente il c.d. aggiustamento di processi ad opera di un magistrato compiacente. Al riguardo i Giudici di legittimità operano una distinzione, dal punto di vista della rilevanza causale, tra apporto singolo o plurimo: nel primo caso sarebbe necessario accertare l'effettivo conseguimento dell'esito favorevole, nel secondo, invece, tale requisito non sarebbe essenziale perché la condotta reiterata posta in essere dal concorrente determina negli esponenti del sodalizio la consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto qualificato e operante in istituzioni giudiziarie e un tale effetto costituisce, di per sé solo, un indiscutibile rafforzamento della struttura associativa.

La soluzione offerta presta il fianco a diverse critiche in quanto, nonostante sia apprezzabile lo sforzo delle S.U. di fornire un più sicuro criterio discretivo, non sembra che quello così individuato possa assolvere al compito di eliminare i dubbi preesistenti. Già il riferimento al concetto di "idoneità" quale fulcro della soluzione presenta diverse ambiguità, non essendo chiaro innanzitutto se tale giudizio di idoneità debba essere effettuato secondo una prospettiva rigorosamente *ex post* (così come richiederebbe un'autentica logica causale) ovvero se debba riflettere un accertamento *ex ante*, secondo un punto di vista assimilabile nella sostanza, per esempio, al paradigma dell'aumento del rischio. La Corte non spiega neppure se la verifica causale debba anche in questo caso avvalersi di una base nomologica, secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, o comunque di regole di esperienza dotate di fondamento rigoroso[393]. Infine altrettanto inadeguatamente affrontato è il problema, se possa parlarsi di causalità *stricto sensu* a proposito di verifiche caratterizzate da un'evidente sproporzione di scala, come appunto accade quando si tratti di accertare la reale incidenza di una singola o di singole condotte su di un'associazione criminale complessivamente considerata, soprattutto allorché siano in gioco realtà associative di vaste proporzioni.

Più innovativa appare la parte della sentenza relativa all'elemento soggettivo del concorso esterno dove la sentenza parte dalla premessa pacifica per cui al dolo del concorrente, a differenza del dolo del partecipe interno, mancherebbe l'*affectio societatis*, e cioè la volontà di far parte integrante del sodalizio criminale, mentre sarebbe caratterizzato dalla coscienza e volontà di fornire un contributo vantaggioso per l'associazione, a prescindere dalla condivisione degli scopi e della strategia complessiva dell'associazione stessa. Le Sezioni Unite riconoscono però che, come affermato dalla già citata sentenza Villecco, questa premessa merita un intervento correttivo, e lo fanno sulla base di un ragionamento che parte dalla nozione di "medesimo reato" contenuta nell'art. 110 c.p.: infatti perché si possa affermare che i concorrenti hanno commesso il medesimo reato, come previsto dalla norma, è necessario che le loro condotte

[393] Si rammenti al riguardo che, ai tempi della sentenza in discorso, le Sezioni Unite si erano anche pronunciate sul tema della causalità in generale. Cfr Cass. Pen, Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro italiano*, 2002, parte II.

risultino finalisticamente orientate verso l'evento [394] tipico di ciascuna figura criminosa. Poiché nel reato di associazione per delinquere l'evento è la sussistenza ed operatività del sodalizio idoneo a commettere i delitti – scopo perseguiti, ne consegue che non può postularsi la figura di un concorrente esterno, nel cui agire sia presente soltanto la consapevolezza che altri agisca con la volontà di realizzare il programma di cui sopra. Deve, al contrario, ritenersi che il concorrente esterno è tale quando, pur estraneo all'associazione, della quale non intende far parte, apporti un contributo che 'sa' e 'vuole' sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio. Il ragionamento logico seguito dalla Corte in realtà risulta poco trasparente in quanto non permette di cogliere il nesso causale tra la premessa (di per sé già nebulosa) e la conseguenza che ne deriva, e si traduce in una sorta di configurazione dell'elemento soggettivo come dolo diretto. È proprio questa la novità della sentenza Carnevale che rimescola le carte rispetto al precedente, pacifico orientamento giurisprudenziale: il dolo diretto finisce per inserire nell'elemento soggettivo dell'*extraneus* elementi che gli erano in passato estranei e che erano considerati dai più tipici della sfera psichica dell'*intraneus*, risultando quindi vano il tentativo delle S.U. di limitare questa clamorosa novità richiedendo che la volontà del concorrente sia diretta ad una realizzazione anche parziale dei progetti criminosi.

È però ad una terza sentenza delle Sezioni Unite[395] che si deve il più lucido e consapevole tentativo di tipizzazione del concorso esterno, precisando ulteriormente i presupposti generali della rilevanza penale del concorso eventuale nel reato associativo e, nello stesso tempo, specificandone l'applicabilità al caso tipologico del c.d. patto di scambio politico-mafioso[396]. Era abbastanza scontato che la Cassazione ribadisse il principio secondo cui il concorso eventuale è configurabile anche nel reato associativo e, in particolare, nel delitto di

[394] Il termine è ambiguo perché la Suprema Corte non chiarisce se vada inteso in senso naturalistico o giuridico.
[395] Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro italiano*, 2006, parte II, con nota di FIANDACA G. – VISCONTI C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro italiano*, 2006, parte II.
[396] Ricordiamo infatti che la sentenza Carnevale era incentrata sulla tipologia casistica del c.d. aggiustamento dei processi. Il nuovo orientamento mostra la tendenza della Cassazione a procedere ad una progressiva concretizzazione dei principi generali in rapporto ai diversi casi tipologici.

associazione mafiosa perché tale configurabilità, ancorché contestata da una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina, vanta in realtà nella prassi applicativa una storia molto risalente nel tempo. Questo dato è interessante perché mette in luce la tendenza della giurisprudenza ad affiancare, ad un atteggiamento positivistico – legalistico ancorato al dato testuale delle norme scritte, un ragionamento per principî generali volto a superare la lettera legislativa in nome di ritenute esigenze politico-criminali.

La S.C. si preoccupa di tracciare in estrema sintesi gli orientamenti giurisprudenziali sulla nozione di partecipazione interna, compiendo il notevole sforzo di valorizzare il senso migliore delle precedenti definizioni giurisprudenziali ruotanti attorno al modello c.d. organizzatorio. Giova ricordare che se per un verso è andato regredendo l'orientamento più datato incline a imperniare la punibilità della partecipazione su requisiti a carattere psicologico come l'adesione volontaria al sodalizio criminoso o l'*affectio societatis*, per altro verso hanno progressivamente conquistato spazio soluzioni giurisprudenziali inquadrabili in due filoni di massima, rispettivamente ancorati a un modello definibile "causale" e a un modello definibile "organizzatorio". Il primo fa consistere la condotta di partecipazione in un contributo causale apprezzabile recato dal soggetto alla vita del sodalizio o alla realizzazione del programma criminoso[397]. Ragionando in questo modo, è il concetto di concorrente nel reato che influenza la nozione di partecipe ad un'associazione criminale quale reato a sé stante, tuttavia una simile definizione "derivata" di partecipazione non agevola affatto la ricerca del *discrimen* tra le due figure, finendo per complicare ulteriormente la questione perché a ben vedere i due ruoli finirebbero per coincidere ampiamente, nel senso che in entrambi i casi si pone l'accento sull'attitudine causale del comportamento ad avvantaggiare l'organizzazione criminale. Il modello c.d. organizzatorio riesce meglio a cogliere il *quid proprii* della condotta di partecipazione individuandola, più che nell'apporto causale della condotta, nel "far parte" dell'associazione, nell'oggettivo inserimento del soggetto

[397] La giustificazione dogmatica a questa nuova tesi è data da un lato dall'esigenza di rendere più corposo il fondamento della partecipazione punibile rispetto ad un evanescente criterio psicologico, dall'altro nell'influenza implicitamente esercitata dal principio di causalità, quale (ritenuto) criterio generale di rilevanza penale della criminalità plurisoggettiva secondo il modello di disciplina del concorso criminoso di cui agli art. 110 ss. c.p..

nell'organizzazione criminale, in definitiva nell'assunzione di un ruolo specifico all'interno della compagine. Questo orientamento dunque non solo è più corretto in sé, ma consente di distinguere meglio la partecipazione dal concorso esterno, il quale sarebbe integrato dalla condotta di chi, pur non facendo parte dell'organizzazione con un ruolo stabile, apporta dall'esterno un contributo alla vita e al rafforzamento della stessa.

Le S.U. aderiscono quindi a questo secondo modello, riconoscendo comunque che esso non è scevro di difetti poiché può essere concepito secondo diverse gradazioni di corposità: un modo più "debole" di intendere il concetto di inserimento nell'organizzazione può consistere nell'identificarlo nella semplice messa a disposizione potenziale da parte di un soggetto della propria attività a favore di un'associazione, tuttavia questa nozione non avrebbe una consistenza materiale maggiore rispetto alla più vecchia nozione di adesione volontaria al sodalizio, quindi è preferibile conferirgli maggiore spessore oggettivo, più coerente con i principi di materialità e offensività ed è proprio in questo che emerge il valore della sentenza in esame, la quale pone in risalto anche la proiezione dinamica del ruolo funzionale di componente organico e stabile di un sodalizio criminoso. Il Giudice di legittimità si sforza di porre rimedio ai già citati dubbi derivanti dalla sentenza Carnevale[398], mostrando un'acuta sensibilità alle critiche prospettate in dottrina, e precisando questa volta in motivazione che il contributo del soggetto estraneo deve dispiegare un'efficacia causale reale, da accertare *ex post* sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, secondo uno schema coerente con quanto affermato precedentemente in tema di causalità dalla sentenza Franzese. Una precisazione: quando si discute di causalità nel concorso di persone *ex* artt. 110 ss. c.p., il secondo polo del nesso di collegamento è dato dal "reato" (che potrà, a sua volta, consistere in un illecito di mera condotta o di evento)[399], ma nell'ipotesi di reati associativi le condotte di concorso eventuale che accedono non già alla realizzazione in forma collettiva di

[398] Ricordiamo infatti come il concetto di "idoneità" quale fulcro della soluzione offerta dalla sentenza Carnevale presentasse diverse ambiguità, non essendo chiaro innanzitutto se tale giudizio di idoneità dovesse essere effettuato secondo una prospettiva rigorosamente *ex post* ovvero se debba riflettere un accertamento *ex ante*, così come era incerto se la verifica causale dovesse anche in questo caso avvalersi di una base nomologica o meno.

[399] Questa conclusione deriva da un'agevole lettura dell'art. 110 c.p. che fa riferimento proprio al concetto di "reato".

un reato da eseguire o in corso di esecuzione, bensì ad un reato a concorso necessario già bell'e consumato, essendo l'associazione mafiosa preesistente rispetto al contributo dell'estraneo. Sulla base di questa premessa l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinaria hanno individuato quale "evento" (si perdoni l'uso improprio del termine) della condotta del concorrente la "conservazione" o il "rafforzamento" del sodalizio, ed è questa anche la tesi seguita dalle Sezioni Unite Mannino. Tuttavia non è superfluo chiedersi se i concetti di "conservazione" e "rafforzamento" possano davvero essere definibili, secondo un uso rigoroso delle categorie penalistiche, come eventi legati da un nesso di condizionamento alla condotta concorsuale esterna, poiché a ben vedere la risposta a questo interrogativo varia a seconda della prospettiva in cui ci si ponga. Se infatti si accoglie una definizione ampia di "evento", inteso nel suo senso naturalistico, cioè quale modificazione del mondo esteriore legata alla condotta da un nesso di causalità e preveduto dalla legge penale come elemento costitutivo o aggravatore del reato, si deve rilevare innanzitutto che la legge penale non fa mai riferimento ai concetti di "conservazione" e "rafforzamento", che risultano atipici e derivanti dall'attività ermeneutica, ed in secondo luogo che, se non si pongono problemi logici per il rafforzamento, la prima delle nozioni individuate cozza con la stessa idea di "modificazione". Quindi essi possono essere assurti al grado di "evento" della condotta concorsuale solo se si assume una nozione giuridica del termine "evento", inteso quale lesione o messa in pericolo del bene giuridico, che è proprio l'orientamento a cui fa riferimento la sentenza in discussione[400].

La sentenza in esame si segnala, altresì, per l'attenzione riservata alla ricostruzione dell'elemento soggettivo che deve accompagnare la condotta di sostegno esterno punibile. In questo la Corte si fa carico della preoccupazione di natura politico – criminale di bilanciare la scelta ermeneutica di estendere la

[400] In senso critico FIANDACA G. – VISCONTI C., *Il patto di scambio*, cit. p. 8, osserva che "se nel nostro caso la realizzazione del fatto criminoso collettivo si riferisce ad un reato associativo come l'associazione mafiosa, la quale temporalmente preesiste rispetto al sostegno prestato dal concorrente esterno, non si vede allora come detto sostegno possa fungere da condizione necessaria di un reato già venuto ad esistenza. Peraltro se la condotta dell'*extraneus* deve porsi come condizione necessaria per la produzione della lesione dell'ordine pubblico, posto che detta lesione può piuttosto derivare dall'esistenza dell'intero sodalizio, deve concludersi che essa è già avvenuta. Quindi la condotta dell'estraneo (vantaggiosa in termini di c.d. conservazione o di c.d. rafforzamento dell'ente associativo) potrebbe semmai farsi apprezzare in forma di eventuale incremento «percentuale» di una lesione (o messa in pericolo) che si è verificata e continua a verificarsi anche a prescindere".

punibilità a forme di contributo materiale atipico nel reato associativo con lo scrupolo di una ricostruzione restrittiva del dolo di concorso esterno, avente quale effetto l'esclusione della rilevanza della forma meno intensa del dolo eventuale. Infatti la Corte, in linea con quanto affermato dalle stesse S.U. nel 2002, sottolinea l'esigenza che l' *extraneus*, oltre ad essere consapevole dei metodi e dei fini dell'associazione criminosa destinataria del suo sostegno, si renda pienamente conto dell'efficacia causale della sua attività e sia altresì animato dalla volontà di finalizzare il suo contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

Merita di essere segnalato che sul tema è intervenuta recentemente una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[401] che, anche se non affronta il tema dell'individuazione di criteri discretivi tra partecipazione e concorso esterno, costituisce un punto di riferimento imprescindibile in materia. La Corte condannò infatti l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU (pincipio "*nullum crimen sine lege"*)[402]. La pronuncia ha il grande merito di riconoscere la rilevanza, ai fini della configurazione delle fattispecie criminose, e quindi del rispetto del principio di legalità, del diritto vivente: la CEDU riconosce pacificamente come il concorso esterno in associazione mafiosa sia una "*infraction d'origine jurisprudentielle*", ovvero un reato di origine giurisprudenziale, ma non è questo a violare il principio di legalità, quanto la circostanza per cui all'epoca dei fatti (tra il 1979 e il 1988), l'imputato non era in grado di prevedere con precisione le conseguenze penali della sua condotta. Infatti i giudici di Strasburgo evidenziano come la figura del concorso esterno in associazione mafiosa abbia fatto il suo ingresso nel panorama giurisprudenziale italiano con la sentenza Cillari [403] e sia stato poi oggetto di interpretazioni divergenti fino alla prima pronuncia delle Sezioni Unite "*Demitry*"

[401]CEDU, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.
[402] In estrema sintesi il caso: dopo essere stato condannato in via definitiva nel 2007 per concorso esterno in associazione mafiosa per avere, tra il 1979 e il 1988, giovandosi della posizione chiave ricoperta nelle forze dell'ordine, sistematicamente contribuito alle attività e alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa "Cosa Nostra", fornendo ad alcuni associati informazioni confidenziali concernenti le investigazioni e le operazioni di polizia in corso contro alcuni di loro, Bruno Contrada si rivolge alla Corte EDU paventando la violazione dell'art. 7 della Convenzione, in quanto nei suoi confronti sarebbe stato applicato un reato non sufficientemente determinato all'epoca della commissione dei fatti.
[403] Cfr. Cass. Pen., 14 luglio 1987, Cillari.

nel 1994[404]. Quindi la Corte conclude che, all'epoca dei fatti contestati, il reato non sarebbe stato sufficientemente chiaro e quindi prevedibile dall'imputato[405].

La sentenza in discorso lascia però aperti numerosi interrogativi non solo teorici, ma che hanno una grande valenza pratica, comprovata dalle ambigue tendenze giurisprudenziali successive. Unanimi sono state infatti le voci in dottrina che hanno aspramente criticato la scelta della CEDU di definire il concorso esterno una fattispecie di creazione giurisprudenziale perché, laddove si accolga tale orientamento, allora il reato sarebbe costituzionalmente, prima ancora che convenzionalmente, illegittimo, posto che la nostra carta fondamentale non contempla il principio dello *stare decisis*, privando così, a differenza di quanto avviene nei paesi di *common law*, il precedente giurisprudenziale di qualunque valore vincolante, anche nel caso in cui provenga dal massimo organo decidente a cui viene riservata solamente funzione nomofilattica.

Il fatto che permangano tutt'ora dubbi sulla configurabilità del concorso esterno, è confermato dalla giurisprudenza che, in via apparentemente incoerente, proprio richiamando la sentenza Contrada, la utilizza per motivare l'inesistenza nel nostro ordinamento del concorso esterno nei reati associativi. Tipico esempio di quanto affermato è dato da una recente sentenza del G.I.P. di Catania[406], il quale, ritiene che, dovendo il giudice italiano essere sottoposto solo alla legge, accogliere la tesi suggerita dalla CEDU secondo cui la fattispecie in esame sia di origine giurisprudenziale significa negare la sussistenza del reato nel nostro ordinamento [407] , orientamento avvalorato dall'evidente mancata volontà legislativa, anche a seguito dell'intervento di Strasburgo, di attivarsi per inserire nel nostro ordinamento una fattispecie *ad hoc* che punisca la condotta in esame. Il ragionamento del giudice catanese non persuade perché il dato incontestato per il

[404] La CEDU respinge quindi la tesi del Governo secondo cui in realtà la figura apparisse precedentemente in alcune pronunce relative a fatti di cospirazione politica e terrorismo. Secondo i giudici vi è infatti una differenza sostanziale tra questi casi e il concorso in associazione mafiosa, comprovata dal fatto che quest'ultimo sarebbe stato oggetto di una distinta ed ulteriore evoluzione giurisprudenziale.

[405] CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 maggio 2015.

[406] Tribunale di Catania, sezione G.I.P., 12 febbraio 2016, n. 1077/2015.

[407] MARINO G., N*uove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza contrada della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016.

quale il concorso esterno sarebbe un reato di origine giurisprudenziale non si pone in modo antitetico alla configurabilità di tale imputazione delittuosa nel nostro ordinamento[408].

Vi è un ulteriore punto della sentenza interessante perché il G.I.P., partendo dal richiamo presente nella sentenza europea al caso "*Demitry*", come se la CEDU avesse voluto in qualche modo "cristallizzare" i principi enunciati nel 1994, afferma che l'impostazione di quella prima sentenza delle Sezioni Unite è stata "tradita" dalla giurisprudenza successiva. Anche questo assunto non persuade, perché seguendo l'opinabile ragionamento della Corte di Strasburgo, si perviene al paradosso di vincolare l'applicabilità di un determinato istituto al rispetto degli assiomi stabiliti da una sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Tuttavia in primo luogo, è necessario rilevare che la sentenza "*Demitry*" ha dettato esclusivamente dei principi di diritto, validi canoni ermeneutici, ma non vincolanti, in un ordinamento di *civil law*, per i giudici successivi, ed in secondo luogo, occorre osservare come la CEDU non abbia mai riferito la violazione dell'art. 7 al mancato rispetto dei limiti fissati dalla sentenza "*Demitry*" all'imprevedibilità dell'applicazione retroattiva di una giurisprudenza sfavorevole. Ma le problematiche più serie poste dalla decisione del G.I.P. ineriscono alla modalità con cui la fonte sovranazionale viene, nella pronuncia *de qua*, applicata nel nostro ordinamento, specialmente in ragione della delicatezza della questione giuridica e politica rappresentata dal concorso esterno in associazione mafiosa[409]. Il sistema convenzionale è infatti del tutto particolare: orientato esclusivamente alla tutela dei diritti umani, è costituito spesso da norme di principio piuttosto laconiche ed è per questo motivo che esse vanno necessariamente interpretate alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, che in tal senso acquisisce carattere vincolante. Tuttavia occorre sottolineare che la CEDU ha un approccio meramente casistico e che quindi le sue pronunce non possono considerarsi foriere di principi generali che possano incidere in modo automatico negli ordinamenti dei Paesi Membri. Peraltro la Corte Costituzionale ha chiarito il grado di vincolatività che le norme convenzionali hanno nel nostro sistema: esse mantengono un rango

[408] Non a caso la sentenza Contrada ravvisa la violazione dell'art. 7 CEDU non nella derivazione giurisprudenziale del reato, quanto nella mancata "solidità" dell'orientamento giurisprudenziale.
[409] MARINO G., N*uove incongruenze giurisprudenziali*, cit. p. 8.

"sub-costituzionale" e fungono da parametri interposti di legittimità costituzionale della legislazione nazionale[410]: una norma deve essere interpretata in maniera conforme ai principi della CEDU, e laddove il giudice nazionale ravvisi un'incompatibilità, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., attività che il giudice di Catania non ha tenuto in debita considerazione[411].

Altrettanto paradossale è la sentenza con cui la Corte d'Appello di Caltanisetta ha rigettato la domanda di revisione proposta dallo stesso Contrada a seguito della condanna dell'Italia ad opera della CEDU. In questo caso la Corte siciliana ha attuato, con un ragionamento in verità non convincente, un'opera di adeguamento del giudicato europeo al caso concreto. Richiamando infatti il concetto di "prevedibilità" delle conseguenze penali della propria condotta, assurto, nel percorso logico della CEDU, a fulcro della condanna per violazione del principio di legalità, i giudici d'appello affermano che in realtà l'imputato non aveva bisogno di attendere la sentenza "*Demitry*" per essere cosciente della rilevanza penale delle proprie azioni, in quanto il maxi – processo celebratosi a Palermo nel corso degli anni '80, aveva affrontato la questione della configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa; e nei confronti di diversi imputati era stata elevata una tale contestazione anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte [412] . Questo ragionamento ermeneutico, come già anticipato, non convince perché in presenza di un giudicato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che accerta la violazione dell'art. 7 della Convenzione perché per l'imputato non era prevedibile la conseguenza penale della sua condotta, per quanto i giudici della revisione non si trovino, evidentemente, in accordo con quanto elaborato dalla Corte di Strasburgo, è

[410] Cfr Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, c.d. "sentenze gemelle", in *Rivista di Diritto Industriale*, 2008,

[411] Per quanto merita di essere segnalato l'indirizzo consolidato della Corte di Cassazione, da ultimo confermato con Cass. Pen., Sez. II, 13 aprile 2016 (dep. 2 maggio 2016), n. 18132, con nota di RAGUSA G., *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2016, che ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. rispetto agli artt. 25 co. 2 e 117 Cost. quest'ultimo in riferimento all'art. 7 CEDU, perché in realtà la fattispecie di concorso esterno non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì è conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p..

[412] Corte d'Appello di Caltanissetta, 17 marzo 2016, n. 924/2015.

impossibile dirsi che ci si sia conformati, nel risultato pratico, alla sentenza di condanna, proprio in quanto l'istanza non sia stata accolta. Sembra quindi che la Corte d'Appello di Caltanissetta abbia cercato di trovare, in ossequio all'autorevolezza della Corte di Strasburgo, un *commodus discessus* per dissociarsi da una pronuncia che non ha convinto, mediante una sentenza che, almeno nel risultato pratico, convince, a sua volta, ben poco[413].

Il fatto che dopo anni di dibattiti e *querelles* giurisprudenziali sfociate in ben tre sentenze delle Sezioni Unite, e anche dopo una pronuncia della CEDU il panorama casistico italiano si trovi in posizioni così antitetiche a distanza di pochi mesi, rende evidente che la patologia all'interno del sistema risiede fondamentalmente nell'inerzia del potere legislativo [414] . Un contesto giurisprudenziale così poco uniforme dovrebbe fungere da campanello d'allarme per il legislatore, *rectius* come invito a preferire ad interventi nel settore penale di carattere meramente simbolico [415] , a pronunciarsi definitivamente su annose questioni, la cui criticità impedisce da un lato, sul piano delle garanzie, un'adeguata difesa contro imputazioni di questo genere, dall'altro, sul piano della politica criminale, la sicura condanna di situazioni di "contiguità alla mafia".

3.3 Un ripensamento giurisprudenziale del "metodo mafioso".

Abbiamo già accennato a come nella redazione dell'art. 416-*bis* c.p. il legislatore del 1982 si sia ispirato alla fenomenologia criminale siciliana caratterizzata dall'uso sistematico della forza di intimidazione per creare una situazione di assoggettamento e di omertà a sua volta utilizzata per perseguire gli scopi (illeciti) dell'associazione mafiosa. Questi elementi sono stati adeguatamente tipicizzati perché rappresentavano il contrappeso della necessaria mancanza di tipicità relativa alle condotte degli associati. Tuttavia non si può

[413] MARINO G., N*uove incongruenze giurisprudenziali*, cit. p. 14.
[414] Confermata peraltro dalla ormai lungamente attesa riforma volta ad introdurre un adeguato strumento per la *restituito in integrum* che dovrebbe seguire ad una condanna in sede internazionale.
[415] Sul punto si vedano, fra tutti i temi ipotizzabili: FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2013 e LEO G., *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2015.

dubitare del fatto che il forte connotato sociologico dell'art. 416-*bis* abbia finito per rendere tale norma inadeguata a reprimere nuove manifestazioni di criminalità. Nei paragrafi che precedono abbiamo avuto modo di illustrare come la punibilità della c.d. "contiguità mafiosa", sicuramente pericolosa quanto la mafia stessa, sia subordinata alla discussa configurabilità del concorso esterno. Discorso analogo può farsi anche con riferimento al metodo mafioso: si assiste sempre più spesso a fenomeni criminali, da ultimo si pensi alla vicenda di Mafia Capitale, caratterizzati da note di indubbia originalità che hanno richiesto un'opera di risistemazione delle nozioni contenute nell'art. 416-*bis*.

Storicamente il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, benché astrattamente idoneo a fungere da "strumento repressivo di portata assai ampia, tale da fronteggiare anche nuove forme di criminalità associata di tipo economico – affaristico sempre più diffuse in tutto il territorio nazionale"[416] è stato utilizzato per reprimere fenomeni geograficamente ben caratterizzati. Per lungo tempo l'unico precedente che ha individuato la presenza di un'associazione di tipo mafioso in zone "non tradizionali" è stato quello riguardante l'associazione creatasi all'interno della struttura del *casinò Saint Vincent*, dove la S. C. per la prima volta sottolinea che nella previsione della norma devono comprendersi anche organizzazioni "nuove", che tentino di introdurre una metodologia di tipo mafioso in settori di vita socio – economica, ma allo stesso tempo afferma che non si registra l'infiltrazione di associazioni mafiose tipiche[417]. La ritrosia ad individuare forme geograficamente anomale di associazioni mafiose è appunto indicatore del fatto che il "tipo" immaginato dal legislatore ha una sua solidità di riferimenti che tende a collocarlo solo in certe realtà regionali. Siffatte considerazioni devono però essere aggiornate soprattutto dopo che i limiti del tipo dell'associazione mafiosa sono esplosi con le vicende di Mafia Capitale. Il terreno su cui si sono sviluppati i provvedimenti relativi all'associazione romana è stato, si badi, preparato dalla giurisprudenza che si è formata sostanzialmente in due ambiti che hanno portato ad un profondo ripensamento del metodo mafioso.

[416] FIANDACA G., *Le associazioni per delinquere "qualificate",* in AA.VV., *I reati associativi* (a cura del CNPDS), Milano, 1998.
[417] Cfr Cass. Pen., Sez. VI, 12 giugno 1994, *Chamonal*, in *Foro italiano*, 1985, parte II.

3.3.1 Il ruolo delle mafie straniere nella rivisitazione degli elementi del metodo mafioso.

La delinquenza multietnica fa la sua comparsa nei rapporti istituzionali sul finire degli anni '90, quando si inizia a parlare della presenza stabile accanto alle consorterie criminose italiane di gruppi originari di paesi quali Albania, Cina, Nigeria o disgregatisi dall' *ex* blocco sovietico. A distanza di anni il quadro della criminalità organizzata operante in Italia subisce una significativa evoluzione verso un sistema delittuoso complesso, plasmato dalle logiche di mercato: la domanda di beni e servizi illeciti ha fatto si che vari gruppi stranieri superassero i limiti di giurisdizione rappresentati dai confini nazionali e si radicassero nei Paesi di destinazione dell'offerta, sostituendo a una prima fase di vittimizzazione dei propri connazionali tipica di ogni criminalità c.d. "di importazione" uno spettro di illeciti più ampio fatto anche di relazioni con la devianza autoctona, specialmente di tipo mafioso[418].

Dal 1995[419] la giurisprudenza si scontra, talvolta recependoli, con i tentativi della magistratura inquirente di riconoscere i geni della fattispecie tipica, quella dell' associazione mafiosa, in organizzazioni criminali lontane, per origini e per modalità espressive, dai sodalizi cui si era ispirato il legislatore del 1982. Si dovrà attendere oltre un decennio per aversi un intervento legislativo[420] che, inserendo nell'art. 416-*bis* c.p. il riferimento alle mafie straniere, esplicitamente affermi che le associazioni mafiose sono tali a prescindere dalla denominazione che esse assumono a livello locale e a prescindere dalla loro origine. Intervento, peraltro, meramente simbolico con cui il legislatore si limitò ad adeguare la normativa al dato giurisprudenziale acquisito, al fine di chiarirla, non di introdurre una significativa novità nell'ordinamento. La stessa giurisprudenza aveva però avvertito che l'art. 416-*bis* c.p., con i suoi connotati così storicizzati, mal si prestava a reprimere tutta la fenomenologia criminale, anche estera, le cui

[418] AMATO G., *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015.
[419] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 13 dicembre 1995, *Abo El Nga* e altro, in *Foro Italiano*, 1996, parte II.
[420] Cfr. L. n. 125 del 24 luglio 2008,*"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica"*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 173 del 25 luglio 2008.

manifestazioni possono essere le più svariate. Più proficuo sarebbe stato un intervento legislativo che riconoscesse che ciascuna realtà associativa, al di là del *nomen*, più o meno tradizionale, vive di "regole proprie"; assume connotati strutturali, dimensioni operative e articolazioni territoriali che vanno analizzati caso per caso, senza che i relativi modelli debbano necessariamente essere riconducibili a una sorta di unità "ideale". In assenza di siffatta opzione legislativa l'alternativa è ricondurre, laddove possibile, l'attività di nuove mafie nell'alveo del metodo mafioso, dilatandone la tipicità.

Con riferimento alle mafie "classiche" si è talvolta sostenuto che la c.d. "connotazione mafiosa" sia, in taluni contesti, fatto notorio e, come tale, chiave di lettura nei processi per criminalità organizzata: gli aspetti del fatto devono essere valutati in base alle connotazioni che il comportamento assume nel quadro storico e ambientale di riferimento. In altri termini ai fini della valutazione in sede giudiziaria dei fatti di criminalità di stampo mafioso, è necessario tenere conto, seppure con la dovuta cautela, dei dati dell'indagine storico - sociologica, quali strumenti di interpretazione dei risultati probatori, una volta vagliata caso per caso l'effettiva idoneità a essere assunti ad attendibili massime di esperienza. Vi è, dunque, una differenza tra fatto notorio e massima d'esperienza [421] : il primo consiste in accadimenti determinati e circoscritti la cui conoscenza rientra nella cultura propria della generalità dei consociati e perciò ritenuti conosciuti dal giudice, senza che si renda necessario alcuno specifico accertamento processuale; le massime di esperienza rappresentano piuttosto un criterio di inferenza che si affianca alle leggi scientifiche; esse consistono in una generalizzazione empirica riguardante la condotta umana, individuale e sociale. Tuttavia nell'ambito dei processi alle mafie classiche è emersa la tendenza a ricostruire la mafiosità del sodalizio dalla "cultura ambientale" in cui i fatti oggetto del processo maturano, in quanto fatti di notoria, continua esperienza stante la penetrazione del fenomeno in certe zone del territorio italiano, sfumando cosi la stessa distinzione tra fatto notorio e massima d'esperienza: l'indizio di mafiosità diviene, in questo modo, prima una prova poi la generalizzazione racchiusa nella massima d'esperienza.

[421] Per quanto tale distinzione sembrerebbe priva di contenuto per essere invece rilevante ai fini del giudizio di correttezza motivazionale delle sentenze.

Riportando il discorso alle c.d. "nuove mafie", sorge il dubbio che quella connotazione che l'art. 416-*bis* c.p. pretende perché possa parlarsi di associazione di tipo mafioso sia senz'altro presente in questo tipo di aggregazioni, che anzi mostrano dei caratteri distanti da quelli propri delle organizzazioni italiane[422]. Si e trattato allora di capire, al fine di verificare la concreta configurabilità dell'ipotesi criminosa, se il contesto ambientale esterno sul quale parametrare l'effettività della condizione passiva di assoggettamento e omertà dovesse essere spiegato in termini di stretta territorialità oppure, piuttosto, tenendo conto del particolare ambiente culturale, geografico ed etnico in cui i fatti prendono forma e maturano. La giurisprudenza si è trovata così di fronte alla necessità e conseguente difficoltà di analizzare il contesto di provenienza del sodalizio, accertando l'effettivo conseguimento in patria di un "prestigio criminale" di tipo mafioso, con correlato clima di soggezione e di omertà diffusi all'esterno, per verificarne in un secondo momento l'immanente persistenza anche all'estero. Si è fatta strada una nuova giurisprudenza caratterizzata da un'estensione della fattispecie incriminatrice, attraverso una lettura "funzionalmente anacronistica" degli elementi tipici del reato[423].

In un primo caso in cui il Giudice di legittimità si è trovato a giudicare un gruppo cinese che esercitava attività di controllo anche violento sui propri connazionali a Firenze[424], la S. C., partendo da una premessa socio-criminologica costituita dalla rilevata presenza di "nuove" organizzazioni criminali nel nostro Paese per effetto della globalizzazione, passando per una rilettura storicamente avvertita dell'art. 416-*bis*, ha finito col semplificare l'accertamento probatorio dei più ingombranti requisiti di fattispecie condensati nel "metodo mafioso", e ciò mediante due accorgimenti: da un lato una graduazione dell'intensità della forza di intimidazione che risulti "direttamente proporzionale" al grado di resistenza dei soggetti contro cui si rivolge[425]; dall'altro un ridimensionamento quantitativo

[422] A riprova di ciò starebbe il fatto che le mafie straniere non avrebbero una reale potenzialità di incidenza sul tessuto sociale della comunità territoriale indigena.
[423] AMATO G., *Mafie etniche,* cit. p. 277.
[424] Cass. Pen., Sez. VI, 30 maggio 2001, 35914, Hsiang Khe Zi, in *Foro italiano*, 2004, parte I.
[425] La S.C. afferma in particolare che la forza di intimidazione "ha capacita di penetrazione e di diffusione inversamente proporzionali ai livelli di collegamento che la collettività sulla quale si esercita è in grado di mantenere per cultura o per qualsiasi altra ragione, con le istituzioni statuali

dell'assoggettamento e dell'omertà anche in ragione di una potenziale diffusività futura[426].

In un caso simile e di poco successivo, il Tribunale di Bari perviene invece ad una conclusione antitetica, condannando un'organizzazione criminale cinese per il solo reato di associazione per delinquere "semplice", non ritenendo integrati gli elementi tipici di quella mafiosa[427]. I giudici infatti aderiscono innanzitutto alla tesi secondo cui il delitto in esame è fattispecie "a struttura mista" che necessita quindi un principio di attuazione del programma criminoso. Sulla base di questa premessa di ordine generale il Tribunale barese afferma che mentre per le mafie "storiche" un problema di accertamento della forza intimidatrice non si pone in quanto il radicamento di tali organizzazioni è di regola risalente nel tempo per cui la loro capacità di assoggettamento è ormai consolidata e indiscutibile, quando ci si trova al cospetto di organizzazioni diverse la configurabilità del reato di associazione mafiosa dipende dalla prova di concreti atti di intimidazione che abbiano fatto acquisire ad un gruppo organizzato quella capacita di intimidazione richiesta dall'art. 416-*bis* c.p.[428].

Al di là delle letture divergenti della giurisprudenza nei casi concreti, le mafie di origine straniera hanno il grande merito di aver evidenziato che l'associazione mafiosa non consiste necessariamente in un'organizzazione "potente", dotata di forte capacità finanziaria e in grado di esercitare un controllo ferreo in un riconoscibile ambito territoriale, ma può essere integrata anche da realtà strutturalmente più circoscritte che esercitano la loro forza di intimidazione su aree più ridotte, e su un numero di soggetti più limitato. In altri termini non è tanto il numero delle persone assoggettate che conta, quanto la "diffusività" del

---

di possibile contrasto, potendo evidentemente l'intimidazione passare da mezzi molto forti (minaccia alla vita o al patrimonio quando ci trovi in presenza di soggetti ben radicati in un territorio, come per esempio gli operatori economici non occulti) a mezzi semplici come minacce di percosse rispetto a soggetti che, vivendo già in condizioni di clandestinità e di semi - illegalità, non siano in grado di contrapporre valide difese".

[426] VISCONTI C., *Mafie straniere e 'Ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416-*bis*?*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015.

[427] Cfr. Trib. Bari, 28 marzo 2003, Chen Jan Zhong, in *Foro it.,* 2004.

[428] I giudici non individuano un'autonoma capacità di intimidazione del gruppo in quanto determinata da specifici atti di violenza nei confronti dei clandestini che si ribellavano. La natura transeunte della capacità intimidatoria sarebbe provata dal fatto che il gruppo fosse in grado di agire solo all'interno della comunità cinese, non esercitando pressioni di alcun tipo sulla collettività indigena.

fenomeno, cioè la capacità dell'associazione di condizionare un numero indeterminato di soggetti, nei limiti in cui l'organizzazione stessa si muove[429].

È senz'altro vero che l'art. 416-*bis* c.p. non richiede il "controllo del territorio" quale elemento della fattispecie, anzi l'ultimo comma sembra orientare l'interprete nel senso di ritenere il metodo mafioso il requisito caratterizzante l'associazione, piuttosto che l'estensione del suo radicamento. La locuzione "controllo del territorio" è un utile strumento per sintetizzare l'esito del dispiegarsi del metodo laddove le organizzazioni sono più potenti ed efficienti. Né la norma nega che la forza di intimidazione possa essere provata non sulla base di specifici atti intimidatori, quanto piuttosto sulla "fama criminale" che l'associazione si sia creata magari in terre lontane, per quanto non si dubita della difficoltà di tale accertamento.

Il problema della diffusività rileva piuttosto in quanto, laddove l'organizzazione eserciti la propria influenza su un numero limitato di soggetti, occorre verificare se il nucleo associativo non si sia formato esclusivamente allo scopo di commettere reati di estorsione o violenza privata nei confronti di quei soggetti, o comunque di appartenenti al gruppo, ipotesi in cui, come riconosciuto dal Tribunale di Bari, sarebbe integrato il reato *ex* art. 416 c.p.. Del resto laddove il sodalizio non persegua la finalità di acquisire spazi di potere politico – economico reale, la sua connotazione mafiosa deve escludersi. Per superare tale limite normativo non basta il riferimento alla "diffusività", non solo per la sua scarsa capacità indicativa, ma anche perché essa è insita anche nella strutturale indeterminatezza del programma criminoso dell'associazione semplice.

3.3.2 Le mafie al nord: il concetto di Mafia silente.

Vi è un secondo ambito in cui in maniera forse ancor più evidente emerge la tendenza della giurisprudenza a dilatare la tipicità dell'art. 416-*bis* c.p. ed in particolare il concetto di metodo mafioso: il riferimento è chiaramente alle c.d. "mafie al nord", ossia i sodalizi formati da soggetti emigrati nelle regioni settentrionali, appartenenti o parenti di affiliati alle associazioni tradizionali. In

[429] FORNARI L., *Il metodo mafioso*, cit. p. 12.

quest'ambito la giurisprudenza è segnata da un contrasto che manifesta come manchi un'univoca risposta all'interrogativo se la forza intimidatrice del vincolo debba esistere come dato effettuale oppure è sufficiente che del suo uso gli affiliati intendano o si propongano di avvalersi. Proprio con riferimento a questi contesti, e per superare le difficoltà di accertare l'utilizzo di un metodo mafioso *stricto sensu*, è stata infatti creata la nozione di "Mafia silente".

Una premessa di ordine generale: è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il messaggio intimidatorio può acquisire diverse forme in relazione al livello di "cattiva fama" raggiunto dall'associazione. Innanzitutto può consistere nell'esplicito e mirato avvertimento mafioso rispetto al quale il timore già consolidato funge da rafforzamento della minaccia formulata specificamente [430]. Può accadere poi che il messaggio intimidatorio abbia una forma più larvata ed indiretta che costituisce un avvertimento della sussistenza di un interesse dell'associazione verso un comportamento (attivo od omissivo) del destinatario, con conseguente "invito" a conformarsi alla richiesta[431]. In questo secondo caso il *metus* della vittima è causato non già da un'esplicita attività violenta degli agenti bensì dalla loro "qualifica personale"[432]. Infine la terza ed ultima forma di manifestazione del metodo intimidatorio si sostanzia nell'assenza di messaggio ed in una contestuale richiesta implicita (*rectius* silente) finalizzata ad ottenere una prestazione dal destinatario. È ovvio che tale forma può aversi solo laddove l'associazione e la sua forza intimidatrice abbiano raggiunto un tale prestigio da rendere superflui qualunque avvertimento mafioso, ancorché implicito[433].

Il concetto di Mafia silente si può astrattamente applicare alle ultime due forme (quelle larvate) di manifestazione del metodo mafioso. È chiaro che la questione è strettamente intrecciata alla tematica della natura del reato *ex* art. 416-

[430] Si pensi al caso di affiliati che spendendo il nome dell'associazione mafiosa di appartenenza, con minaccia o violenza costringono la persona offesa a consegnare denaro o altra utilità facendo esplicito riferimento allo stato di detenzione di alcuni sodali.
[431] A titolo esemplificativo si può riportare la condotta di affiliati che chiedano denaro per l'assistenza di persone detenute non meglio individuate e, senza ricorrere a minacce esplicite, evidenzino il ricorrere di un interesse dell'associazione alla consegna del denaro.
[432] SPARAGNA R. M., *Metodo mafioso e c.d. Mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2015.
[433] Casi del genere si verificano laddove la vittima "spontaneamente" si risolva a dare o promettere denaro o altra utilità, o comunque a porre in essere una prestazione che sa voluta dall'associazione.

bis c.p.. Notoriamente vi è una prima tesi (c.d. dei "cerchi concentrici") secondo cui tale delitto rappresenterebbe una *species* del *genus* dell'associazione per delinquere semplice, di cui condividerebbe la struttura di reato di pericolo, ed il cui elemento specializzante sarebbe proprio il metodo mafioso che non deve necessariamente estrinsecarsi, essendo sufficiente che esso sia rappresentato e voluto. Una seconda tesi che ha trovato più favori in dottrina ed è, come abbiamo già avuto modo di osservare, accolta dalla giurisprudenza, configura la fattispecie come reato a struttura mista: poiché la norma fa riferimento all'"avvalersi", da parte degli affiliati, della forza di intimidazione, il metodo deve concretamente ricorrere ed esteriorizzarsi. Merita di essere analizzato infine un terzo indirizzo che può definirsi "intermedio" che, pur facendo salva la natura di reato di pericolo del delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p., ritiene che debba comunque ricorrere l'utilizzo della fama o del prestigio criminale di cui gode l'associazione[434].

Il tema della Mafia silente è prepotentemente emerso, lo abbiamo già accennato, con riferimento a vicende processuali relative a soggetti ritenuti appartenenti ad organizzazioni classiche, in particolare la 'Ndrangheta [435] , ma residenti ed operativi in regioni diverse da quella d'origine. Dai dati processuali derivanti dalle operazioni investigative risulta dimostrata la dislocazione sul territorio (piemontese, milanese e ligure in particolare) di diversi "locali" di 'Ndrangheta. La prima operazione da compiere è quella di accertare se la mera delocalizzazione di una struttura appartenente ad una mafia tradizionale implichi di per sé sola l'esteriorizzazione del metodo mafioso, e quindi sia sufficiente ad integrare la fattispecie *ex* art. 416-*bis* c.p.. Occorre in via preliminare sottolineare che "dislocazione" non è sinonimo di "assenza di relazioni con la struttura – madre": le cellule emigrate restavano anzi strettamente collegate alle componenti presenti nei territori d'origine e, talvolta, anche alle altre strutture insediate nel medesimo territorio per le quali, in concreto, il metodo intimidatorio si era

[434] In altri termini occorre dimostrare che coloro che entrano in contatto con gli interessi dell'associazione abbiano avuto contezza e si siano determinati alla prestazione in considerazione dell'alone intimidatorio che permea di sé la stessa compagine.

[435] In particolare la 'Ndrangheta ha come proprio modulo di diffusione quello di riprodurre sui territori dove opera le proprie strutture organizzative chiamate "locali", caratterizzate da una specifica componente personale e territoriale, cui si accompagnano le c.d. 'ndrine, concetto più sfumato che concerne ora l'appartenenza alla medesima famiglia di sangue, ora la provenienza geografica da un determinato comune.

estrinsecato in maniera diretta con specifici atti di violenza[436]. Il tema della Mafia silente indica dunque la necessità di accertare se possa ritenersi integrato il reato *ex* art. 416-*bis* c.p. per una sorta di "osmosi", interrogandosi sulla possibilità che il metodo mafioso esercitato nei territori delle strutture centralizzate, possa estendersi anche alle singole strutture per le quali esso non si è esplicitamente manifestato.

La questione implica un preliminare accertamento dell'unitarietà dell'organizzazione denominata 'Ndrangheta a livello nazionale. La risposta è pacificamente affermativa e comprovata da un lato dalla relazione introduttiva alla legge di conversione del decreto – legge n. 4 del 4 febbraio 2010, introduttiva del riferimento alla 'Ndrangheta nell'art. 416-*bis*, dove si legge che le modifiche "si rendono necessarie per adeguarne il contenuto alle attuali differenti forme di criminalità organizzata. […] Le novelle sono volte, pertanto, a ribadire la volontà dello Stato di identificare l'associazione malavitosa denominata "'Ndrangheta" fra i fenomeni associativi descritti all'art. 416-*bis* c.p."[437] e dall'altro dalla relazione sul decreto predisposta dall'Ufficio Massimario presso la Corte di Cassazione secondo cui la modifica "esprime l'esplicito riconoscimento da parte del legislatore dell'esistenza di una organizzazione di tipo mafioso avente caratteristiche proprie e di rilievo non inferiore alla mafia siciliana ed alla camorra"[438]. La nozione di unitarietà è stata recepita dalla giurisprudenza ed ha trovato riscontro in molteplici ordinanze e sentenze di merito e di legittimità, anche di recente, quando la Corte di Cassazione, pronunciandosi nell'ambito dell'operazione "Minotauro" ha ritenuto che l'associazione piemontese avesse concreta capacità di intimidazione per un duplice ordine di motivi: da un lato essa risulta derivata dall'originaria filiazione e presenta un perdurante legame con la "sede centrale" della 'Ndrangheta, dall'altro la capacità intimidatoria ha avuto modo di manifestarsi in via autonoma con concreti e specifici episodi verificatisi

[436] Tale situazione è stata riscontrata precisamente nei processi "Minotauro" e "Infinito".
[437] Cfr. Relazione introduttiva l. n. 50 del 31 marzo 2010, "Conversione in legge, con modificazioni, del d. l. 4 febbraio 2010, n. 4, recante istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata", pubblicata in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.78 del 3 aprile 2010.
[438] UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione n. III/05/10*, 26 aprile 2010.

in territorio piemontese[439]. In questa stessa sentenza la S.C. fornisce anche una definizione di "Mafia silente", non consistente nell'associazione criminale aliena dal c.d. metodo mafioso o solo potenzialmente disposta a farvi ricorso, bensì come sodalizio che tale metodo adopera in modo silente, cioè senza ricorrere a forme eclatanti ma avvalendosi di forme di intimidazione che derivano dal non detto, dall'accennato, dall'evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere.

In una successiva pronuncia, questa volta inerente la costituzione di "locali" nel basso Piemonte [440] (c.d. operazione "Albachiara") la Corte, ribadendo la nozione unitaria della 'Ndrangheta, focalizza l'attenzione sul vero contrasto, ossia la mera potenzialità o l'attualità della forza intimidatrice, affrontandolo sulla base di una dicotomia riscontrata nel caso di specie. Nella realtà sottoposta all'esame della S.C. erano presenti da un lato strutture autonome ed originali, che tuttavia potevano ricorrere allo stesso *modus operandi* della casa madre, e dall'altro compagini che non risultavano connotate da autonomia ed originalità costitutive, ma erano invece articolazioni della tradizionale organizzazione calabrese, in stretto rapporto di dipendenza, o comunque in collegamento funzionale con la stessa. La distinzione è rilevante perché diverso sarà l'accertamento del giudice: nel primo caso si rende necessario verificare in concreto la presenza dei presupposti costitutivi della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p., essendo necessario appurare come l'organizzazione si sia proposta nell'ambiente circostante, nel secondo, essendo in presenza di mere articolazioni, a riprova di come il fenomeno criminale abbia travalicato i limiti dell'area geografica, tale accertamento risulta inutile. L'immagine di una 'Ndrangheta priva di metodo mafioso è un ossimoro perché il sistema mafioso è l'in sé dell'organizzazione, mentre l'impatto oppressivo sull'ambiente circostante è assicurato dalla fama conseguita nel tempo da questa stessa consorteria. In casi così caratterizzati, una volta raggiunta la prova, il cui onere spetterà all'accusa, dei connotati distintivi della 'Ndrangheta e del collegamento con la casa madre, la nuova formazione associativa è già in sé pericolosa per l'ordine pubblico, indipendentemente dalla

[439] Cfr Cass. Pen., Sez. II, n. 436/2015, Agresta e altri.
[440] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 3166/2015, Albachiara.

manifestazione della forma di intimidazione[441]. In altri termini la presenza del "marchio", quasi come se si trattasse di un *franchising*, concretizzato dall'organizzazione sul territorio, dalla distinzione di ruoli, dai rituali di affiliazione e dai livelli organizzativi, consente di ritenere sussistente il pericolo presunto per l'ordine pubblico.

Analoga elaborazione si rinviene nel caso "Infinito"[442], relativa a locali sorti stavolta in Lombardia, caratterizzato dalla circostanza per cui i vari gruppi che si erano costituiti avevano creato una struttura per così dire consorziata, confederata allo scopo di acquisire una maggiore autonomia decisionale ed operativa rispetto alla casa madre. Anche in questa vicenda si rinvengono dunque innanzitutto stretti collegamenti con le sedi meridionali della 'Ndrangheta[443], ed in secondo luogo collegamenti tra i "locali" di nuova formazione. Proprio questa struttura unitaria consente, secondo la Cassazione, l'estensione, per "osmosi", del metodo mafioso manifestatosi solo per alcune singole strutture.

In altra vicenda processuale (c.d. operazione "colpo di coda")[444] la Suprema Corte ha ulteriormente specificato ed elaborato i concetti di Mafia silente e di collegamento organizzativo tra strutture 'ndranghetiste nella loro sostanziale unitarietà. Il Giudice di legittimità rileva che le associazioni di stampo mafioso presentano la caratteristica tipica di essere in grado di incutere timore per la loro stessa esistenza a causa della fama acquistata mediante atti di violenza o minaccia commessi precedentemente. In altri termini le pregresse attività criminali presuppongono uno spessore qualitativo e mediatico tale da conferire al timore una capacità espansiva. Il sodalizio "delocalizzato", secondo il ragionamento della Corte, mira da un lato alla realizzazione del programma finale tipico dell'associazione di tipo mafioso, e dall'altro al compimento di un "programma intermedio" identificato nell'intenzione di ricorrere alla forza del vincolo associativo ove il messaggio, fondato sulla fama criminale, non abbia dato i previsti risultati di adeguamento dei comportamenti altrui. Costituisce programma

[441] SPARAGNA R. M., *Metodo mafioso*, cit. p. 8.
[442] Cfr. Cass Pen., Sez. VI, 6 giugno 2014, n. 30059 e Cass. Pen., Sez. II, 26 maggio 2015, n. 36447.
[443] Questo dato sarebbe provato dal fatto che la maggiore autonomia è stata acquisita solo a seguito di aspri contrasti fra le due fazioni.
[444] Si vedano Cass. Pen., Sez. V, 35997/2015, 28531/2013, 35998/2013.

intermedio, poi, anche l'aspetto organizzativo costituito dall'autotutela associativa rispetto all'azione repressiva dello Stato [445] . La Corte critica l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il metodo mafioso deve necessariamente esteriorizzarsi se le articolazioni 'ndranghetiste si inseriscono in un contesto sociale diverso, alieno a soggiacere alla subcultura mafiosa, perché tale orientamento porrebbe problemi interpretativi dall'esito incerto in sede giudiziaria: si pensi alla ricostruzione e al rilievo da attribuire alle condizioni socio – culturali dei territori e delle popolazioni autoctone, ai criteri di misurazione della resistenza popolare al metodo mafioso, alla verifica se tali condizioni, laddove mostrino una preponderante permeabilità all'infiltrazione mafiosa, possano supplire all'eventuale assenza di un metodo mafioso empiricamente riscontrabile ecc…

La Cassazione va anche oltre giungendo ad affermare che le strutture "de localizzate" sono articolazioni della 'Ndrangheta anche laddove abbiano acquisito autonomia rispetto ad essa e abbiano conseguito nell'ambiente in cui operano un'effettiva capacità di intimidazione anche se non ancora estrinsecata nella commissione di reati scopo, ed anche se non ancora in pieno percepita nell'area di intervento. I giudici introducono così il tema del c.d. "principio o dell'inizio dell'avvalimento" del metodo mafioso che, secondo la Corte, è da solo sufficiente ad integrare la fattispecie *ex* art. 416-*bis* c.p..

Non mancano poi casi in cui la stessa Corte di Cassazione si mostra critica nei confronti della caratteristica unitaria dei "locali" emigrati, ritenendola meritevole di approfondimento in sede di motivazione delle pronunce di merito. In alcune pronunce[446] la S. C. non ritiene ravvisabile il metodo mafioso quando questo non sia stato percepito o quanto meno non risulti obiettivamente percepibile da una pluralità di soggetti posta in condizione di avvertirne il peso[447]. Nella stessa sentenza si rinviene una critica alla nozione di "Mafia silente", concetto ritenuto di taglio politico – sociologico non sempre mutuabile in ambito

[445] La c.d. "colletta in denaro" in favore di altri affiliati detenuti costituisce aspetto sintomatico di appartenenza al sodalizio se non giustificata da altra dimostrata causale diversa dalla spiegazione di appartenenza alla 'Ndrangheta sostenuta dall'accusa.
[446] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 14582/2014, D'Onofrio + 1.
[447] Nel caso di specie la Corte ritiene che il collegamento tra i locali piemontesi e la casa madre sia "di taglio generale" e che debba invece essere dimostrato che i fatti criminosi siano frutto di una "strategia condivisa".

giuridico poiché il metodo mafioso è elemento strutturale della fattispecie attenendo all'elemento materiale del reato.

Recentemente la Corte ha fatto un passo indietro[448] ritenendo che, salvo che le strutture de localizzate siano in rapporto di stretta dipendenza, il termine "avvalersi" presente nell'art. 416-*bis* c.p. impone che la capacità intimidatoria della compagine sia attuale, effettiva e abbia un riscontro esterno: l'esteriorizzazione del metodo mafioso è quindi necessaria e incontrovertibile.

Si deve dare atto quindi di un acceso contrasto giurisprudenziale in materia di metodo mafioso tra chi ritiene che esso debba essere "effettivo ed attuale" e quindi che sia necessaria una sua manifestazione all'esterno, e chi invece ritiene sufficiente un implicito riferimento alla fama criminale dell'associazione. A poco vale che il Presidente della Corte di Cassazione (dr. Santacroce) sia intervenuto sul tema nel 2015, chiamato a pronunciarsi sulla necessità di rimettere la questione all'attenzione delle S.U., evidenziando l'assenza del contrasto giurisprudenziale perché dalle sentenze può desumersi un principio condiviso: "l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti". Premesso dunque che il Presidente aderisce all'indirizzo che ritiene il delitto in discorso un reato di pericolo ma che comunque la forza di assoggettamento debba essere percepita all'esterno, l'intervento chiarificatore non ha sortito l'effetto sperato se si osserva la giurisprudenza successiva, potendosi riscontrare pronunce ambigue ed equivoche. La Corte, infatti, preso atto dell'indirizzo fornito dal presidente, afferma che in mancanza di specifici atti di intimidazione e di violenza, la forza intimidatrice può essere desunta sia da circostanze obiettive, sia dalla generale percezione che la collettività abbia della efficienza del gruppo criminale[449], facendo così riemergere ancora una volta il tema della "Mafia silente".

[448] Cass. Pen. Sez. V, n. 39112/2015, Cataldo e altri.
[449] Cfr. Cass. Pen., n. 1483/2015 e 1484/2015.

3.3.3 Mafia Capitale, ovvero la massima estensione del metodo mafioso.

È nel contesto dei principi sviluppati in materia di mafie straniere e del contrasto in tema di mafie "al nord" che si inserisce una vicenda processuale che già nelle sue prime battute, si dimostra potenzialmente in grado di stravolgere completamente gli orientamenti sostenuti finora. Il riferimento è chiaramente al caso c.d. Mafia Capitale, di cui recenti pronunce[450] della Corte di Cassazione hanno definitivamente avallato l'inquadrabilità nella cornice dell'art. 416-*bis* c.p., seppur con riferimento alle sole esigenze cautelari. Meritano di essere brevemente ripercorse le tappe del fatto concreto ricostruite dalla S.C. perché solo fotografando la realtà empirico – criminologica, si può cogliere la reale portata innovativa di queste pronunce[451]. Dalle indagini è emerso come l'associazione di Massimo Carminati si sia evoluta da un livello di criminalità elementare (il c.d. "mondo di sotto"), basata sostanzialmente su estorsione ed usura, ad una progressiva infiltrazione in ambienti imprenditoriali e di Pubblica Amministrazione, attraverso la vera e propria affiliazione di soggetti appartenenti al c.d. "mondo di sopra" (quello di appalti e colletti bianchi) pronti a porre le proprie capacità a disposizione del gruppo criminale. In questa trasformazione, frutto di una sorta di "fusione" con la rete affaristica del secondo principale imputato, Salvatore Buzzi, l'orizzonte criminale della compagine sarebbe mutato, prestando attenzione all'acquisizione del controllo di concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici tramite la corruzione di pubblici funzionari, il tutto mantenendo nel proprio "patrimonio" la fama criminale del *leader* Carminati[452]. Siamo quindi in presenza di una compagine di raccordo tra mondo criminale e mondo politico, tra legale ed illegale, un nuovo tipo di "mafia" che preferisce il dialogo con uomini politici piuttosto che l'uso di forme di violenza o minaccia, una struttura complessa la cui attività si articola in diversi "rami": quello criminale, che continua ad operare nel campo dell'usura, del recupero crediti e

[450]Cass. Pen., sez. VI, 10 marzo 2015 [dep. 9 giugno 2015], n. 24535, e Cass. Pen., sez. VI, 10 marzo 2015 [dep. 9 giugno 2015], n. 24536.
[451] APOLLONIO A., *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2016.
[452] FORNARI L., *Il metodo mafioso*, cit. p. 21.

delle estorsioni, quello imprenditoriale, che opera nel settore dell'edilizia attraverso imprenditori insospettabili, e quello della Pubblica Amministrazione, finalizzato al controllo degli appalti. Il *clan* dunque opererebbe, secondo le ricostruzioni, su più piani, le cui attività non sono però rigidamente suddivise ma connotate da numerose interconnessioni.

Le prime pronunce sulla vicenda costituiscono un importante momento di verifica dell'applicazione e dell'interpretazione di associazioni mafiose, in un frangente contraddistinto da una notevole fluidità dei fenomeni criminali associativi [453] . La questione essenziale era quindi se può definirsi "mafiosa" un'associazione che per acquisire e gestire appalti si avvaleva di consolidate pratiche corruttive che impegnavano gli stessi appartenenti al sodalizio e che solo all'occorrenza aveva a disposizione una capacità d'intimidazione esterna legata al riconosciuto spessore criminale del suo esponente di spicco[454].

Prima di procedere all'analisi delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza non è superfluo sottolineare un elemento fondamentale che la sociologia ha riscontrato nelle mafie, cioè il loro carattere intrinsecamente politico, inteso sia come penetrazione nella politica locale, e quindi contatti con i pubblici poteri, sia come esercizio del potere a vocazione egemonica. Queste due accezioni apparentemente antitetiche, in realtà inevitabilmente convivono, sicché si potrebbe affermare che la mafia è soggetto politico in un duplice senso: esercita un potere in proprio, che si configura come signoria territoriale, e interagisce con le istituzioni, una doppia mafia, insieme fuori e dentro lo Stato[455]. Tale potere è esercitato mediante una forza di intimidazione che genera nella comunità destinataria, una condizione di assoggettamento e omertà di cui la compagine si avvale per i propri scopi: è il già più volte richiamato concetto di metodo mafioso, su cui la giurisprudenza ha versato fiumi di inchiostro.

È proprio sulle elaborazioni ermeneutiche sul metodo mafioso cui si è già accennato che si basano le argomentazioni giuridiche che hanno avviato le

[453] APOLLONIO A., *Rilievi critici*, cit. p. 128.
[454] Merita di essere segnalato che già nella mera esposizione della questione si assiste ad uno stravolgimento rispetto al passato, quando la capacità d'intimidazione non era prerogativa di singoli associati, ma elemento caratterizzante l'associazione in quanto tale. L'assoggettamento doveva derivare dalla coazione morale proveniente dal sodalizio, non da alcuni suoi membri.
[455] SANTINO U., *Modello mafioso e globalizzazione*, in SANTINO U., *Mafie e globalizzazione*, Di Girolamo, 2007.

indagini per associazione mafiosa e l'emissione di ordinanze cautelari in carcere da parte del G.I.P. capitolino, poi confermate dal Giudice delle leggi.

L'articolato principio di diritto enunciato dalla S. C. afferma innanzitutto che ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo, da cui derivano assoggettamento ed omertà, non deve essere diretta necessariamente a minacciare la vita o l'incolumità fisica del destinatario, ma anche solo le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita anche con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politiche ed elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nella gestione di appalti e servizi pubblici, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca al sodalizio.

Ora, con un approccio siffatto, la Corte ha inteso evidentemente rispondere alle obiezioni più ricorrenti e non meno insidiose avanzate di regola contro la configurazione del delitto di associazione mafiosa in contesti non tradizionali, aggiungendo qualche elemento innovativo[456], ma nel farlo forse entra in aperta contraddizione con la ricostruzione della vicenda[457]. Occorre infatti chiedersi se vi sia compatibilità tra l'esercizio della forza di intimidazione da cui deriva l'assoggettamento, e il ricorso al metodo corruttivo quale "manifestazione" della capacità intimidatrice, che sostituisce il ricorso a pratiche violente che diventano solo eventuali. Nella vicenda in esame il gruppo criminale preferisce l'uso della corruzione sia perché ritenuto necessario al consolidamento della posizione monopolistica raggiunta in determinati settori amministrativi ed economici, sia perché riduce l'incidenza dei profili di rischio nelle sue concrete forme di manifestazione. Da questo angolo prospettico l'associazione agisce come un qualunque corruttore ed in questo emerge già la prima incongruenza, dato che il

[456] VISCONTI C., *A Roma una mafia c'è e si vede…*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 giugno 2015.
[457] APOLLONIO A., *Rilievi critici*, cit. p. 132.

rapporto corruttivo prevede che i due soggetti interagiscano su un piano di parità, incompatibile col concetto di assoggettamento insito nel metodo mafioso.

A tale anomalia se ne accompagna un'altra forse ancor più vistosa. Secondo la Corte i funzionari pubblici non costituivano la controparte dell'organizzazione bensì, una volta assicurata la loro collaborazione, una "provvista di opportunità" per il gruppo idonea a costituire un ulteriore motivo di timore da parte dei pubblici concorrenti nei settori economici controllati. Tuttavia delle tre una: o i soggetti pubblici rappresentano la "collettività" che l'organizzazione sottomette; o sono anch'essi contigui all'associazione, scegliendo di far parte del sistema; oppure sono "semplicemente" dei funzionari a libro paga che, in cambio di utilità, prestano i loro servizi al sodalizio. È probabile in realtà che i soggetti destinatari della forza intimidatrice siano i concorrenti nei settori economici controllati o che l'organizzazione intende controllare. Ma in questo caso *tertium non datur*: o i concorrenti non riescono ad esplicare la loro attività d'impresa perché intimoriti dalla semplice presenza del gruppo, oppure non arrivano a competere perché gli appalti e le concessioni sono pilotate a monte tramite il ricorso a pratiche corruttive.

Secondo la ricostruzione della Corte l'uso di prevaricazioni e di una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi, quindi nel principio di diritto così espresso, la prevaricazione si affianca all'attività corruttiva, potendosi addirittura realizzare, la prima, marginalmente e alternativamente rispetto all'attività del gruppo criminale, in altri settori operativi (si pensi all'estorsione e all'usura), con altri soggetti e su altri destinatari evidentemente non assimilabili al concetto di unitarietà. Manca quindi nel principio di diritto un riferimento ad uno degli elementi qualificanti il reato di associazione di tipo mafioso, cioè lo scenario, l'ambiente in cui una mafia opera e che le permette di produrre l'effetto tipico dell'intimidazione. Beninteso, abbiamo già avuto modo di osservare come l'elemento socio – territoriale sia stato declinato da dottrina e giurisprudenza in molte forme, tanto da abbracciare un campo semantico molto ampio, ma non è mai venuto meno neppure nelle recenti elaborazioni giurisprudenziali relative a mafie straniere e mafie al nord, perché se dal punto di vista sociologico, esso rappresenta un ingrediente essenziale del

potere mafioso, anche sul piano giuridico solo esercitando la propria presenza e la propria azione in un determinato contesto il sodalizio può esprimere quella carica intimidatoria derivante dal vincolo associativo. Invece secondo la pubblica accusa prima, e la S.C. poi, "Mafia Capitale" non ha alcun territorio di riferimento assoggettato, sotto qualsiasi forma, al suo controllo, risiedendo il fattore di accumulazione del potere altrove, cioè nel sistema di relazioni che il gruppo aveva intrecciato nel mondo degli affari e della Pubblica Amministrazione, nel quale l'uso della violenza o minaccia è soppiantato da pratiche corruttive[458].

Non si deve fraintendere: le considerazioni finora svolte non vogliono negare che la vicenda in esame presenta delle caratteristiche peculiari che impediscono di qualificare il gruppo come un comune "sodalizio di colletti bianchi", peculiarità che possono rinvenirsi nel *milieu* criminale da cui il sodalizio ha preso origine, caratterizzato dal fatto che i due soggetti "promotori" hanno avuto esperienze di criminalità comune e che i rapporti con politici ed imprenditori sono stati sviluppati con pregresse attività illecite. L'associazione che ne deriva risente, nella sua operatività, della rudezza di un "capo" che non esita a richiamare la propria caratura criminale[459]. I dubbi sorgono a proposito della possibilità che tali caratteri peculiari trasformino in associazione mafiosa un sodalizio che per raggiungere i suoi scopi utilizzi per lo più pratiche corruttive. Non a caso la Cassazione, nel giustificare l'adozione di misure cautelari, rinviene un elemento che accomuni il sodalizio in discorso ad una mafia tradizionale nella semplice "possibilità" di utilizzazione, da parte dell'associazione, di una "riserva" di forza intimidatrice, già sperimentata nei tradizionali settori dell'estorsione e dell'usura, cui ricorrere "in via eventuale", nei confronti di soggetti che non si rivelino proni allo strapotere del sodalizio nell'assegnazione delle risorse pubbliche. Il conferire rilievo ad una "riserva" di intimidazione si accompagna a quell'idea di mera potenzialità intimidatoria che è stata più volte evocata, come abbiamo già visto, in alcune recenti pronunce in materia di mafia silente. Tuttavia qui ad assumere carattere ipotetico non è l'uso di concreti atti di violenza o minaccia, ma lo stesso sfruttamento del metodo mafioso di cui sussistevano, ad

[458] APOLLONIO A., *Rilievi critici*, cit. p. 140.
[459] FORNARI L., *Il metodo mafioso*, cit. p. 25.

avviso dei giudici, idonee condizioni iniziali ma di cui non è stato verificato un effettivo dispiegamento esterno.

In definitiva la fattispecie incriminatrice di associazione mafiosa si conferma strumento normativo assai duttile e suscettibile di *performances* verosimilmente non del tutto esplorate[460]. Ora, non vi sono dubbi sul fatto che debbano essere accolte le capacità adattive di una norma che è stata formulata più di trent'anni fa in piena stagione emergenziale, ma un conto è adattare i contorni di una figura ad una realtà criminale mutevole, altro è trasformare radicalmente il paradigma socio – criminologico che sta alla base della fattispecie. Le prime pronunce della vicenda "Mafia Capitale" hanno infatti creato un "nuovo" paradigma: se finora il fenomeno mafioso pretendeva l'accertamento della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo e del conseguente assoggettamento, oggi osserviamo che, a seconda del "tipo d'autore" e delle finalità perseguite, da un lato tale accertamento non è più richiesto, dall'altro alla succubanza si sono sostituite ragioni utilitaristiche propense all'accordo e alla mercificazione della funzione pubblica. Il nodo gordiano dell'accertamento è rappresentato oggi, e da oggi in poi, essendo agevole presumere che pronunce siffatte siano solo il preludio di un orientamento che si andrà consolidando, dall'utilizzo del metodo mafioso: non più il *quantum* (cioè il peso specifico che, nell'azione del gruppo, hanno le pratiche mafiose rispetto alle altre), ma l'*an* (ossia l'utilizzo stesso del metodo).

Se l'impostazione accolta dalla S. C. sarà confermata nel seguito del processo romano, un perdurante giudizio di "mafiosità" dell'associazione servirebbe a segnalare all'esterno la spiccata gravità di condotte che aggrediscono interessi di notevole rilievo [461] . Gli strumenti di questa strategia non si tradurrebbero solo nell'innalzamento delle cornici edittali e nell'applicabilità a tali ipotesi del più gravoso sistema del "doppio binario", ma sarebbero idonei a provocare un *surplus* di indignazione e di avversione sociale verso fenomeni sempre più diffusi e deleteri per la stessa tenuta del patto sociale. Un risultato di certo appetibile in termini di deterrenza, ma che porta l'interprete a chiedersi se la capacità stigmatizzante del processo penale, prima ancora che della pena, possa

[460] VISCONTI C., *A Roma una mafia c'è*, cit. p. 2.
[461] Il riferimento è, come è ovvio, alle pratiche corruttive.

orientare il ricorso a norme e concetti giuridici, forzandoli e distorcendone significati e possibili contesti applicativi.

3.4 Risposte legislative: Il delitto di scambio elettorale politico – mafioso.

Il tema dell'evoluzione della criminalità organizzata, non più legata ai suoi canoni tradizionali ma strettamente connessa ai mondi dell'imprenditoria, dell'amministrazione e della politica, ha richiesto, oltre agli sforzi giurisprudenziali volti ad estendere l'applicabilità delle norme in materia, anche interventi legislativi che prevedessero fattispecie inerenti condotte nuove ma altrettanto pericolose per l'ordine pubblico.

L'introduzione nel 1982 del reato *ex* art. 416-*bis* c.p. ha sicuramente contribuito sia ad agevolare la repressione giudiziaria, sia a rafforzare nella coscienza della gente la disapprovazione etico – sociale del fenomeno[462], ma per lungo tempo sono rimaste remore e cautele della giurisprudenza ad incriminare forme di contiguità "compiacente" da parte di politici, imprenditori o professionisti[463]. Per superare queste reticenze il legislatore è intervenuto nel 1992 proprio allo scopo di perseguire più efficacemente la connessione mafia – politica: da un lato è stato inserito nell'art. 416-*bis* co. 3 c.p. tra i possibili fini dell'associazione, anche quello di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali", dall'altro è stata introdotta un'ulteriore figura criminosa all'art. 416-*ter* c.p., denominata appunto "scambio elettorale politico – mafioso"[464]. Tali interventi sono stati in verità piuttosto improvvisati, in quanto emanati in piena situazione di emergenza[465], e per questo inficiati dai gravi difetti tecnici che caratterizzano la legislazione emergenziale.

---

[462] FIANDACA G., *Riflessi penalistici del rapporto mafia – politica*, in *Foro italiano*, 1993, parte V.

[463] FIANDACA G. *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo penale*, in *Foro italiano*, 1991, parte II, riconosce come questo eccesso di *self restraint* giudiziale possa essere dovuto al persistente radicamento di stereotipi culturali di tipo immunizzante.

[464] Cfr. d. l. 8 giugno 1992 n. 306 - convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

[465] A ben vedere i provvedimenti sono stati emanati all'indomani delle stragi di Capaci e via d'Amelio in cui hanno perso la vita i giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

Prima di analizzare la fattispecie e le riforme che sono successivamente intervenute, occorre rispondere ad un quesito fondamentale che sta alla base del reato: chiedere voti alla mafia costituisce reato? Per rispondere a questa domanda bisogna distinguere almeno tre tipologie di sostegno elettorale: innanzitutto esso può essere fornito ad un membro interno dell'organizzazione; in secondo luogo il destinatario dell'appoggio può essere il referente politico abituale del gruppo, in una prospettiva di scambio di favori ripetuti nel tempo; infine il sostegno può essere apportato per la prima volta, o comunque in maniera del tutto occasionale. È chiaro che nelle prime due ipotesi l'appoggio elettorale non rileva in sé ma in quanto inserito in un contesto di collaborazione molto più ampio potenzialmente riconducibile alla partecipazione o, eventualmente, al concorso esterno. Più problematica appare invece l'ultima delle tre situazioni prospettate. Taluno ha osservato come - avendo il legislatore esplicitamente riconosciuto tra gli scopi dell'associazione mafiosa quello di procurare voti a candidati compiacenti, e considerando che il candidato appoggiato non sarà così ingenuo da non rappresentarsi la prospettiva di dover ricambiare, una volta eletto, mediante vantaggi illeciti - la stipula del patto di scambio implicherebbe già l'adesione da parte del politico al sodalizio mafioso [466] . Un simile assunto appare in verità eccessivamente rigoroso perché la mera "promessa" della controprestazione di benefici non si traduce ancora in un fattivo contributo o al rafforzamento della struttura associativa.

Proprio per evitare simili dubbi interpretativi il legislatore del 1992 ha introdotto la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416-*ter* c.p. con cui ha esteso la pena prevista dall'art. 416-*bis* co. 1 c.p. anche a colui il quale ottiene la promessa del sostegno mafioso, in cambio della erogazione di denaro. Ai fini della punibilità non è necessario dunque che il politico aderisca al sodalizio quale partecipe o concorrente, essendo sufficiente che il soggetto consegua la promessa di aiuto nella consultazione elettorale e che, in contraccambio, versi denaro ai suoi potenziali sostenitori mafiosi. Emerge *prima facie* una notevole anticipazione di tutela se si pensa che la punibilità è subordinata alla semplice promessa di voti. Assai meno comprensibile, ed infatti notevoli sono state le critiche di dottrina e

[466] CORDOVA A., *Il voto di mafia*, in *MicroMega*, n. 4/1992.

giurisprudenza in tal senso, è la limitazione della punibilità alla erogazione di denaro quale controprestazione. L'esperienza insegna infatti che questo è solo uno dei sistemi con cui un politico può ricambiare favori ricevuti, e nemmeno il più diffuso [467] . Non a caso, come emerge dai lavori preparatori, la proposta di introduzione del reato prevedeva una contropartita molto più ampia ed articolata di quella che ne è emersa alla fine dell'*iter* parlamentare.

L'art. 416-*ter* c.p. è stato sottoposto a critiche in quanto scarsamente efficace sul piano repressivo, avendo significato più che altro simbolico. A riprova di ciò starebbe il fatto che anche prima dell'introduzione della norma in discorso erano presenti nel nostro ordinamento fattispecie astrattamente idonee a reprimere fenomeni come il patto di scambio. Il riferimento è agli artt. 96 e 97 del d.p.r. n. 361/1957 per le elezioni della Camera dei Deputati (ma analoghe disposizioni sono presenti anche per le elezioni del Senato e nei comuni). A prescindere dalla totale mancanza di raccordo tra queste fattispecie e l'art. 416-*ter* c.p., si deve rilevare che il citato art. 96, punendo in generale la compravendita di voti, avrebbe potuto essere applicato anche al patto collusivo tra politici e mafiosi cementato dall'offerta, promessa o somministrazione di denaro o altra utilità, con conseguente punibilità di entrambi i *partners*. Dal canto suo l'art. 97, reprimendo chiunque eserciti pressione elettorale non solo mediante violenza o minaccia ma anche con qualunque mezzo illecito atto a diminuire la libertà degli elettori, avrebbe potuto essere direttamente applicato all'associato di mafia che, per raggiungere tali scopi, si avvalga della forza di intimidazione.

Recependo le critiche mosse all'art. 416-*ter* c.p. nella sua formulazione originale, il legislatore ha apportato alcune modifiche con la l. n. 62 del 17 aprile 2014 che possono, in estrema sintesi, riassumersi nei seguenti punti: innanzitutto l'inserimento nella tipizzazione della condotta materiale del reato delle modalità mafiose attraverso cui il promittente si impegna a procacciare i voti; in secondo luogo l'ampliamento dell'oggetto della controprestazione del candidato ad ogni altra utilità; ancora l'estensione della punibilità al promittente voti; infine la

[467] Nessuno dubita che i favori attesi dalla compagine mafiosa riguardino, ad esempio, la concessione di appalti, o comunque siano inerenti l'acquisizione di risorse pubbliche.

previsione di un più mite regime edittale[468]. Per cogliere l'effettiva ampiezza della novella occorre raffrontarla agli insegnamenti esegetici che della fattispecie originaria aveva offerto la giurisprudenza negli anni, la cui attività ne aveva riscritto l'ambito applicativo per meglio inquadrarlo nella *ratio* sottesa alla sua introduzione.

Un primo elemento contro cui si è profusa l'attività ermeneutica della Suprema Corte è stata appunto la nozione di denaro, quale oggetto della controprestazione del politico, che è stata estesa a qualunque altro bene traducibile in un valore di scambio immediatamente quantificabile in termini economici[469]. La Cassazione osservava come ridurre il significato di "denaro" a "moneta", avrebbe portato ad una sterilizzazione del precetto[470]. Quanto alla punibilità del promittente voti, oggi espressamente prevista, in passato la giurisprudenza era giunta, in talune pronunce[471], a risultati analoghi ricorrendo allo schema dell'art. 110 c.p.. Pur qualificando il delitto come un reato a concorso necessario improprio, nel quale cioè all'essenziale intervento di più persone corrisponde la punibilità solo di alcuni, la Corte aveva affermato che nulla impedisce di ricostruire in via interpretativa una *voluntas legis* favorevole alla punibilità anche del concorrente *extraneus*.

Più problematico si pone il raffronto tra l'interpretazione passata e la nuova disciplina in relazione alla descrizione della condotta materiale. Nell'originaria previsione la promessa di voti incriminata era quella prevista *ex* art. 416-*bis* co. 3 c.p., ora è la quella di "procurare voti mediante le modalità di cui all'art. 416-*bis* co. 3 c.p.. Le due formulazioni differiscono, sul piano letterale, per l'espresso riferimento dell'attuale disciplina alle modalità con cui il promittente si impegna a procacciare i voti. La questione, rilevante anche per i risvolti di diritto intertemporale che pone, è stata recentemente affrontata dalla Corte di Cassazione[472] che ha espressamente accolto la tesi dell'*abolitio criminis* parziale,

[468] In particolare il reato in esame è punito con la reclusione da quattro a dieci anni a fronte della reclusione da sette a dodici anni prevista *ex* art. 416-*bis* c.p..
[469] Si pensi a mezzi di pagamento diversi dalla moneta, preziosi, titoli, valori mobiliari, mentre sarebbero escluse le altre utilità che solo in via mediata possono essere trasformati in utili monetizzabili.
[470] Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 30 novembre 2011, n. 46922.
[471] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 22 gennaio 2013, n. 23005, Alagna e altri.
[472] Cass., Sez. VI, 6 giugno 2014, dep. 28 agosto 2014, n. 36382, Antinoro.

affermando il principio di diritto per cui la l. n. 62/2014 ha introdotto un elemento costitutivo nella fattispecie incriminatrice relativo al contenuto dell'accordo che deve contemplare l'impegno del gruppo ad attivarsi nei confronti del corpo elettorale anche dispiegando, se necessario, il proprio potere di intimidazione[473]. Non è superfluo sottolineare come la pronuncia si inserisce in un contesto in cui la qualificazione del caso concreto non era affatto pacifica[474]. Bene, la sentenza in esame cerca di fare ordine in questo confuso quadro che si è venuto a profilare, senza lasciarsi influenzare dal fatto che sia stata insolitamente raggiunta nel caso in questione la prova della dazione di una somma di denaro, prendendo invece le mosse dalla previa valutazione delle modifiche apportate dal legislatore al delitto di scambio elettorale politico mafioso con la l. n. 62/2014 ed, in particolare, focalizzando lo sguardo sulla nuova locuzione "procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p." non contenuta nella precedente versione della fattispecie[475]. Ad avviso della Corte il nuovo sintagma ha introdotto un elemento costitutivo nuovo, prima formalmente non esplicitato, sebbene sostanzialmente spesso richiesto ai fini della configurabilità del reato da una parte della giurisprudenza. Di conseguenza, mentre in passato poteva anche sorgere il dubbio se fosse irrilevante o meno la modalità attraverso la quale l'esponente del clan mafioso si impegnava a procurare i voti oggetto dell'accordo, oggi invece è sicuramente divenuta un aspetto significativo, meritevole di specifica ed attenta ponderazione. Un primo argomento a sostegno di tale lettura della novellata fattispecie è stato rinvenuto nei lavori parlamentari: mentre nella proposta di legge C. 204 presentata il 15 marzo 2014 alla Camera era stato espressamente precisato che la rilevanza penale del patto doveva prescindere

[473] La sentenza, aspramente criticata, è stata strumentalizzata dai *mass – media* e dalle fazioni politiche per un rapido cambio di posizioni nei confronti della fattispecie incriminatrice: da reato largamente auspicato per una più incisiva lotta alla mafia, a bersaglio di critiche perché prima bollato come norma "più favorevole" per i suoi potenziali destinatari, poi etichettato come "più difficile da provare" ed, infine, commemorato come "reato cancellato".

[474] L'originario capo di imputazione formulato dalla Procura distrettuale l'aveva, infatti, qualificata come ipotesi di scambio elettorale politico-mafioso ai sensi dell'art. 416-*ter* c.p.; successivamente il Tribunale di Palermo l'aveva derubricata, sussumendola nell'ambito del meno grave delitto di corruzione elettorale di cui all'art. 96 d.p.r. 361/1957; infine, con la decisione impugnata, la Corte d'Appello territoriale l'aveva nuovamente qualificata come scambio elettorale *ex* art. 416-*ter* c.p. rideterminando le pene, sulla base delle significativamente diverse cornici edittali. Oscillazione dovuta alla diversità di vedute sul *discrimen* tra le due figure.

[475] AMARELLI G., I*l metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2014.

dall'effettivo ricorso al c.d. 'metodo mafioso' descritto dall'art. 416 *bis* comma 3 c.p., nel testo approvato successivamente e poi entrato in vigore senza ulteriori modifiche *in parte qua*, tale aspetto era stato oggetto di esplicita rimeditazione, richiedendosi come elemento costitutivo del disvalore del fatto proprio la promessa del ricorso al metodo mafioso. Questo cambiamento starebbe a significare che il legislatore ha deliberatamente inserito tale ulteriore elemento allo scopo di non punire il semplice accordo politico - elettorale del candidato o di un suo incaricato con il sodalizio di tipo mafioso e di restringere il perimetro della fattispecie. In secondo luogo la S. C. riconosce che tale modifica non rappresenta un'assoluta novità in quanto si limita a recepire un orientamento ermeneutico, normativizzandolo.

Appare chiaro come la novella dell'art. 416-*ter* c.p. non sia stata concepita assolutamente nell'ottica dell'indebolimento della lotta alla contiguità politico - mafiosa, bensì in quella della sua implementazione "ragionevole", superando i pregressi difetti o i preesistenti punti scivolosi della disciplina, ma ispirandosi comunque ai principi fondamentali del diritto penale ed ad un valore irrinunciabile per uno Stato di diritto quale il garantismo penale, non obliterabile neanche quando si tratta di regolamentare reati particolarmente gravi come quelli riguardanti la criminalità organizzata di stampo mafioso. La modifica in questione ha avuto, infatti, il pregio non da poco di sottrarre i potenziali destinatari del delitto di scambio elettorale al pelago dell'incertezza circa i requisiti necessari per la sua configurazione, garantendo loro un aspetto oggi divenuto fondamentale grazie al contributo della Corte EDU: la prevedibilità delle decisioni giudiziarie [476] . Certo, la modifica potrà anche produrre delle conseguenze difficilmente condivisibili da un punto di vista equitativo come il proscioglimento di imputati chiaramente legati ad esponenti mafiosi, ma in ordine ai quali non sia stato possibile provare la sussistenza di questo requisito ma per uno Stato sociale di diritto di ispirazione democratica, è sicuramente più tollerabile il sacrificio della mancata punizione di un presunto colpevole in ragione di una modifica normativa che restringe l'ambito di operatività della relativa fattispecie, piuttosto

[476] Cfr CEDU, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

che la discriminazione casuale degli imputati sulla base della personale valutazione discrezionale del giudice.

Una simile opzione legislativa, però, non deve essere reputata come un'eccessiva ed irragionevole restrizione del perimetro della fattispecie di cui all'art. 416-*ter* c.p., imponendo per forza al giudice, ai fini della sua configurabilità, il raggiungimento della prova della promessa esplicita dell'eventuale ricorso al metodo mafioso nelle attività di procacciamento dei voti ben potendo, infatti, essere sufficiente anche la prova congiunta della caratura mafiosa dei promittenti, della loro implicita allusione alla possibilità di procurare un determinato numero di voti grazie alla forza di intimidazione di cui godono e, sul versante soggettivo del promissario, della piena consapevolezza della mafiosità della controparte e della sua capacità di procacciare preferenze grazie alla forza di intimidazione di cui è dotato ed a cui ha fatto riferimento[477]. In altri termini, e come confermato anche da una pronuncia di poco successiva della stessa Corte[478], ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 416-*ter* c.p., essendo questa un reato di pericolo, non è rilevante l'effettivo impiego del metodo mafioso da parte del promittente nelle attività di procacciamento di voti, bensì è sufficiente che il mafioso si impegni a procurare voti dicendo, o anche solo lasciando chiaramente intendere con allusioni o gesti eloquenti, di potersi avvalere a tale scopo della forza di intimidazione derivante dalla sua appartenenza ad una consorteria mafiosa.

Sulla scorta di quanto sinora detto, si può ritenere che la nuova formulazione dell'art. 416-*ter* c.p. e la corretta interpretazione fornita della stessa dalla sentenza in commento chiariscono il ruolo del metodo mafioso nell'ambito di questa fattispecie, sopendo i contrasti interpretativi sorti in passato.

4. Un ponte tra il legale e l'illegale: il fenomeno del riciclaggio.

Abbiamo già avuto modo di sottolineare come i mondi della criminalità economica e della criminalità organizzata, si siano progressivamente avvicinati

[477] AMARELLI G., I*l metodo mafioso*, cit. p. 10.
[478] Cass. Pen., Sez. VI, 9 settembre 2014, n. 37374.

fino a sovrapporsi non solo per le modifiche strutturali avvenute nel tempo nelle due realtà, ma anche a causa del dilagare del fenomeno del riciclaggio.

L'incriminazione dei comportamenti volti alla sostituzione del denaro o di altri valori provenienti da taluni speciali delitti (es. rapina aggravata, estorsione aggravata ecc…) mediante una fattispecie autonoma rispetto all'ipotesi di favoreggiamento reale e di ricettazione costituisce un'innovazione relativamente recente nel nostro sistema. L'origine del primitivo art. 648-*bis* c.p., oggi sostituito da nuova disposizione, risale ad un disegno di legge del 1977, ed è stato poi introdotto nel 1978. Con tale intervento il legislatore intendeva operare una serie di ritocchi al sistema penale per renderlo idoneo a fronteggiare forme di criminalità pericolosissime[479] ed estranee agli schemi tradizionali sia sul terreno qualitativo che su quello quantitativo. Sotto il secondo profilo l'entità della sanzione originariamente prevista (da quattro a dieci anni) richiamava concetti antichi quali la proporzione tra la sanzione del reato principale e quella del reato accessorio, rispondente all'idea per cui il "ricettatore" (o il "favoreggiatore") siano tanto più pericolosi per l'ordine sociale quanto più gravi siano i reati su cui si appoggiano. Sul piano qualitativo, invece, il reato *ex* art. 648-*bis* c.p., realizzava un'anticipazione di tutela perché, essendo un reato a consumazione anticipata, dava rilevanza ad una fase dell'*iter* della condotta, ad un comportamento anteriore a quello che, nelle precedenti figure della ricettazione e favoreggiamento, costituiva il limite di configurabilità del modello legale[480].

Non si vuole qui compiere un ulteriore sforzo "manualistico" di individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie, preferendo focalizzarsi sul peculiare rapporto che intercorre tra questa e la criminalità organizzata, nell'interpretazione data dalla giurisprudenza, da ultimo con un'importante pronuncia delle S. U..

Se è vero infatti che presupposto essenziale del riciclaggio è la commissione di un delitto non colposo da cui provengano denaro, beni o altra utilità da sostituire, da trasferire o comunque da "occultare", è altresì vero che esso è uno

[479] Appunto fattispecie di criminalità organizzata.
[480] MAZZACUVA N., *Criminalità organizzata ed attività economica:il fenomeno del riciclaggio*, in CONTENTO G. (a cura di), *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993.

dei fenomeni su cui si appoggia la c.d. "economia sommersa", per cui l'incriminazione del riciclaggio è considerato uno strumento nella lotta alla criminalità organizzata, la cui attività è caratterizzata da due momenti principali: quello dell'acquisizione di ricchezze mediante atti delittuosi e quello successivo della pulitura, consistente nel far apparire leciti i profitti di provenienza delittuosa.

Le S.U. prima di affrontare la questione principale sottoposta alla sua attenzione dedica un breve *excursus* all'evoluzione normativa della fattispecie, dalla sua introduzione alle modifiche apportate con la l. n. 328/1993 che ratificava e dava esecuzione alla Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca di proventi del reato, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1990, e dalla quale l'art. 648-bis c.p. è uscito profondamente modificato: veniva eliminata la categoria "chiusa" dei reati – presupposto, estesa a tutti i delitti non colposi; la condotta materiale del reato viene estesa non solo alla sostituzione dei beni, bensì anche al trasferimento dei proventi illeciti e al compimento di altre operazioni in modo da ostacolarne l'identificazione[481]. Per tale via il legislatore ha assicurato tutela penale a tutte e tre le fasi attraverso cui si realizza il riciclaggio: il "collocamento", consistente nell'insieme di operazioni tese a trasformare il denaro contante in moneta scritturale o in saldi attivi presso intermediari finanziari; la "stratificazione", comprendente qualsiasi operazione che fornisca alla ricchezza proveniente da reato una copertura tale da renderne apparentemente legittima la provenienza; l'"integrazione", consistente nella reimmissione della ricchezza ripulita nel circuito economico legale[482]. Giova ricordare che nel 1990 era stato introdotto era stato introdotto l'art. 648-*ter* c.p.[483], che configurava come illecito penale l'impiego in attività economiche o finanziarie di quegli stessi proventi illeciti richiamati dalla norma precedente, e la cui *ratio* era proprio quella di non lasciare vuoti di tutela a valle dei diritti di riciclaggio e ricettazione e di sanzionare quindi anche l'ultima operazione del *recycling* (la c.d. *integration stage*), ossia l'integrazione del denaro di provenienza illecita nei circuiti

[481] Condotta, questa, indicativa di uno scopo piuttosto che di un evento.
[482] BRANCACCIO M., *Reati di partecipazione ad associazione mafiosa e riciclaggio*, in *Cassazione penale*, n. 4/2015.
[483] Rubricato "Impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita".

economici attraverso l'immissione nelle strutture dell'economia legale dei capitali previamente ripuliti. Tale fattispecie, residuale rispetto al riciclaggio e alla ricettazione, è stata qualificata dalla giurisprudenza come plurioffensiva perché, aldilà della sua collocazione sistematica fra i delitti contro il patrimonio, appare maggiormente orientata alla tutela delle aggressioni al mercato e all'ordine economico. Proprio la plurioffensività dei reati *ex* artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. costituisce elemento di specialità rispetto alla ricettazione (ferme restando le differenze sul piano della condotta materiale e dell'elemento soggettivo).

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite[484] ha cercato di far luce su una materia tanto rilevante quanto inesplorata come il rapporto tra partecipazione o il concorso ad associazione mafiosa e riciclaggio affrontando cinque diverse questioni sul tema.

Innanzitutto La Corte si interroga sul significato dogmatico della clausola di riserva iniziale dell'art. 648-*bis* (e 648-*ter*) c.p.: "fuori dai casi di concorso nel reato" che aveva sollevato problemi interpretativi analoghi a quella presente nelle fattispecie di altri reati accessori quali la ricettazione e il favoreggiamento. Procedendo per esclusione la S. C. nega in primo luogo che tale perifrasi possa fungere da clausola di sussidiarietà espressa[485] perché, fermo restando che essa serve ad escludere il concorso di reati, obbligando l'interprete a concludere per un concorso apparente di norme, la sussidiarietà postula la disciplina di un medesimo fatto concreto, e comunque una scalarità di offesa al medesimo bene giuridico, sicuramente non ravvisabile nel caso concreto[486]. Stesso discorso vale, ad avviso delle S.U., per l'idea di assorbimento, consunzione o *ne bis in idem* sostanziale, contro cui si staglia ancora una volta la non omogeneità dei beni giuridici tutelati, unitamente alla misura della pena e ciò perché il riciclaggio e il reimpiego accedono ad un qualunque delitto doloso, la cui offensività può essere la più

[484] Cass. Pen., Sez. Un., 27 febbraio 2014, n. 25191, Iavarazzo.

[485] Per disciplinare il concorso apparente di norme , la dottrina individua, accanto al criterio logico – formale di specialità, altri due criteri di natura «valoristica» di cui il primo (c.d. criterio della sussidiarietà) indica la disponibilità vicaria di una norma il cui intervento postula la non utilizzabilità di un'altra norma. Più precisamente, il rapporto di sussidiarietà si riscontra in relazione a norme che prevedono un grado diverso di offesa di un medesimo bene, sicché l'offesa maggiore contiene in sé quella minore. Tale sussidiarietà è espressa quando è lo stesso legislatore, con apposita clausola di riserva, a subordinare l'applicazione di una norma alla mancata applicazione di un'altra.

[486] BIANCHI M., *Reimpiego di proventi illeciti e concorso in associazione di tipo mafioso nella lettura chiarificatrice della Suprema Corte*, in *Cassazione penale*, n. 12/2014.

disparata. Con gli stessi argomenti la Corte esclude la tesi della progressione criminosa o *post-factum* non punibile [487] , mentre accenna solo all'ultima tesi secondo cui nella clausola risieda una vera e propria causa personale di esenzione da pena, concludendo che l'unica spiegazione fondata di tale esenzione è da ravvisare in un connotato di tipicità, ossia nella valutazione del legislatore di ritenere l'intero disvalore dei fatti ricompreso nella punibilità del solo delitto presupposto. Sul piano dogmatico quindi la perifrasi "fuori dai casi di concorso" è una clausola non già di sussidiarietà ma di alternatività.

La vera questione sottoposta all'attenzione della Corte, però, riguardava la possibilità di configurare il concorso fra i reati di associazione a delinquere di tipo mafioso e di riciclaggio o reimpiego, o, in altri termini, se il delitto di "criminalità organizzata" possa essere considerato un reato – presupposto di quello *ex* art. 648-*bis* c.p., questione su cui era sorto un contrasto giurisprudenziale in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità. Un primo indirizzo riteneva che tra le due fattispecie non esistesse alcun rapporto di presupposizione e che quindi non operasse la clausola di riserva. Pertanto il concorrente nel reato associativo poteva essere chiamato a rispondere di quello di riciclaggio dei beni provenienti dall'attività illecita, sia quando il delitto - presupposto fosse da individuarsi dei delitti – fine attuati in esecuzione del programma criminoso, sia quando esso fosse costituito dallo stesso reato associativo, di per sé idoneo a produrre proventi illeciti[488]. Il secondo orientamento, minoritario[489], riteneva invece che, una volta che il delitto di associazione mafiosa si consideri potenzialmente idoneo a costituire reato presupposto di riciclaggio e reimpiego, non sono ravvisabili ragioni ermeneutiche che consentano in linea di principio di escludere anche per esso la clausola di riserva.

Le S.U. partono dalla premessa per cui la figura di associazione a delinquere di tipo mafioso presenta, quale elemento costitutivo, l'utilizzo del metodo mafioso, cioè l'uso della forza di intimidazione per generare un clima di

[487] È definita "progressione criminosa" il fenomeno del susseguirsi, per effetto di risoluzioni successive, di aggressioni di crescente gravità nei confronti di un medesimo bene e/o interesse (es.: chi, subito dopo aver ferito una persona, decide di ucciderla e la uccide).
[488] Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 14 febbraio 2003, n. 10582, Bertolotti; Cass. Pen., Sez. I, 27 novembre 2008, n. 6930, Checcherini.
[489] Sono solo due le sentenza che lo sostengono: Cass. Pen., Sez. VI, 24 maggio 2012, n. 25633, Schiavone; Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2010, n. 17694, Errico e altro.

assoggettamento e omertà che viene a sua volta utilizzato per perseguire gli scopi associativi. Proprio l'uso di tale metodo rende la fattispecie compatibile con la libertà di associazione prevista dall'art. 18 Cost., perché il gruppo, anche laddove persegua scopi leciti, quali acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, lo fa comunque in modo illegale, utilizzando una pregressa fama criminale. Ciò significa che i profitti ricavati dalle attività imprenditoriali formalmente lecite gestite dall'associazione sono, in verità, proventi illeciti, suscettibili di essere oggetto di riciclaggio o reimpiego e quindi, come immediato corollario, che l'associazione mafiosa può costituire il reato presupposto di tali delitti di "ripulitura", in quanto reato associativo autonomamente e direttamente produttivo di ricchezza illecita, prima e a prescindere dalla realizzazione dei delitti - scopo. La Corte basa la propria ricostruzione da un lato sulla differenza tra la rubrica dell'art. 416 c.p. e quella del successivo art. 416-*bis* c.p. che ne indicherebbe la diversa natura[490], dall'altro sul settimo comma dell'ultimo articolo citato che prevede la confisca obbligatoria dei profitti illeciti di cui l'associazione è produttrice in quanto tale. La *ratio* di tale comma è proprio quella di esigere sempre obbligatoriamente e senza distinzione la confisca di qualsiasi profitto realizzato dal sodalizio criminoso. Se si ritenesse che il reato associativo sia reato – presupposto di riciclaggio solo con riferimento ai proventi delle attività paralecite mafiose e non anche con riferimento ai profitti dei singoli delitti – fine (che equivale a considerare ogni delitto - fine come unico reato – presupposto del riciclaggio inerente al relativo profitto), arriveremmo all'assurdo di una confisca obbligatoria *ex* settimo comma solo relativamente ai profitti delle attività paralecite, mentre sarebbe facoltativa *ex* art. 240 c.p. relativamente ai profitti derivanti da reati – scopo.

Per meglio chiarire il principio di diritto enunciato, la S. C. si cimenta in un'opera classificatoria delle possibili fattispecie concrete. Nel caso in cui l'autore del riciclaggio/reimpiego sia totalmente estraneo sia all'organizzazione mafiosa, sia ai singoli delitti – scopo, egli sarà punibile solo ai sensi degli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.. Qualora egli sia concorrente nel singolo delitto – scopo senza che ciò si traduca in un'appartenenza (o concorso) all'associazione e ricicli o reimpieghi i

[490] A riprova di ciò starebbe il fatto che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere insussistente un rapporto di presupposizione tra l'art. 416 c.p. e l'art. 648-*bis* c.p..

proventi di tale delitto, sarà punibile alla stregua della fattispecie di quest'ultimo reato aggravata dall'art. 7 d. l. n. 152/1991 [491] . Nell'ipotesi di un membro dell'associazione che ripulisca o ricollochi il provento dei delitti – scopo, senza aver concorso nei medesimi, non opera la clausola di esclusione della responsabilità e quindi il soggetto sarà punibile sia per il reato associativo che per il riciclaggio. Infine il partecipe (o concorrente esterno) del sodalizio col compito specifico di ripulire i proventi associativi, non sarà punito per autoriciclaggio.

La Corte dedica una parte della motivazione alla critica del classico criterio c.d. temporale per distinguere le ipotesi di reato accessorio (riciclaggio, ma anche ricettazione o favoreggiamento) da quelle di concorso nel reato principale. Secondo tale criterio, infatti, si sarebbe versati nella prima ipotesi solo nei casi in cui l'accordo per la sostituzione del denaro (oppure l' acquisto, ricezione od occultamento di denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto) si fosse concluso dopo la commissione del delitto da cui tali utilità provengono, mentre laddove il *pactum* venisse stipulato prima, si sarebbe trattato di concorso. Ad avviso delle S.U. il discrimine tra le due figure riposa altrove, allora concorso nel reato presupposto e riciclaggio si pongono tra loro in rapporto di alternatività che riluce sotto il profilo della possibilità di transitare da una qualificazione giuridica all'altra senza incorrere nel divieto di *mutatio libelli*[492].

L'art. 416-*bis* co. 6 c.p. prevede un'aggravante per l'ipotesi in cui le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo siano finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti. La *ratio* di tale previsione è da ravvisare nella necessità di introdurre uno strumento normativo in grado di colpire più efficacemente l'inserimento delle associazioni nei circuiti dell'economia legale grazie alla liquidità proveniente dai delitti. La circostanza ha natura oggettiva e quindi si applica a tutti i partecipi che l'abbiano anche solo ignorata per colpa. Postulando solo che i proventi reimpiegati derivino

[491] Tale aggravante prevede che "per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.
Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante".
[492] BIANCHI M., *Reimpiego di proventi*, cit.p. 4070.

da delitti e non da altre finalità e richiedendo che il reimpiego avvenga nelle attività apparente lecite del sodalizio, non è necessario che i delitti siano commessi dagli associati, ben potendo essere commessi anche da terzi estranei alla consorteria. Laddove tale circostanza ricorra l'aumento di pena (da un terzo alla metà) è argomento più che buono perché si possa ritenere assorbito nel reato mafioso base, quello di riciclaggio, a riprova dell'esclusione del concorso fra responsabilità *ex* artt. 416-*bis* e 648-*bis* c.p..

4.1 L'autoriciclaggio tra lotta alla criminalità organizzata e recupero somme "occulte".

Abbiamo già rilevato come la Corte di Cassazione, nel delineare le ipotesi concrete astrattamente configurabili, affermi che il partecipe (o concorrente esterno) del sodalizio col compito specifico di ripulire i proventi associativi, non sarà punito per autoriciclaggio [493] . Si potrebbe obiettare che in tal caso si verificherebbe un vuoto di tutela nella lotta alla criminalità organizzata ma per rispondere alle critiche di coloro che già in passato sottolineavano la necessità di introdurre un'apposita fattispecie nel sistema penale, la S. C. rammenta come nel nostro ordinamento fosse già presenta un delitto idoneo a punire i fatti di autoriciclaggio e autoreimpiego. Il riferimento è ovviamente all'art. 12-*quinques* del d. l. n. 306/1992 [494] che incrimina l'attribuzione fittizia della titolarità o disponibilità di denaro, beni o altra utilità a prescindere dalle modalità impiegate, purché connotata dal dolo specifico di eludere le disposizioni in tema di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, o di agevolare la commissione dei delitti di ricettazione, riciclaggio o reimpiego[495]. In altri termini la norma in esame sanziona tutte quelle condotte che realizzino in capo ad un soggetto, a prescindere dall'utilizzo di precisi schemi negoziali, una situazione di titolarità o disponibilità

[493] TEDESCO G., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra associazione a delinquere di stampo mafioso e riciclaggio*, in *Diritto penale e processo*, n. 11/2014, parla al riguardo del riconoscimento specifico del c.d. "privilegio di autoriciclaggio".
[494] Rubricato: "Trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori".
[495] MILONE S., *Il rapporto tra i delitti di riciclaggio e reimpiego e il delitto associativo di tipo mafioso al vaglio delle Sezioni Unite. Il precario bilanciamento del divieto di incriminazione dell'autoriciclaggio e degli obiettivi di contrasto dell'infiltrazione criminale nell'economia*, in *Cassazione penale*, n. 12/2014.

apparente di un bene o altra utilità, alla quale corrisponde il mantenimento della titolarità effettiva di essi in capo al disponente e ferme restando le esigenze di ordine finalistico. È evidente come la norma faccia parte di quelle disposizioni a vocazione sia preventiva che repressiva che convergono verso l'obiettivo di arginare l'interferenza criminale nell'economia legale e assicurare la trasparenza delle transazioni tra privati attraverso il controllo dei flussi di ricchezza, essendo volta ad impedire la circolazione di cui si sospetta l'origine delittuosa, in seguito all'individuazione dell'apparenza giuridica. Tale fattispecie, strutturalmente autonoma rispetto al riciclaggio, ha un ambito di applicazione più limitato proprio in virtù della clausola iniziale che ne consente l'applicazione "salvo che il fatto costituisca più grave reato", essendo infatti probabile che la relativa condotta rilevi come specificazione delle forme di manifestazione del riciclaggio[496].

La Corte sottolinea dunque come la fattispecie in esame mantenga una sua autonoma significatività proprio nelle ipotesi di autoriciclaggio e autoreimpiego, e come dunque sia superflua l'introduzione di un altro reato.

Sordo a tale richiamo della giurisprudenza, il legislatore, con l. n. 186/2014[497] ha introdotto l'art. 648-*ter*.1 c.p., rubricato "Autoriciclaggio". Già da tempo in dottrina si ravvisava l'opportunità di introdurre tale fattispecie peraltro al centro di numerosi studi e proposte in parlamento, da cui è emersa una disciplina non esente da critiche che la rende meritevole di attenzione. Il dibattito sull'opportunità di un intervento normativo volto a reprimere condotte di autoriciclaggio, nasce proprio dal riconosciuto "privilegio" nella clausola di riserva dell'art. 648-*bis* c.p., clausola che aveva una sua giustificazione "genetica"[498], ma che è andata rivelandosi sempre meno coerente con la platea di dei beni giuridici di riferimento , non più di esclusiva matrice patrimoniale ma aperta anche alla tutela dell'amministrazione della giustizia e dell'ordine economico. Tuttavia, come abbiamo riscontrato, esigenze di legalità della norma

[496] Si pensi al caso in cui una delle fasi di ripulitura consista nell'attribuzione fittizia del denaro ad altro soggetto.
[497]Legge 15 dicembre 2014, n. 186, "Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di auto riciclaggio". Pubblicata in GU Serie Generale n.292 del 17-12-2014.
[498] Alle radici della norma vi sarebbe stata una libera e legittima scelta del legislatore che riteneva opportuno, a fronte della perpetuazione di una situazione antigiuridica sotto il profilo patrimoniale, decretare la non punibilità per condotte che, sul piano fattuale, costituivano un mero *post-factum*.

hanno spinto la giurisprudenza a conservare tale privilegio, invero limitato, nel caso in cui la condotta sia commessa in un contesto di criminalità organizzata, dal citato art. 12-*quinques* d. l. n. 306/1992. Questa situazione ha reso l'Italia un vero e proprio "paradiso legale" per gli autoriciclatori, per quanto in realtà non possano ravvisarsi sul piano internazionale, dei veri e propri obblighi in tal senso: solo in alcuni strumenti di *soft law* è stata riconosciuta l'opportunità di una modifica normativa che estendesse la punibilità alle condotte di *self laundering*[499].

La tanto attesa introduzione dell'art. 648-*ter*.1 c.p, è avvenuta a ben vedere con un intervento normativo volto innanzitutto alla previsione di "disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale": il disegno legislativo, a dispetto di quanto sia stato invocato dai sostenitori e dai media come un tipico strumento di lotta alla criminalità organizzata, pur comportando importanti conseguenze sul piano criminale, persegue logiche e obiettivi non strettamente penalistici. Viene infatti introdotta nel nostro ordinamento la c.d. *voluntary disclosure*, una procedura di "collaborazione volontaria" finalizzata all'emersione di capitali detenuti all'estero, che realizza, seguendo il percorso tracciato in sede internazionale, non già uno "scudo fiscale" o un "condono", quanto piuttosto una "pacificazione tributaria": al contribuente viene offerto un lasso di tempo entro il quale indicare spontaneamente all'Amministrazione tributaria, mediante autodenuncia, gli investimenti e le attività di natura finanziaria costituite o detenute all'estero, a cui seguirebbe una richiesta da parte dell'Erario dell'intero debito che dovrà essere estinto e allo stesso tempo, quale effetto premiale, una sensibile riduzione delle sanzioni amministrative e l'esclusione della punibilità del soggetto per una serie di illeciti tributari, nonché per le condotte di riciclaggio e reimpiego.

Le più importanti organizzazioni internazionali, *in primis* l'OCSE, con strumenti di cooperazione internazionale stanno portando alla fine del segreto bancario quasi ovunque[500], allora di fronte al rischio che i capitali occulti vengano

[499] Il riferimento è *in primis* al GAFI (Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale) e al suo *Mutual Evaluation Report on Anti – Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism* del febbraio 2006.
[500] TOMASSINI A., *"Voluntary disclosure" finalmente al via*, in *Corriere tributario*, 2015

"disvelati" mediante procedure di scambio di informazioni, viene fornita ai contribuenti infedeli una *exit strategy* dispendiosa ma con risvolti premiali, se si riflette sul fatto che, laddove l'evasore dovesse persistere nel tenere sommerse le somme, potrà essere punito proprio in base al nuovo art. 648-*ter*.1 c.p.: questo è il motivo per cui i primi commentatori della fattispecie hanno utilizzato la locuzione "bastone e carota". La consapevolezza della *ratio* che ha spinto il legislatore nella redazione della fattispecie permette anche di spiegare talune delle carenze rilevabili nella norma, ispirata non ad una risistemazione coerente dei reati di riciclaggio o reimpiego ma all'implementazione della lotta all'evasione fiscale e all'esigenza di "far cassa"[501].

Con l'introduzione dell'art. 648-*ter*.1 c.p., dunque il legislatore ha deciso di superare il "privilegio" concesso all'autoriciclaggio non attraverso l'elisione della clausola di riserva presente nell'art. 648-*bis* c.p., ma introducendo una fattispecie *ad hoc*. Una semplice eliminazione della clausola si sarebbe rivelata invero inopportuna, determinando un'eccessiva espansione dell'area del penalmente rilevante, rendendo quindi necessarie ulteriori modifiche volte a delineare meglio le condotte incriminate.

Osservando la condotta tipizzata dall'art. 648-*ter*.1 c.p. emerge *prima facie* che sono previsti in un'unica norma, per l'autoriciclatore, comportamenti che per il riciclaggio del terzo sono ripartiti tra gli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.. Il *quid minor* di questa fattispecie rispetto alle precedenti, sul piano dell'elemento materiale, è dato dall'espunzione del riferimento alle "altre operazioni", condotta di chiusura destinata ad un'applicazione residuale la cui mancanza consente di mantenere un maggiore *standard* di sicurezza ma al tempo stesso rischia di creare pericolosi vuoti di tutela. Le condotte indicate devono essere destinate ad attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, e devono inoltre avvenire in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa di denaro, beni o utilità cui si riferiscono. Questi due elementi rappresentano la caratterizzazione modale dei comportamenti incriminati e meritano peculiare attenzione: la c.d. "destinazione economica", per quanto

[501] TROYER L. – CAVALLINI S., *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2015.

tacciata di ridondanza, superflua ai fini della tipizzazione della fattispecie, mette in luce la *voluntas legis* di punire determinate condotte solo laddove effettivamente canalizzate in operazioni "sul mercato", tali insomma da avere effetti turbativi sull'ordine economico[502]; anche il riferimento al concreto ostacolo all'individuazione della provenienza delittuosa dei beni agisce sul piano dei beni giuridici, ma in questo caso a venire in rilievo è l'interesse dell'amministrazione della giustizia.

Ha fatto molto discutere la clausola di esclusione del tipo di cui al quarto comma, che prevede appunto che "fuori dai casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale". Anche in questo caso la formulazione ha un'incidenza diretta sui beni giuridici tutelati: mira infatti a privare di rilevanza penale quelle condotte non dotate di alcuna portata offensiva. Non è la *ratio* quindi che lascia perplessi, quanto la formulazione letterale della clausola che risente dell'utilizzo di termini generici quali "mero utilizzo" e "godimento personale", che renderanno necessaria un'attenta ricostruzione giurisprudenziale.

Altre perplessità derivano poi dalle scelte compiute dal legislatore sotto i profili dei reati presupposto e delle scelte sanzionatorie. Per quanto riguarda il primo aspetto è stata segnalata l'occasione persa per ridurre la platea indefinita di reati che possono generare profitti [503] , ma allo stesso tempo è stata prevista un'attenuante per il caso in cui il reato presupposto sia un delitto non colposo punito con reclusione inferiore nel massimo a cinque anni, ed un'aggravante laddove il reato sia commesso nell'esercizio di un'attività professionale o da coloro che esercitano un'attività bancaria o finanziaria.

In conclusione la novità normativa è ispirata da esigenze non strettamente penalistiche, quindi si comprende per quale motivo abbia lasciato insoddisfatti coloro che auspicavano una risistemazione del panorama normativo sul riciclaggio, risistemazione che si auspica ancora per rendere più effettiva la lotta

[502] PENCO E., *Il nuovo reato di auto riciclaggio*, in *Studium iuris*, n. 4/2015.
[503] Tale opportunità era fornita dalla cornice edittale dell'art. 648-*ter*.1 c.p., che, per quanto inferiore rispetto a quella prevista dall'art. 648-*bis* c.p., è pur sempre superiore alle sanzioni previste per molti reati contro il patrimonio, presupposti tipici delle condotte riciclatorie.

contro l’immissione nel mondo legale di proventi illeciti, specie derivanti da reati associativi.

CAPITOLO IV
SINERGIE DI INTERVENTO E PROSPETTIVE DE JURE CONDENDO ATTUAZIONE DI SISTEMI REPRESSIVI NEI CASI CONCRETI

1. Lotta alla corruzione e principi costituzionali.

Terminata l'analisi delle varie fattispecie di reato, e dopo aver sottolineato le connessioni tra questi, occorre ora soffermarsi sulla ricerca di soluzioni al problema, tenendo in considerazione i mezzi che sono oggi disponibili per la lotta al fenomeno criminale. Tali strumenti possono idealmente, e con un elevato grado di semplificazione, classificarsi in misure di natura preventiva e repressiva, ma vedremo come per combattere fenomeni sistemici, legati tra loro, sarà necessario che anche i mezzi di lotta siano adottati in maniera sinergica, correlata, non potendo rimanere separati gli uni dagli altri. Anche nell'analisi di questi strumenti, il punto di partenza non può che essere costituito dalla nostra Carta Costituzionale e dai principi in essa contenuti.

La prima barriera contro la corruzione dovrebbe essere costituita dall'art. 54 Cost. che richiama i principi di disciplina ed onore per chi adempie una funzione pubblica [504] . Il problema sta nel fatto che si è cancellata ogni distinzione tra responsabilità politica, amministrativa, sociale e la responsabilità penale. In linea di massima non si pongono problemi fino a quando non interviene una condanna di primo grado se non addirittura definitiva (eccezion fatta per quelle posizioni professionali e gestioni apicali che richiedono requisiti di onorabilità), in applicazione del principio di presunzione di non colpevolezza. In tale situazione non è agevole attuare e rispettare i principi *ex* art. 54 Cost., nonché i principi e i doveri di legalità, buon andamento, imparzialità nell'organizzazione dei pubblici uffici (art. 97 Cost.) e di servizio esclusivo della Nazione per i pubblici impiegati (art. 98 Cost.). L'attuazione di tali dogmi, apparentemente desueti, costituirebbe

[504] L'art. 54 Cost. recita: "Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi.
I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge".

un primo passo nella lotta alla corruzione perché, sebbene la loro violazione non sempre integri un reato, essi rappresentano sempre e comunque i fondamenti dell'azione amministrativa[505].

L'attuazione del principio di legalità nell'organizzazione degli uffici richiede innanzitutto la riduzione e la semplificazione delle numerose leggi in materia, peraltro poco chiare e mal coordinate, che rendono difficile la vita all'imprenditore e al comune cittadino. Il principio in discorso è previsto dalla Costituzione così come dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo [506] e dalla Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea[507], tuttavia nel primo caso è posto l'accento sulla riserva di legge quale condizione per la nascita di una norma, nel secondo la giurisprudenza europea ha recentemente riaffermato che l'accento va posto sulla accessibilità (*rectius* sull'agevole conoscibilità) della norma, sulla prevedibilità delle conseguenze della sua violazione, sulle finalità della sanzione, piuttosto che sulla sua fonte e qualificazione formale. L'attuazione del principio di legalità richiede poi, oltre ad una riduzione drastica dell'alluvione di leggi esistenti, anche una loro integrazione attraverso la valorizzazione di codici etici e buone prassi.

L'art. 97 Cost.[508] prevede due principi fondamentali dell'organizzazione dei pubblici uffici: il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Quanto al primo la prevenzione della corruzione richiederebbe, a monte, la riorganizzazione delle amministrazioni a livello centrale e locale, magari approfittando delle esigenze di *spending review*, obiettivo da realizzare con un vasto programma che deve concentrarsi sulla realizzazione di una responsabilità e un controllo non solo per il metodo[509]. Fondamentale è poi il superamento della

---

[505]FLICK G.M., *Dalla repressionealla prevenzione o viceversa?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 luglio 2014.

[506] Cfr. art. 7 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

[507] Cfr. art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea 2012/C 326/02.

[508] L'art. 97 Cost. recita: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.
Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.
Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

[509] In tal senso assume rilievo il controllo della Corte dei Conti sul corretto uso delle risorse pubbliche (a livello centrale e periferico) nella duplice forma del controllo sulla gestione e quello

mentalità e prassi italiane dell'emergenza e della deroga alle regole, a discapito della legalità, mentalità che moltiplica le regole e i controlli per poi disattendere le une e gli altri, approfittando dell'emergenza creata *ad hoc* o originata dal caos organizzativo o dallo scontro politico[510].

L'imparzialità, invece, si raccorda con il tema della disciplina e dell'onore, e con quello del servizio esclusivo della nazione *ex* artt. 54 e 98 Cost., nonché con il tema del conflitto d'interesse, premessa basilare ai fenomeni corruttivi. Sotto il profilo individuale e soggettivo il principio si riflette sulle garanzie di trasparenza dell'attribuzione dell'esercizio di posizioni dirigenziali, sulla separazione ed autonomia tra organi di indirizzo politico e amministrativi, sui codici di comportamento dei dipendenti pubblici, sulla tutela del *whistleblowing*, sul regime di incandidabilità e divieto di ricoprire cariche elettive, sul rapporto fra responsabilità disciplinare, penale ed amministrativa.

Ulteriore aspetto fondamentale nella lotta alla corruzione è rappresentato dalla trasparenza dell'amministrazione così come dei suoi interlocutori e controparti[511], elemento essenziale per consentire a tutti gli interessati un controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, sulla legalità dell'azione amministrativa, sull'esercizio del potere pubblico, le procedure selettive e concorsuali e sulla destinazione e spesa del denaro pubblico. Il regime della trasparenza della Pubblica Amministrazione è frammentario e disorganico nelle fonti, nei contenuti e negli ambiti soggettivi di applicazione, essendosi evoluto dalla conoscibilità di singoli atti e documenti nei diversi settori ed in vista di interessi determinati, ad una conoscibilità più ampia e generale, sul piano del contenuto, dalla raccolta e conservazione cartacea all'uso del digitale, sul piano delle modalità. La trasparenza è intesa sempre di più come accessibilità totale sulle informazioni e sui dati (c.d. "accesso civico"), ferme restando le esigenze di tutela della *privacy*. Abbiamo già accennato a come la

---

giurisprudenziale sul danno all'erario: una sinergia con la magistratura finalizzata non tanto a scoprire episodi di corruzione quanto a metterne in luce e prevenirne le premesse ed il terreno di sviluppo negli sprechi e nelle irregolarità dell'azione amministrativa.

[510] Emblematica dei difetti derivanti dalla legislazione emergenziale è proprio la disciplina in materia di antimafia, caratterizzata, a partire dal 1982, da una serie di normative, spesso scoordinate tra loro, emanate in via temporanea ma poi rimaste in vigore.

[511] Esigenza riconosciuta anche dal Presidente di Confindustria Giorgio Squinzi all'assemblea nazionale del 29 maggio 2014.

trasparenza sia requisito fondamentale non solo dell'amministrazione ma anche dei suoi privati interlocutori, per consentire la tracciabilità e il controllo delle risorse economiche private, in nero e sommerse, che provengano dall'evasione fiscale e la alimentino, e che provengano dalla corruzione o siano destinate ad essa[512]. Questo risultato viene realizzato con progressivi limiti all'uso di contanti, cui sono preferiti pagamenti elettronici anche per importi modesti: non può che far riflettere, allora, la circostanza per cui un'entità consortile imprenditoriale gestisse in nero e in contante centinaia di migliaia di euro[513], che porta al ragionevole sospetto di collusioni e complicità di strutture bancarie e finanziarie.

Per "guarire dalla corruzione", quindi, sono necessari interventi organici e sistematici, condivisi e supportati dalla collaborazione di tutti nella logica della cultura della partecipazione, di cui l'implemento del sistema penale repressivo rappresenta solo un aspetto, necessario, ma che deve essere accompagnato da altri strumenti di carattere preventivo che eliminino a monte le premesse ed il terreno di sviluppo del fenomeno corruttivo.

2. La soluzione penalistica.

La commissione di un delitto necessita adeguata sanzione. Questo è un assioma di cui è difficile dubitare. Non si vuole infatti negare la necessità di fattispecie criminose che prevedano pene più o meno gravi per condotte profondamente lesive di interessi fondamentali: tuttavia non si devono sopravvalutare le potenzialità del diritto penale, incapace di risolvere qualunque violazione e lesione di beni giuridici. Sorge talvolta il dubbio che il legislatore utilizzi lo strumento dell' *extrema ratio* non tanto per ragioni di politica criminale, quanto per il forte impatto sociale che esso ha sull'opinione pubblica e sul consenso sociale.

[512] FLICK G.M., *Dalla repressione*, cit. p. 8.
[513] Il riferimento è ovviamente alle vicende giudiziarie relative al Mose di Venezia.

Attenta dottrina[514] ha evidenziato come un nucleo fondamentale attorno al quale si condensa un vasto consenso sociale, è proprio quello della criminalità socio – economica, che incide sul clima istituzionale e coinvolge le istituzioni economiche e politiche. Questa forma di criminalità presenta tuttavia caratteri problematici, essendo connotata, innanzitutto, da una scarsissima visibilità sociale, persino da parte delle sue vittime, tanto da essere concepita come tipologia di reati "a vittima diffusa". Peraltro l'elevato *status* sociale rivestito dai c.d. "colletti bianchi" induce nella collettività una tendenziale "accettazione sociale" dei comportamenti incriminati. Su tale criminalità solo di recente comincia a formarsi consenso sociale, perché l'etica dei comportamenti criminali economici, anche in virtù del loro elevato tecnicismo, è largamente estraneo al clima dei valori tradizionali, comuni all'intera società. I risultati derivanti dalla legislazione penale sul consenso erano quindi, almeno in passato, difficilmente controllabili perché i beneficiari – destinatari della criminalizzazione (ossia il ceto degli imprenditori economici) non erano interessati ai risultati, mentre i beneficiari - reali (cioè la collettività), non si riconoscevano come interessati ai risultati per difetto di visibilità vittimologia e di adeguata cultura tecnica[515].

L'accresciuta percezione del disvalore dei comportamenti *lato sensu* corruttivi ha portato quindi il legislatore a prestare una maggiore attenzione alla loro repressione penale, con interventi certamente meritevoli ma, ricordiamolo, non sufficienti.

2.1 L'introduzione di nuove fattispecie.

Una prima modifica al sistema repressivo è costituita proprio dalla "reintroduzione", se mi è concesso l'uso di questo termine improprio, del reato di falso in bilancio, strumento utile per le Procure della repubblica che, tramite la sua imputazione, riescono ad ingerirsi negli affari gestionali e contabili di imprese e società. Da questo punto di vista, allora, se è vero, come taluno ha rilevato, che il nodo dell'applicabilità del reato al falso valutativo è irrilevante ai fini

[514] PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/1992.
[515] PALIERO C. E., *Consenso sociale*, cit. p. 916.

dell'impedire la costituzione di riserve occulte, condotta che va ad incidere proprio su fatti materiali, è altresì vero che ridurre le potenzialità applicative della fattispecie riduce la possibilità per la magistratura inquirente di riscontrare irregolarità foriere (o probatorie) di reati connessi. È quindi senz'altro da apprezzare l'orientamento stabilito recentemente dalle Sezioni Unite, e poi seguito dalla giurisprudenza successiva, che non lascia vuoti applicativi.

La legge n. 190/2012 ha apportato notevoli modifiche alle norme penali, volte ad adeguare il sistema repressivo alla già largamente evidenziata evoluzione che il fenomeno criminale ha subito nel corso degli anni. Fondamentale l'introduzione del reato *ex* art. 346-*bis* c.p., il "traffico di influenze illecite", funzionale a perseguire condotte prodromiche a successivi accordi corruttivi, ed ispirata alla consapevolezza del mutamento intervenuto al *pactum sceleris* sul piano soggettivo, non più caratterizzato da un rapporto meramente duale, ma all'interno del quale si inserisce una terza persona, l'intermediario, spesso privo di qualifica pubblicistica, ma reale autore degli scambi pubblico – privato.

Quanto al contenuto del rapporto corruttivo le indagini hanno messo in evidenza, lo ricordiamo, che non di rado il pubblico agente corrotto si impegna non già ad adottare un atto del proprio ufficio, quanto piuttosto a far valere il suo peso istituzionale su un "collega" competente all'emanazione dell'atto cui è interessato il corruttore, o comunque che la sua prestazione finisce per "rarefarsi", avendo ad oggetto la generica funzione o qualità dell'agente. La stessa tangente pagata dal corruttore, è sempre più lontana dal tradizionale paradigma della "bustarella", della dazione di denaro, essendo oggi occultata da articolati meccanismi di triangolazione[516]. Rappresentano quindi senz'altro un passo avanti le modifiche agli artt. 317 e 318 c.p., che rendono le fattispecie tipica più conformi alla realtà criminale, ma anche la riscrittura dell'art. 2635 c.c. che, nonostante le perplessità che suscita, aumenta le possibilità di incriminazione di forme di corruzione privata.

Anche l'introduzione di reati che puniscano le condotte di riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio rappresenta uno strumento indispensabile per impedire che somme di provenienza illecita vengano reintrodotte nei circuiti

[516] GAROFOLI R., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2016.

economici legali. Il problema è che in tal caso la sanzione interviene solo dopo che la ripulitura sia già intervenuta: molto più utili sarebbero istituti che intervengano in via preventiva.

2.2 Istituti *lato sensu* repressivi.

All'indomani della riforma del 2012 sono state segnalate le sue lacune, lamentando che il legislatore non sia intervenuto su tutta una serie di istituti o di figure di reato che pure reclamavano una riforma, al fine sempre di un più efficace contrasto alla corruzione. Ad alcune di queste istanze il legislatore ha provveduto con interventi successivi[517], altre necessitano di ulteriori sforzi[518], altre ancora non sono state prese in considerazione se non in tempi recentissimi[519]. Le modifiche al sistema repressivo non consistono solo nell'introduzione di nuove fattispecie, ma anche in ulteriori interventi che mutino la cornice edittale, aspetto fondamentale per i suoi risvolti pratici, consentendo di differire il termine di prescrizione del reato, ma anche per i suoi effetti simbolici, conferendo alle condotte criminali, con la maggiore cornice edittale, un maggior disvalore. Non deve stupire quindi che con la l. 69/2015 siano state aumentate le pene di gran parte dei reati contro la Pubblica Amministrazione, così come quelle previste *ex* art. 416-*bis* c.p., modifica quest'ultima, basata su un affermato difetto punitivo riscontrabile rispetto al delitto associativo in materia di stupefacenti, ma soprattutto sul considerato per cui quando capi ed organizzatori non rispondano dei reati – fine, possa accadere che, espiata la pena, possano riprendere l'attività criminosa[520].

Condivise sul piano della repressione sono poi anche altre modifiche apportate dalla l. 69/2015, quali l'introduzione della pena accessoria della riparazione pecuniaria, ma soprattutto della circostanza attenuante per chi collabori con la giustizia per scoprire e reprimere reati corruttivi.

---

[517] Si pensi alla modifica delle false comunicazioni sociali e del reato di scambio elettorale politico – mafioso.

[518] La normativa in materia di riciclaggio necessita infatti di un intervento riorganizzativo tra i vari reati per una disciplina più uniforme che ne migliori le possibilità applicative.

[519] La proposta di legge AC – 2150 (c.d. Ferranti ed altri) attualmente all'esame della Commissione Giustizia prevede "Modifiche al codice penale, in materia di prescrizione del reato e delega al governo per la revisione della disciplina dell'equa riparazione dovuta in caso di violazione del termine ragionevole del processo".

[520] INSOLERA G., *Antimafia:ieri, oggi, domani*, in *Indice penale*, 2014, n. 2.

Quest'ultimo aspetto, appartenente agli strumenti *lato sensu* repressivi, è un primo punto su cui si ravvisa la rinnovata consapevolezza legislativa della somiglianza tra il fenomeno corruttivo e della criminalità organizzata. Non può che evidenziarsi, infatti, un parallelismo tra la circostanza attenuante di recente introduzione e il fenomeno del pentitismo, caratterizzato dalla scelta di un membro del sodalizio che, per le ragioni più disparate che vanno dal mero utilitarismo alla necessità di svincolarsi dall'associazione mafiosa, decide di cooperare con le autorità statuali rendendo dichiarazioni utili a far conoscere, comprendere ed eventualmente sconfiggere la realtà criminale d'appartenenza[521]. È indubbio infatti che il ricorso alla tecnica della collaborazione processuale produca effetti spesso devastanti all'interno delle organizzazioni criminali, da sempre rese forti dall'atteggiamento omertoso dei loro membri e della popolazione, inquinandone le strutture e rendendole vulnerabili, meno coese ed esposta al pericolo di scissione.

La storia moderna del pentitismo italiano ha avuto inizio negli anni '80, con la dichiarazione di Tommaso Buscetta, ed ha subito una graduale evoluzione che ha trasformato delazioni eccezionali in un ordinario strumento di lotta alla mafia, assumendo connotati problematici: infatti l'intersecarsi di sistemi tutori e premiali, a fronte di interventi legislativi volti ad inasprire il trattamento sanzionatorio nei confronti dei membri dei sodalizi criminali, ha indotto sempre più sodali a rendere dichiarazioni in cambio di sconti di pena, benefici penitenziari e meccanismi di protezione dell'incolumità personale propria o dei prossimi congiunti. Da qui l'evidente necessità di arginare il ricorso a collaborazioni di scarsa utilità se non addirittura pretestuose e indotte dalla stessa associazione al fine di fuorviare le indagini. A ciò si aggiunga che, in mancanza di regole ben definite di utilizzabilità delle delazioni rese, la magistratura sarebbe esposta ad atteggiamenti "ricattatori" da parte del pentito che potrebbe effettuare dichiarazioni incomplete o dilazionate nel tempo. L'esigenza di porre argini a queste problematiche ha spinto il legislatore ad intervenire nel 2001[522] con innesti,

[521] NERI G., *Il fenomeno del pentitismo nella prospettiva criminologica integrata*, in *Temi romana*, n. 1 – 2/2014, pp. 29 - 34.

[522] Cfr. legge 13 febbraio 2001, n. 45, "Modifiche della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che presentano testimonianza", pubblicato in G.U. n. 58 10 marzo 2001.

modifiche e integrazioni, che hanno ridisegnato la disciplina processuale e tutoria in materia.

Ad oggi quindi l'acquisto dello *status* di collaboratore è limitato ai soli delitti di tipo mafioso[523], subordinato a requisiti di veridicità, tempestività ed importanza delle informazioni rese, ed ha quale immediato contraltare la *demenutio patrimonii* del pentito. Espunto il requisito dell'indispensabilità originariamente previsto, la collaborazione deve oggi presentare i caratteri dell'attendibilità e, disgiuntamente, i connotati della novità o completezza. Inoltre per garantire la genuinità delle dichiarazioni è previsto l'isolamento del propalante, cui è fatto divieto di interloquire con altri dichiaranti e di intrattenere rapporti di corrispondenza di qualunque genere salvo che per gravi esigenze relative alla vita familiare. Fondamentale poi la previsione del "verbale illustrativo", un documento programmatico che deve essere redatto entro il termine perentorio di centottanta giorni dalla manifestazione di volontà cooperativa e che cristallizza integralmente i contenuti della collaborazione, contenendo ogni notizia utile alla ricostruzione dei fatti e degli episodi di maggiore allarme sociale di cui il dichiarante sia a conoscenza, ogni informazione che consenta la cattura di complici nonché dati utili al reperimento e alla confisca dei beni del collaboratore o comunque a disposizione del gruppo criminale. Inoltre il dichiarante deve attestare di non essere a conoscenza di ulteriori circostanze utilizzabili e deve garantire il silenzio sui fatti oggetto della collaborazione. In caso di omessa o tardiva sottoscrizione del verbale è inibita l'applicazione delle attenuanti e la fruizione dei benefici penitenziari e delle misure tutorie connesse all'attività di collaborazione, nonché l'utilizzabilità processuale delle dichiarazioni rese. A disegnare un quadro particolarmente stringente contribuisce poi l'eliminazione di ogni forma di automatismo nella revoca o sostituzione della misura custodiale per intervenuta attività di cooperazione o la necessaria espiazione di una porzione di pena per l'accesso ai benefici penitenziari[524].

[523] È stato infatti espunto il riferimento all'art 380 c.p.p. e quindi oggi è presente solo il riferimento a delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale ovvero ricompresi fra quelli di cui all'art. 51 co. 3-*bis* c.p.p. e agli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*… e 600-*quinques* c.p..

[524] Cfr. art. 4-*bis* legge 26 luglio 1975 n. 354, "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

Da questa rapida analisi del fenomeno del pentitismo emerge come esso sia costituito da luci ed ombre: da una parte rappresenta un utile strumento per incrinare la barriera di omertà e complicità che caratterizza i reati associativi, soprattutto quelli di tipo mafioso, dall'altra è sicuramente un mezzo rischioso sia per i dichiaranti che per l'andamento stesso delle indagini. Ne consegue che quando si introducono nell'ordinamento misure premiali quale la circostanza attenuante *ex* art. 323-bis c.p. di recente introduzione, si deve tener conto dei risvolti negativi che possono presentarsi, quindi è ragionevole pensare che la prassi applicativa futura dell'istituto richiederà ulteriori specificazioni da parte del legislatore volto a ridimensionarne i difetti.

Tra le misure repressive rientrano anche quello volte ad aggredire i patrimoni illecitamente acquisiti più che la libertà personale degli agenti. A partire dagli anni '80, quando il giudice Falcone per primo ebbe l'intuizione di seguire i flussi di capitale dell'associazione criminale siciliana "Cosa nostra", piuttosto che i singoli membri del sodalizio, si colse infatti l'importanza, per colpire l'organizzazione in sé, di ridurne la potenza economica, al di là degli arresti di sodali e *boss*: già la l. n. 646/1982[525] veniva prevista la confisca del provento del reato e di quanto fosse il frutto di attività illecita o ne costituisse il reimpiego. Negli anni successivi il campo di applicazione delle misure ablative si è sempre più allargato nell'ambito penale sia con riferimento ai reati per cui tali misure sono possibili, sia con la previsione delle confische per equivalente e, più in generale, delle c.d. confische allargate [526] , e nell'ambito delle misure di prevenzione con l'estensione sul piano soggettivo a coloro che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose. Del resto a partire dai c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009 la prevenzione patrimoniale è diventata sempre più autonoma della prevenzione personale ed è giustificata dalla pericolosità intrinseca del permanere delle ricchezze illecite in contesti mafiosi o paramafiosi anche sotto il punto di vista del pericolo di

[525] Cfr art. 1 co. 7 l. 13 settembre 1982 n. 646 "Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423, 10 febbraio 1962 n. 57 e 31 maggio 1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia", pubblicato in G. U. n. 253 del 14 settembre 1982.
[526] Cfr. art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306 "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa" pubblicato in G.U. n. 217 del 15 settembre 1992.

inquinamento dell'economia legale, piuttosto che dalla pericolosità del singolo soggetto[527].

Dalla lotta alla criminalità organizzata questa politica criminale è stata applicata a sempre più settori del sistema penale[528] e i reati contro la Pubblica Amministrazione non sono stati risparmiati: con legge n. 300/2000 è stato inserito l'art. 322-*ter* c.p. (modificato poi dalla l. n. 190/2012) che prevede, in caso di condanna, la confisca del prezzo o profitto del reato o di una somma di denaro equivalente. Alla medesima politica criminale può essere ricondotta anche la "riparazione pecuniaria" introdotta dalla l. n. 69/2015 all'art. 322-*quater* c.p., misura di natura eminentemente repressiva che obbliga l'autore, pubblico ufficiale, di un reato contro la P. A. a pagare una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il soggetto appartiene, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno. Anche in questo caso, infatti, la misura, lontana da ispirazioni risarcitorie, assolve ad una funzione repressiva, aggredendo il patrimonio dell'autore dell'illecito per impedirgli di riutilizzare i proventi del reato o comunque giovarsi degli stessi.

Merita un approfondimento l'art. 1 del c.d. "codice antimafia" [529] in combinato disposto con l'art. 4 del medesimo codice che applicano le disposizioni in materia di misure personali e patrimoniali di regola previste per i reati associativi di tipo mafioso o terroristico anche a coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi e a coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose. Queste norme meritano di essere segnalate perché consolidata giurisprudenza ha da sempre fatto rientrare in queste categorie gli autori di reati contro la Pubblica Amministrazione, se le condotte fossero caratterizzate dal requisito dell'abitualità, ma una proposta di

[527] PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2015.
[528] Si pensi a titolo esemplificativo alla confisca prevista dall'art. 187 TUF in materia di abusi di mercato.
[529] Cfr. d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 13 agosto 2010 n. 136", pubblicato in G.U. 28 settembre 2011, n. 226.

legge approvata recentemente dalla Camera dei Deputati[530] prevede un'esplicita estensione agli "indiziati dei delitti previsti dagli artt. 314 ss. in materia di Pubblica Amministrazione": una simile specificazione rischia però, in applicazione del principio "*ubi lex voluit, dixit*", di escludere dal raggio di applicazione delle misure altri reati altrettanto gravi, quali l'evasione fiscale, la ricettazione, che oggi, se caratterizzati da abitualità, la giurisprudenza vi fa rientrare[531]. Si è segnalata quindi l'inopportunità di tale modifica perché finisce per porre un argine ad un apprezzabile orientamento giurisprudenziale che ha portato all'individuazione di categorie generali di pericolosità svincolata dal tipo di delittuosità che consente di applicare la misura di prevenzione patrimoniale a qualunque soggetto con riferimento alla pericolosità che esprime per essere dedito a traffici delittuosi o per vivere dei proventi di attività delittuose indipendentemente alla tipologia di reati posta in essere.

Tra le misure che penali non sono ma rientrano tra quelle *lato sensu* repressive, un cenno meritano sicuramente le ipotesi di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a seguito di sentenze di condanna passate in giudicato "per delitti non colposi", previste dall'art. 1 co. 63 della l. 190/2012 ma disciplinate con d. lgs. n. 235 del 31 dicembre 2012[532]. Tale disciplina si affianca a quella che prevede il divieto di ricoprire incarichi elettivi e dirigenziali ed ha in realtà una duplice valenza: da un lato sanzionatoria nei confronti del soggetto che ha commesso l'illecito, dall'altro preventiva perché mira ad impedire contaminazioni dell'apparato legislativo da parte di soggetti "pericolosi".

Gli strumenti repressivi, dunque, sono necessari, e una serie di interventi legislativi hanno contribuito a potenziarne l'efficacia per quanto il percorso sia ancora lungo: abbiamo infatti già accennato alle perplessità suscitate dallo

---

[530] Cfr. art. 1 del testo unificato delle proposte di legge A. C. 1039 approvato dalla camera in data 11 novembre 2015.

[531] ROBERTI F. – DE SIMONE M. V., *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A. S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 giugno 2016.

[532] Nel dettaglio il testo, entrato in vigore il 5 gennaio 2013, è composto da cinque capi per complessivi diciotto articoli. Il primo capo (artt. 1-5) è dedicato alle cause di incandidabilità dei parlamentari italiani ed europei; il secondo capo (formato da un solo articolo) è dedicato agli incarichi di governo; nel terzo (artt. 7-9) e quarto capo (artt. 10-12) vengono elencate, rispettivamente, le cause di incandidabilità alle elezioni regionali nonché a quelle Provinciali, comunali e circoscrizionali; Il quinto e ultimo capo contiene infine disposizioni comuni, transitorie e finali.

"spacchettamento" dell'art. 317 c.p. ed ai problemi applicativi che da esso derivano; anche il reato di "corruzione tra privati", nonostante le apprezzabili modifiche intervenute con l. n. 190/2012, è ancora troppo legato ad una concezione privatistica del bene giuridico tutelato e quindi inefficace a soddisfarne le esigenze repressive; l'intero sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione presenta delle incongruenze interne che richiedono un'opera di riordino[533]; la disciplina antimafia è tuttora caratterizzata dai difetti tipici della legislazione d'emergenza, a partire dalla tipicità dell'art. 416-*bis* c.p., che ancora risente dell'approccio sociologico nella redazione della norma, a nulla servendo lo sforzo di codificazione attuato nel 2011; infine anche la repressione di condotte di ripulitura di denaro di provenienza illecita è oggi costituita da molte fattispecie, codicistiche e contenute in leggi speciali, in parte sovrapponibili, che necessitano una riorganizzazione fallita con i recenti interventi in materia di autoriciclaggio.

Tuttavia quando ci si trova a fronteggiare fenomeni criminali sistemici, gli strumenti repressivi sono mezzi necessari ma non sufficienti, essendo necessarie altre misure di prevenzione.

3. Prevenire è meglio che reprimere.

Dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che le caratteristiche assunte dal fenomeno corruttivo e dal suo stretto rapporto con la criminalità organizzata suggeriscono l'elaborazione di una politica di contrasto di tipo integrato articolata su tre punti: innanzitutto il rafforzamento dei rimedi di tipo repressivo cui già si è accennato; in secondo luogo l'introduzione nell'ordinamento di strumenti di prevenzione volti ad incidere in modo razionale, organico e determinato sulle occasioni della corruzione e sui fattori che ne favoriscono la diffusione; infine la promozione di una diffusa cultura della legalità e del rispetto delle regole[534]. Su tutti questi punti il legislatore è intervenuto con la

[533] Si pensi a titolo esemplificativo ai difetti di coordinamento tra i delitti di "millantato credito" e "traffico di influenze illecite" o alla cornice edittale, più elevata per l'art. 319 c.p. (c.d. corruzione propria) rispetto a quella prevista dall'art. 318 c.p. nonostante il disvalore maggiore dell'asservimento della funzione rispetto al singolo atto contrario ai doveri d'ufficio.
[534] GAROFOLI R., *Il contrasto alla corruzione*, cit. p. 4.

legge n. 190/2012 e con provvedimenti successivi ma essi, vedremo, richiedono ulteriori sforzi.

3.1 Piani di prevenzione della corruzione.

Una delle conseguenze del positivismo giuridico è stata l'appropriazione da parte dello Stato, in via esclusiva e riservata, del monopolio etico, nel senso che ogni valutazione su ciò che è giusto o sbagliato spetta allo Stato tramite le sue statuizioni legislative e la repressione ai suoi organi giudiziari [535] . Neppure l'affermarsi delle Costituzioni democratiche del '900 ha impedito allo Stato di continuare a svolgere questo ruolo né ha limitato la proliferazione normativa che si è presentata sempre più invasiva, incerta e contraddittoria. Di questa alluvionale produzione sono vittima i cittadini, le imprese ma anche la Pubblica Amministrazione che trova nella legge, a partire dagli anni '90, nuovi vincoli dell'agire e della sua organizzazione. È proprio nel contesto di una legislazione amministrativa così caotica che si insinuano i processi corruttivi, i quali traggono ulteriore linfa da un sistema di attribuzioni e competenze non chiare, non solo nei rapporti tra amministrazioni ma anche nei rapporti tra politica e amministrazione per continue ingerenze della prima nella seconda senza peraltro assumersi le responsabilità conseguenti.

Occorre sottolineare che spesso la lotta alla corruzione viene confusamente identificata come lotta alla amministrazione *tout court*, messaggio veicolato con la rappresentazione dei dipendenti pubblici come scansafatiche, fannulloni o peggio ancora ladri, da ciò derivando che la lotta alla corruzione risulta squilibrata essendo estremamente severa nei confronti dei dipendenti pubblici, e poco incisiva sulle cariche politiche. Il che lascia perplessi se si pensa che l'*humus* della corruzione è dato proprio dalle ingerenze politiche nell'amministrazione. Proprio nella limitazione di questo fenomeno ha svolto un ruolo fondamentale il Giudice amministrativo, che ha interpretato in senso lato la funzione di garante della legalità delle istituzioni, ma oggi molti paletti[536] limitano fortemente l'accesso alla

[535] MARTINI C. – ZAGREBELSKY G., *La domanda di giustizia*, Torino, 2003.
[536] Si pensi a titolo esemplificativo al contributo unificato, alla condanna alle spese processuali e alle sanzioni.

giustizia amministrativa da parte di cittadini e imprese. Ridimensionata la giustizia sono stati poi soppressi i modelli di controllo sugli atti previsti dalla Costituzione e sostituiti da un sistema di controlli interni inefficaci perché gli organi competenti in tal senso non garantiscono l'imparzialità a causa della loro riconducibilità agli organi di governo dell'ente.

L'inadeguatezza degli strumenti tradizionali ha fatto intraprendere nuovi percorsi che passano attraverso modelli organizzativi e procedimentali contro la corruzione. I c.d. *compliance programs*, quale forma di autoregolamentazione societaria, sono divenuti negli ultimi tempi uno dei pilastri e al contempo dei tratti evolutivi più innovativi della disciplina penale delle attività economiche. Essi aggiornano il classico approccio "*command – and – control*", quello dell'eterodeterminazione punitiva, ai fini di una più efficace prevenzione del crimine sulla base dell'interazione tra intervento repressivo dello Stato e *self – regulation* degli enti pubblici e privati[537].

3.1.1 I *compliance programs* nel settore privato.

Questo nuovo modello è stato sperimentato per la prima volta nel settore privato ed è stato introdotto in Italia con il d. lgs. 231/2001. Il modello prescelto è stato quello della responsabilità per l'omessa adozione delle cautele organizzative idonee ad impedire la commissione di reati da parte dei dipendenti o degli amministratori. L'ente risponde per la perpetrazione del reato presupposto ad opera del vertice aziendale o da soggetto sottoposto alla vigilanza dello stesso; non risponde laddove abbia elaborato idonei *compliance programs*. Il legislatore italiano ha introdotto una colpevolezza autonomadell'ente, seguendo il modello avanzato di ordinamenti come quello statunitense e non accontentandosi di una semplice responsabilità "*par ricochet*"come nel sistema francese, dove la responsabilità dell'ente è il semplice riflesso della responsabilità della persona fisica che ha agito per suo conto. La colpa deriva allora dalle concrete condizioni in cui l'ente lascia operare i dirigenti e i sottoposti che nel suo interesse o a suo

[537] GAROFOLI R., I*l contrasto ai reati di impresa nel d. lgs. n. 231 del 2001 e nel d. l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 settembre 2015.

vantaggio abbiano commesso dei reati. La colpa organizzativa dell'ente, come tale "rimproverabile", consegue alla mancata realizzazione di un modello di legalità aziendale preventiva e di un efficiente apparato di controllo in grado di indurre a considerare il reato della persona fisica come il risultato di una non evitabile elusione fraudolenta del modello [538] . Perché questo innovativo sistema di prevenzione possa funzionare è necessario, però, evitare che il mondo imprenditoriale assuma un approccio solo "burocratico" nell'applicazione della disciplina legislativa con traduzione solo formale di prassi aziendali non efficaci (c.d. *cosmetic compliance*); è altrettanto necessario evitare opzioni interpretative e prassi giudiziarie animate da un elevato tasso di "diffidenza", inevitabilmente destinate a disincentivare l'ente nell'adozione del modello realmente efficace, generando una sorta di rassegnazione all'ineluttabilità della responsabilità dell'ente in presenza della sola realizzazione del reato. Quanto ai criteri di redazione dei modelli di organizzazione, il legislatore ne ha dettagliatamente individuato le caratteristiche, descrivendo le esigenze che essi hanno il compito di soddisfare [539] . Altra questione è invece quella dell'idoneità e della efficace attuazione del modello: è infatti impossibile determinare *una tantum* un modello organizzativo astrattamente idoneo a prevenire qualunque tipo di reato, essendo invece necessario calibrarlo alla singola realtà aziendale. L'unico punto su cui dottrina e giurisprudenza concordano concerne l'impossibilità di dedurre dalla commissione del fatto l'inidoneità del modello organizzativo adottato; per il resto si registrano una grande varietà di posizioni e notevoli sforzi sul piano nazionale ed internazionale per cristallizzare un modello di *compliance* astrattamente applicabile alla maggior parte dei casi possibili. Recentemente è stato elaborato un

[538] Per esigenze di sintesi si tralascia di sottolineare che la responsabilità dell'ente deriva, oltre che dal fatto che il reato sia commesso da un soggetto apicale o da un dipendente, anche dalla circostanza per cui esso sia realizzato nell'interesse o vantaggio dell'ente.

[539] Della questione si occupa l'art. 6 co. 2 del d. lgs. 231/2001, laddove afferma che i modelli organizzativi devono:
a) individuare le attività dell'ente nell'ambito delle quali possono essere commessi reati;
b) prevedere protocolli idonei a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza sull'osservanza dei modelli;
e) introdurre sanzioni disciplinari per il mancato rispetto delle direttive contenute nei modelli.

progetto internazionale di ricerca condotto da cinque istituzioni accademiche, sotto il coordinamento dell'*International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme* (ISPAC) e in cooperazione con l'*United Nations Office on Drugs and Crime* (UNDOC), che ha redatto un modello caratterizzato da un approccio metodologico combinato. L'idea sottostante è che una politica integrata basata sulla mera complementarietà tra differenti strumenti giuridici dovrebbe essere rimpiazzata da un approccio olistico fondante un meccanismo di "ibridazione normativa", in cui prevenzione e punizione, eteroregolamentazione e autoregolamentazione, iniziative pubbliche e private vengono tutte integrate in unico strumento giuridico [540] . Il sistema di intervento viene definito *hybrid governante* e decifrato attraverso il *topos* anglosassone della "relazione di agenzia": la *compliance* preventiva viene delegata dallo Stato (il *principal*) alle organizzazioni private, che al riguardo assumono la veste di *agents*. Da questa prospettiva un ruolo fondamentale è svolto dagli incentivi positivi, accanto a quelli negativi, per spingere le organizzazioni private ad adempiere correttamente i compiti preventivi loro trasferiti, riservando allo Stato la sua attività istituzionale di "meta – regolamentazione" e controllo di ultima istanza. Il tema degli incentivi/disincentivi nei meccanismi di responsabilizzazione penale degli enti incide anche sul ruolo delle investigazioni endo – aziendali, del *whistleblowing* e della cooperazione con le autorità penali[541]. Nel reticolo delle potenziali fonti di informazione penalmente rilevante, i meccanismi di denuncia interna alle aziende, da integrare in un efficace *compliance program*, divengono un elemento cruciale, ma restano da salvaguardare le garanzie essenziali del processo penale, *in primis* il diritto di difesa e il *nemo tenetur se detegere*.

Il modello di *compliance* anticorruzione configurato dal progetto internazionale citato si attesta mediamente sugli *standard* più elevati, prospettando regole ispirate al massimo rigore anche se sovente si fissa una

[540] MANACORDA S. – CENTONZE F. – FORTI G., *Preventing Corporate Corruption: The Anti – Bribery Compliance Model*, Springer, 2014.

[541] In tal senso l'impresa che collabori efficacemente alle investigazioni penali, fornendo informazioni utili alla ricostruzione dei fatti, può ottenere, in vari sistemi giuridici che non conoscono il principio di obbligatorietà dell'azione penale, la ricompensa della mancata sottoposizione a procedimento.

misura "ideale" e al contempo si segnala un'alternativa meno stringente, una sorta di "banda" nella quale muoversi, offrendo quindi alle società la possibilità di introdurre regole meno stringenti purché la scelta "al ribasso" sia giustificata dalla specifica situazione aziendale. Sul piano metodologico il percorso gestionale raccomandato è quello tipico di qualsiasi sistema di gestione del rischio – reato: valutazione del rischio, definizione di regole e procedure preventive, monitoraggio e controllo, revisione e aggiornamento, procedure di rilevazione e gestione delle violazioni[542].

L'originalità del modello proposto, dunque, non sta tanto nella sua impalcatura generale, quanto in taluni suoi contenuti: l'approccio "tolleranza zero" che implica anche l'impegno personale del vertice aziendale nella prevenzione della corruzione; la comunicazione e la formazione; le regole di *compliance* anticorruzione concernenti tanto i requisiti di base (struttura organizzativa e processo decisionale, conflitto di interesse, politiche e registrazioni contabili, meccanismi di pagamento ecc…) quanto le tipiche attività a rischio (donativi, spese promozionali, appalti e subappalti); le procedure di segnalazione delle violazioni e il sistema disciplinare [543] . Un esempio del contenuto innovativo del progetto è offerto dal trattamento riservato ai c.d. *small facilitation payments*, vale a dire le elargizioni indebite a funzionari amministrativi (per lo più di basso rango) per assicurarsi o velocizzare azioni amministrative di *routine* [544] *,* che vengono vietati radicalmente, nonostante la modesta entità offensiva di tali condotte ne determini l'irrilevanza penale in vari sistemi di *common law*, ma anche nel nostro ordinamento con l'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis*.

Merita di essere segnalato che la previsione della responsabilità degli enti, e quindi di strumenti preventivi quali l'adozione di modelli organizzativi, è un utile strumento per la lotta alla criminalità organizzata, circostanza chiaramente

[542] Al riguardo fondamentale è la presenza, normativamente prevista dal d. lgs. 231/2001 dell'organismo di vigilanza, con il compito di individuare eventuali violazioni del modello e provvedere alla sua revisione e aggiornamento.
[543] MONGILLO V., *Il "sacchetto d'oro" e la "spada sguainata": l'interazione pubblico – privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di* compliance *anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2015.
[544] Si pensi ad esempio all'ottenimento di visti o licenze, al rilascio di merci trattenute in dogana, all'allacciamento di utenze telefoniche o servizi simili ecc…

dimostrata dall'introduzione dei reati associativi nel novero dei reati presupposto per cui è prevista tale forma di responsabilità [545] . Ma l'interrogativo che immediatamente si impone è questo: la criminalità organizzata di stampo mafioso rientra davvero tra i tipi di criminalità più congeniali al modello di responsabilità complessivamente delineato dal d. lgs. 231/2001? E comunque, tale modello di responsabilità fino a che punto contribuisce a incrementare utilmente i non pochi strumenti ordinamentali già disponibili per intervenire sul nodo mafia - imprese?[546]

A ben vedere, infatti, la responsabilità degli enti, così come normativamente modellata, non è stata geneticamente elaborata assumendo a principale punto di riferimento imprese *lato sensu* mafiose, o comunque imprese sottoposte nel loro complessivo funzionamento al rilevante e stabile condizionamento criminale[547]. Oltretutto, nel caso del reato associativo non è neppure immediatamente chiaro il senso da attribuire all'elemento di collegamento "nell'interesse o a vantaggio dell'ente"[548].

Nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata e alle sue infiltrazioni nell'economia legale un ruolo centrale è poi svolto dagli intermediari finanziari, i quali, se sani e prudenti, costituiscono una barriera contro la penetrazione criminale nell'economia legale. A tale scopo, e sotto la vigilanza della Banca d'Italia e altre Autorità Nazionali che si occupano di vigilanza, gli intermediari sono tenuti non solo a istituire una funzione di *compliance* per prevenire il rischio di incorrere in violazioni di regole, ma anche a promuovere una cultura aziendale improntata a principi di integrità, correttezza e rispetto, non solo formale, delle norme[549].

---

[545] Cfr. art. 24-*ter* del d. lgs. 231/2001, rubricato "delitti di criminalità organizzata" inserito dall'articolo 2, comma 29, della legge 15 luglio 2009, n. 94.
[546] VISCONTI C., *Proposte per recidere i nodi mafie – imprese*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014.
[547] Una prova di ciò starebbe nel fatto che, nell'impianto normativo della 231, l'impresa stabilmente dedita ad attività criminali rappresenta l'eccezione e come tale va incontro alla sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.
[548] È dubbio infatti se l'interesse o vantaggio all'ente debbano derivare dai singoli reati – presupposto o già dalla condotta partecipativa.
[549] VISCO I., *Prevenzione e contrasto della criminalità organizzata*, audizione del Governatore della Banca d'Italia dinanzi alla Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Roma, 14 gennaio 2015.

Perché la prevenzione mediante organizzazione possa essere strumento davvero effettivo ed efficace nella lotta alla corruzione, non è sufficiente che dall'alto si imponga l'adozione di modelli organizzativi per evitare di incorrere in forme di responsabilità delle persone giuridiche, bensì è necessario che essa si radichi nel reale vissuto delle aziende, plasmando la cultura d'impresa e le motivazioni dei singoli, occorre rendere appetibile e conveniente l'adozione di robusti sistemi preventivi, anche a fronte dei notevoli costi che tale politica richiede. Ed in questo un ruolo fondamentale è il ricorso a incentivi "positivi" (*id est* ricompense) accanto a quelli "negativi" della responsabilità penale o amministrativa.

3.1.2 … e i "Piani contro la corruzione" nel pubblico.

Se questa è la situazione nel settore privato, deve registrarsi la tendenza ad introdurre modelli organizzativi di prevenzione contro le pratiche corruttive, anche in contesti pubblici.

A partire dalla legge 190/2012, infatti, il legislatore interno ha modificato radicalmente l'approccio ai temi della lotta alla corruzione puntando in via prioritaria sulle politiche di prevenzione e analisi del rischio, anziché sulle tradizionali misure di repressione dei comportamenti illeciti: in questo rinnovato approccio metodologico può individuarsi il *leit motiv* della riforma del 2012, dove sembra che, rispetto ad analoghi interventi del passato, l'attenzione si sia spostata dalla misurazione del prodotto alla progettazione dello stesso, con un movimento ascendente che dalla valutazione del risultato risale alla programmazione astratta degli interventi finalizzati al conseguimento dello stesso[550]. La riforma del 2012 assume una dimensione più ampia rispetto al passato che abbraccia il contesto della teoria generale dell'organizzazione e dell'azione pubblica, nella consapevolezza [551] che l'astratta organizzazione e programmazione dell'azione pubblica influisce inevitabilmente ed in misura rilevante sul valore dei risultati

[550] MARTINES F., *La Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*,n. 5, 11 marzo 2015.
[551] Invero tale tendenza si registra a partire dalla l. 241/1990 sul procedimento amministrativo e vede un'evoluzione graduale verso i temi dell'efficienza dell'azione pubblica e del controllo delle *performances* conseguite dai pubblici uffici.

concretamente perseguiti. In nome degli obiettivi di efficienza e trasparenza dell'attività amministrativa[552] il legislatore del 2012 propone una soluzione che ruota attorno ad una articolata attività di programmazione e pianificazione a carico della Pubblica Amministrazione, basata sull'analisi astratta del rischio corruttivo nelle singole unità organizzative, e destinata a confluire nella redazione del c.d. Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, che sintetizza i risultati dello studio prognostico e suggerisce le *best practices* che devono applicarsi per prevenire comportamenti *lato sensu* corruttivi, soluzioni che dovrebbero assicurare il massimo *standard* di legalità dell'attività pubblica.

Il nuovo approccio legislativo finisce per incidere anche sul principio di legalità, in controtendenza con i *trends* registrati in passato, in cui la legge diveniva solo un contenitore all'interno del quale potesse operare la discrezionalità amministrativa, onde evitare che essa scadesse nell'arbitrio, ma che hanno evidenziato una progressiva emarginazione del principio di legalità a vantaggio di un'accezione "sostanziale" dello stesso sorretta dall'idea che attraverso l'ampio esercizio della discrezionalità amministrativa è più efficacemente tutelabile l'interesse pubblico in concreto [553] . Orbene con la l. 190/2012 si assiste ad un rinnovato centralismo del ruolo del principio di legalità inteso come presupposizione della legge rispetto all'autonomia amministrativa: i diversi livelli di intervento per la prevenzione della corruzione assegnano infatti un ruolo centrale al legislatore statale che ne disciplina gli strumenti ed al potere di pianificazione governativo, esercitato attraverso l'approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione. Peraltro la discrezionalità amministrativa nella programmazione è fortemente condizionata dalle disposizioni generali di cui alla l. 190/2012, nonché dalle norme regolamentari emanate dal Comitato interministeriale istituito dall'art. 1 co. 4 della stessa legge. Si introduce dunque uno strumento della "pianificazione a cascata", basato su un rapporto di

[552] Analoghi ai principi ispiratori della c.d. "Riforma Brunetta" di cui alla legge delega 15/2009 e successivi decreti attuativi.

[553] Manifestazione di questa tendenza è l'art. 21-*octies* della l. 241/1990, introdotto dalla l. 15/2005, che disciplina il regime di non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali o procedimentali che non abbiano inciso, secondo un giudizio prognostico, sul suo contenuto finale.

ordinazione gerarchica in senso proprio, con la conseguenza che il piano triennale adottato dalle singole amministrazioni non può derogare a quello nazionale[554].

In origine a livello centrale i soggetti coinvolti nell'attività di programmazione, oltre al Dipartimento per la Funzione Pubblica presso il Ministero per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, che cura la predisposizione del P.N.A., erano il Comitato interministeriale istituito dalla Presidenza del consiglio dei Ministri nel 2013, e l'A.N.A.C., che tra le sue funzioni aveva anche quella di approvare in via definitiva il Piano, funzioni consultive in materia di affidamento di incarichi esterni da parte dei dirigenti dello Stato, nonché funzioni ispettive e di vigilanza. Tuttavia con il d.l. 90/2014 sono state devolute interamente all'A.N.A.C. le competenze in materia di prevenzione della corruzione e della promozione della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni[555], quindi a partire dal 2016 il P.N.A. è adottato e predisposto dalla sola Autorità Anticorruzione[556], tenendo conto anche dei recenti interventi legislativi, soprattutto il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, «Recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche» (di seguito d. lgs. 97/2016) e al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 sul Codice dei contratti pubblici. La nuova disciplina chiarisce che il P.N.A. è atto generale di indirizzo rivolto a tutte le amministrazioni (e ai soggetti di diritto privato in controllo pubblico, nei limiti posti dalla legge) che adottano i P.T.P.C. (ovvero le misure di integrazione di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231).

Il P.N.A., in quanto atto di indirizzo, contiene indicazioni che impegnano le amministrazioni allo svolgimento di attività di analisi della realtà amministrativa e

[554] Conseguenza negativa di questo approccio è un ulteriore irrigidimento delle Pubbliche Amministrazioni che, nell'adempiere agli obblighi di programmazione imposti dalla legge, hanno di fatto acquisito le norme già determinate nella legge e nel P.N.A. senza compiere quello sforzo di adeguamento che una formazione generale meno invasiva avrebbe favorito.

[555] Cfr. art. 19 del d. l. 24 giugno 2014, n. 90, "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", pubblicato in G.U. n.144 del 24 giugno 2014.

[556] Il Piano Nazionale Anticorruzione è stato approvato con Delibera n. 831 del 3 agosto 2016.

organizzativa nella quale si svolgono le attività di esercizio di funzioni pubbliche e di attività di pubblico interesse esposte a rischi di corruzione e all'adozione di concrete misure di prevenzione della corruzione. Si tratta di un modello che contempera l'esigenza di uniformità nel perseguimento di effettive misure di prevenzione della corruzione con l'autonomia organizzativa, spesso costituzionalmente garantita, delle amministrazioni nel definire esse stesse i caratteri della propria organizzazione e, all'interno di essa, le misure organizzative necessarie a prevenire i rischi di corruzione rilevati. La nuova disciplina persegue, inoltre, l'obiettivo di semplificare le attività delle amministrazioni nella materia, ad esempio unificando in un solo strumento il P.T.P.C. e il Programma triennale della trasparenza e dell'integrità (P.T.T.I.) e prevedendo una possibile articolazione delle attività in rapporto alle caratteristiche organizzative delle amministrazioni. Il P.N.A. promuove l'adozione di misure di prevenzione di natura oggettiva che mirano, attraverso soluzioni organizzative, a ridurre ogni spazio possibile all'azione di interessi particolari volti all'improprio condizionamento delle decisioni pubbliche, ma anche misure soggettive che sono finalizzate a garantire la posizione di imparzialità del funzionario pubblico che partecipa, nei diversi modi previsti dall'ordinamento, ad una decisione amministrativa, ma la concreta attuazione di queste spetta, per esplicita previsione, alle singole amministrazioni perché solo esse sono in grado di conoscere la propria condizione organizzativa, la situazione dei propri funzionari, il contesto esterno nel quale si trovano ad operare[557].

L'analisi dei P.T.P.C. approvati da varie amministrazioni a partire dal 2014 ha messo in evidenza notevoli criticità dovute non tanto alla specifica complessità delle attività di prevenzione della corruzione da compiere, ma ad una più generale difficoltà nella autoanalisi organizzativa, nella conoscenza sistematica dei processi svolti e dei procedimenti amministrativi di propria competenza, nella programmazione unitaria di tutti questi processi di riorganizzazione. Per questo motivo il P.N.A. di recente formazione consta di due parti: una generale volta ad

[557]Il P.N.A., dunque, deve guidare le amministrazioni nel percorso che conduce necessariamente all'adozione di concrete ed effettive misure di prevenzione della corruzione, senza imporre soluzioni uniformi, che finirebbero per calarsi in modo innaturale nelle diverse realtà organizzative compromettendone l'efficacia preventiva dei fenomeni di corruzione.

affrontare problematiche relative all'intero comparto delle pubbliche amministrazioni, ed una dedicata ad una più ampia serie di approfondimenti specifici[558], che saranno aumentati con i successivi aggiornamenti del Piano. Il P.N.A. nasce dunque a seguito dell'analisi delle criticità riscontrate nei P.T.P.C. ma tenendo anche conto degli orientamenti forniti in sede internazionale, in particolar modo da parte dell'ONU, del G20 e dell'OCSE.

Nell'attività di programmazione un ruolo fondamentale è assunto da una figura istituita dalla l. 190/2012: il Responsabile della Prevenzione della Corruzione, nominato dall'organi politico di ciascuna amministrazione di norma tra i dirigenti di prima fascia. Le sue funzioni sono molto articolate e vanno dall'elaborazione della proposta di P.T.P.C., che deve essere adottato dall'organi di indirizzo politico di ciascuna amministrazione, all'organizzazione e vigilanza sulle attività svolte dai dipendenti nelle aree a rischio, nonché al monitoraggio sull'efficace attuazione del Piano Triennale per poi adottare eventuali proposte di modifica. Inoltre il R.P.C. si occupa di verificare la rotazione degli incarichi negli uffici e il rispetto delle norme in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, e di individuare iniziative per la formazione del personale sui temi dell'etica e della legalità. Il d. lgs. 97/2016 ha inciso profondamente su questa figura riunendo questa e quella del Responsabile della Trasparenza e rafforzandone il ruolo, prevedendo che ad esso siano riconosciuti poteri e funzioni idonei a garantire lo svolgimento dell'incarico con autonomia ed effettività, eventualmente anche con modifiche organizzative. A norma del P.N.A. è auspicabile che il Responsabile sia dotato di una struttura organizzativa di supporto adeguata, per qualità del personale e per mezzi tecnici, al compito da svolgere e che gli vengano assicurati poteri effettivi, preferibilmente con una specifica formalizzazione nell'atto di nomina, di interlocuzione nei confronti di tutta la struttura, sia nella fase della predisposizione del Piano e delle misure sia in quella del controllo sulle stesse. A fronte di compiti così pregnanti, per tale soggetto sono previste anche responsabilità gravose, essendo infatti previsto che, in caso di ripetute violazioni del P.T.P.C., sussiste la responsabilità dirigenziale e

[558] Tra i più rilevanti ambiti di approfondimento si segnalano quello relativo alla sanità, a detta dello stesso presidente dell'A.N.A.C., dott. Raffaele Cantone, fertile terreno per il proliferare di pratiche corruttive, quello del governo del territorio e delle città metropolitane.

per omesso controllo, sul piano disciplinare, se il R.P.C.T. non prova di aver comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità e di aver vigilato sull'osservanza del Piano [559] . Resta inoltre la responsabilità di tipo dirigenziale, disciplinare, per danno erariale e all'immagine della Pubblica Amministrazione[560] in caso di commissione di un reato di corruzione, accertato con sentenza passata in giudicato, all'interno dell'amministrazione. Il R.P.C.T. può andare esente dalla responsabilità ove dimostri di avere proposto un P.T.P.C. con misure adeguate e di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza dello stesso.

Notevoli sono infine i compiti del Responsabile in materia di *whistleblower*, di cui presidia il processo nelle sue tre fasi: innanzitutto, con riferimento alla ricezione delle segnalazioni, egli si occupa di tutelare l'identità del dichiarante, anche sottraendo la denunzia al diritto di accesso, onde evitare discriminazioni per il soggetto; in secondo luogo si occupa del trattamento delle segnalazioni, comunicandole alle autorità competenti[561]; infine egli si occupa anche di inserire nel P.T.P.C. misure idonee a tutelare il *whistleblower*[562].

Per concludere la disamina della lotta alla corruzione mediante la stesura di modelli organizzativi volti a prevenire la commissione di reati, occorre segnalare che, sebbene, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, a partire dalla l. 190/2012 si assista ad un rinnovato centralismo del legislatore o comunque di organi nazionali, studi e ricerche svolti in ambito nazionale ed europeo hanno sottolineato i vantaggi di una "regionalizzazione" della lotta alla corruzione. Essendo emerse in Italia forti tendenze a commettere reati corruttivi da parte di organi regionali, e posto che i centri decisionale a livello nazionale e gli ambienti che vi operano accanto non conoscono la dimensione regionale, una strategia di

[559] In tal caso risponderanno i dirigenti per la mancata attuazione delle misure comunicate dal R.P.C.T.
[560] Cfr art. 1, co. 12, della l. 190/2012.
[561] Nel dettaglio doveri di comunicazione sono previsti nei confronti degli uffici disciplinari interni all'amministrazione, all' A.N.A.C., al Dipartimento della Funzione Pubblica, alle Procure della Repubblica laddove la violazione abbia rilevanza penale, ed infine alle Procure della Corte dei Conti.
[562] Tra le misure espressamente previste vi è la realizzazione di una procedura di tipo informatico per effettuare segnalazioni *on line*.

lotta "regionale", attuata in maniera autonoma ma continuando ad operare in simbiosi con i centri nazionali, sarebbe più efficace[563].

Il punto di partenza di questo nuovo approccio sarebbe costituito da un Piano Regionale Anticorruzione (P.R.A.) che dovrebbe essere attuato sul territorio con coinvolgimenti a livello provinciale e comunale. Le finalità sarebbero analoghe a quelle del Piano Nazionale: promuovere l'etica pubblica, monitorare lo stato dell'amministrazione sul territorio, definire un quadro di riferimento programmatico ed operativo per creare le strategie preventive e repressive di lotta alla corruzione. Anch'esso avrebbe validità triennale (fatte salve revisioni necessarie per variazioni sostanziali delle condizioni di rischio) ma dovrebbe essere soggetto ad aggiornamenti annuali mentre dovrebbero essere attuati dei "Programmi annuali di intervento" per pianificare le attività operative[564].

La regionalizzazione della lotta alla corruzione richiede poi la creazione all'interno delle Procure della Repubblica di una sezione specializzata su tali reati, diretta da un magistrato togato assegnato all'ufficio con rotazione triennale: laddove si devono combattere fenomeni sistemici, la forma di organizzazione degli uffici dei p.m. è cruciale per l'ottenimento di un'efficace attività investigativa, che passa per il necessario, ampio coordinamento e collegamento tra le indagini e quindi tra le procure. Sarebbe inoltre necessario concedere alla Procura della Repubblica presso il tribunale ordinario del capoluogo di Regione la competenza per una serie di reati correlati alla corruzione[565]. A ben vedere una tale organizzazione ricorda quella tutt'ora vigente per la lotta della criminalità organizzata di tipo mafioso, dove le indagini sono di competenza delle Direzioni Distrettuale Antimafia (D.D.A.), istituite nelle Procure della Repubblica presso i tribunali dei capoluoghi dei 26 distretti di corte d'appello, coordinate poi dalla Direzione Nazionale Antimafia (D.N.A.) a sua volta incardinata nella Procura generale presso la Corte Suprema di Cassazione[566].

---

[563] MUSACCHIO V., *Regionalizzazione della lotta alla corruzione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 4/2014.

[564] Tra queste un ruolo sempre fondamentale è mantenuto dalla tutela dei "segnalatori" che denuncino eventuali violazioni dei doveri o addirittura il ricorso a pratiche corruttive.

[565] A titolo esemplificativo si pensi proprio alle false comunicazioni sociali, ma anche al riciclaggio e reimpiego.

[566] Questa analogia nell'organizzazione degli uffici investigativi è un ulteriore conferma dello stretto legame presente tra i due fenomeni criminali.

Un ultimo passo per la lotta alla corruzione a livello regionale sarebbe costituito dall'istituzione di una Autorità Regionale Anticorruzione in seno al Consiglio regionale della durata di tre anni prorogabili solo una volta, che sarebbe composta da membri esterni al Consiglio scelti tra esperti qualificati in materia, mentre le modalità di esercizio delle sue funzioni sarebbero disciplinate con regolamento dell'A.N.A.C.. Il suo ruolo sarebbe quello di promuovere il confronto e la collaborazione con autorità locali, nazionali ed extranazionali, in vista della migliore conoscenza del fenomeno corruttivo, nonché della migliore conoscenza e messa a punto dei mezzi per combatterlo attraverso interventi legislativi ed amministrativi di competenza della regione. L'Autorità eserciterebbe anche funzioni di vigilanza e dovrebbe essere in costante contatto con quella nazionale.

Aldilà del livello, se nazionale o regionale, su cui fondare una strategia di lotta alla corruzione, quel che è certo è che la costruzione di modelli organizzativi che fungano da filtro ed impediscano in via preventiva la commissione di reati, è strumento essenziale. Esso tuttavia non è sufficiente perché così come nel settore privato, anche in quello pubblico è necessario riscoprire e stimolare la cultura della legalità e dell'etica, che incidano sull'ente stesso nonché sul personale che vi operi.

3.2. La riscoperta della cultura dell'etica e della legalità.

Una delle cause del perdurare della corruzione nel nostro Paese è anche l'assenza di un sentire comune diffuso e di una percezione netta di questo problema come un cancro della democrazia. Questa sfida etica si può vincere anche cogliendo l'occasione della crisi economica che stiamo vivendo e della conseguente necessità di contrastare gli sprechi e le inefficienze che costituiscono una sorta di "corruzione colposa", spesso destinate ad evolvere in quella classica dolosa [567] . Occorre diffondere e condividere il principio che l'efficienza e la legalità sono due facce della stessa medaglia, che la corruzione è una "tassa iniqua" sull'inefficienza, la quale se fosse eliminata o ridotta, assottiglierebbe gli

[567] FLICK G.M., *Dalla repressione*, cit. p. 10.

spazi di proliferazione di pratiche corruttive. Un'etica e una cultura della reputazione e della vergogna nonché del rifiuto del conflitto di interessi sono altrettanto e forse più importanti di una condanna penale, laddove si comprenda che la corruzione è cancro per gli investimenti esteri, per la concorrenza e la competitività dei mercati, è coefficiente di inquinamento e penetrazione della criminalità organizzata nell'economia e nella Pubblica Amministrazione.

La riscoperta dell'etica rappresenta quindi un passo importante nella lotta alla corruzione, reagendo all'assuefazione, all'indifferenza, alla giustificazione e all'accettazione. Questo percorso è preso in considerazione dal legislatore anche attingendo agli indirizzi provenienti da altri Paesi e da organi internazionali.

Strumento principe in tal senso sono i Codici etici i quali si collocano in una sorta di spazio vuoto, fra mercato e Stato, e rispondono a esigenze che né il mercato né gli ordinamenti giuridici sembrano in grado di soddisfare pienamente. Non sostituiscono il diritto delle leggi, ma gli sono complementari, spiegando una funzione di supplenza tanto delle "falle" del legislatore, quanto dell'incompletezza dei contratti: lacune entrambe connesse alla razionalità limitata e alla ridotta capacità di previsione degli accadimenti futuri, e che possono aprire spazi inquietanti alla discrezionalità e all'abuso di autorità negli ordinamenti privati. Prima di indagare le origini della loro diffusione, che nasce, è facile intuirlo, anche in questo caso nel settore privato per poi estendersi anche nel pubblico, conviene appuntare lo sguardo su alcune macro-tendenze in atto nel campo del diritto che contribuiscono a spiegare l'attecchimento dell'etica nella normazione aziendale. Oggi infatti i governi nazionali sono costretti a creare condizioni favorevoli sul piano della regolamentazione giuridica e fiscale, allo scopo di mantenere radicate le imprese locali e attrarre capitali dall'estero: esposti al ricatto della *corporation mobility* [568] , che li costringe a rinunciare a una vocazione regolatrice di stampo autoritario e dirigista, gli Stati optano per un'ambizione contenuta: evitare che il mercato domestico rimanga escluso dallo spazio globale e ai margini degli interessi degli investitori, con le intuibili ricadute

[568] Ossia la tendenza delle imprese ad estendere il proprio raggio di azione al di fuori dello spazio nazionale.

sui livelli occupazionali e del benessere generale[569]. I codici etici nascono proprio dalla percezione, da parte degli attori del mercato della carenza di regolamentazione generata dalla *deregulation*. L'espansione di postulati etici nel dominio aziendale può dunque leggersi come impossibilità di giungere a un soddisfacente bilanciamento degli interessi in gioco attraverso le sole leggi dell'economia, che non offrono sufficienti garanzie di tutela per quei soggetti che appaiono emarginati rispetto ai processi decisionali economici, siano essi singoli soci, minoranze, investitori, risparmiatori, consumatori.

Da visuale opposta, altri ritengono che i codici etici impongano di abbandonare un approccio pan - giuridico, ovvero la pretesa di considerare il diritto come lo strumento in grado di risolvere tutti i problemi, per riconoscere che ve ne sono molti, forse quelli più importanti, che reclamano altri strumenti di soluzione, tra i quali annoverare, per l'appunto, i codici etici, che sembrerebbero dunque scandire il declino di una concezione del diritto intrisa di formalismo positivistico e, parallelamente, segnare un'ulteriore propaggine della c.d. *soft law*: si fa strada un'idea gradualistica della normatività, entro la quale calare i codici etici, i quali assecondano l'accumulazione di un "capitale normativo" delle imprese, come effetto, oltre che di movimenti di *deregulation* e di *soft law*, di un mutamento nella strategia di contrasto al crimine economico nelle recenti politiche criminali[570]. Si crea un doppio sistema di giustizia, statuale e privato: a questo il compito di gestire per primo la prevenzione e repressione degli illeciti, a quello di intervenire in seconda battuta, qualora le violazioni realizzate dall'ente, per l'ente, con l'ente non siano incanalate nel solco della legalità utilizzando autonomi presidi di sanzione e controllo.

La storia della codificazione etica muove i primi passi negli Stati Uniti, sul finire degli anni '70 del secolo scorso, in conseguenza di alcune indagini del *Department of Justice* e della *Securities and Exchange Commission* che avevano

[569] La conseguenza è stata una forsennata *race to the bottom*, una competizione tra ordinamenti a chi più riduce i vincoli all'attività di impresa, e che dimostra l'incapacità della politica e l'inadeguatezza del diritto di impronta statuale a governare gli attuali processi economici. L'unica politica del diritto perseguita nei confronti dell'attività di impresa sembra essere la *deregulation*, praticata anche attraverso l'introduzione di modelli di *corporate governance* molto più elastici rispetto al passato.

[570] CAPUTO M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2012.

accertato un alto livello di corruzione e di ricorso a fondi neri, come provvista per attività illecite, da parte di numerose *corporation*, soprattutto nei settori delle forniture alla Difesa e all'industria farmaceutica. Il *Foreign Corrupt Practices Act* [571] dette l'avvio all'adozione di *compliance programs* e di codici etici. Seguirono l'*Ethics in Government Act*, che istituiva l'*Office of Government Ethics*, preposto a elaborare e diffondere norme etiche tra i funzionari federali e a vigilare sulla loro osservanza, ed una serie di successivi interventi che hanno mostrato, anche a causa di scandali che hanno suscitato l'interesse dell'opinione pubblica sul tema, un sempre maggiore *favor* legislativo per la codificazione etica[572]. Tendenze analoghe si registrano, anche se in ritardo, anche nel vecchio continente a partire dal Libro Verde del 2001 della Commissione Europea che per primo offrì una definizione di codice etico[573], mentre per quanto riguarda il nostro Paese la codificazione si espande nel settore privato principalmente grazie al d. lgs. 231/2001, ma aldilà di alcune scelte a livello regionale[574], una forte spinta all'introduzione di codici etici nelle aziende è stata offerta dall'attribuzione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del compito di preparare un regolamento in forza del quale attribuire un punteggio alle imprese che scelgono di iscriversi in uno speciale albo, pensato per valutarne il "tasso di legalità"[575]. Il *rating* si attiva su base volontaria e deve essere rinnovato ogni due anni, e dovrebbe fungere da filtro per l'accesso al credito bancario e ai finanziamenti della P.A., nel senso di agevolare le società con punteggio più alto. Oggi a questo strumento si aggiunge quello più efficace introdotto dall'art. 83 co. 10 del d. lgs.

[571] Atto emanato nel 1977 e poi emendato nel 1988 e nel 1999 con cui il Congresso degli Stati Uniti varò una campagna di contrasto dei comportamenti illeciti attuati dai rappresentanti di società americane, al fine di conseguire vantaggi e ingraziarsi i favori di pubblici ufficiali di Stati esteri.

[572] A titolo esemplificativo si ricordano le *Federal Sentencing Guidelines* del 1991 e il draconiano *Sarbanes Oxley Act.*

[573] Il codice viene definito come una «dichiarazione ufficiale del valore e delle prassi commerciali e, a volte, dei suoi fornitori. Un codice enuncia norme minime e attesta l'impegno preso dall'impresa di osservarle e di farle osservare dai suoi appaltatori, subappaltatori, fornitori e concessionari. Può trattarsi di un documento complesso che richiede il rispetto di norme precise e prevede un complesso meccanismo coercitivo».

[574] Ad esempio la Lombardia dopo aver previsto l'applicazione in via sperimentale alle aziende sanitarie pubbliche locali di un codice etico e dei modelli di organizzazione e controllo, mutuando la relativa disciplina dettata dal d. lgs. 231/2001, ne ha deciso l'obbligatorietà con Delibera della Giunta Regionale 30 maggio 2012, n. IX-3540, per l'accreditamento delle unità d'offerta sociosanitarie.

[575] Cfr. art. 5-*ter* del d. l. del 24 gennaio 2012, poi convertito nella legge n. 27 del 24 marzo 2012, integrato dal d. l. n. 29 del 24 marzo 2012, convertito nella legge n. 62 del 18 maggio 2012.

50/2016 (Nuovo Codice degli Appalti) che prevede l'istituzione presso l'A.N.A.C. del sistema del *rating* di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese. Per il suo funzionamento, «l'A.N.A.C. definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del codice stesso». Il *rating* d'impresa si differenzia dal precedente innanzitutto perché non è opzionale ma obbligatorio[576], ma soprattutto perché ha un ambito di azione più ampio, essendo infatti espressamente previsto dal recente documento di consultazione emanato dall'A.N.A.C. che il *rating* di legalità è solo uno dei requisiti reputazionali presi in considerazione per la qualificazione dell'impresa.

Il d. lgs. 231/2001 ha individuato un punto di incontro tra le attese di legalità e di tutela dei beni giuridici proprie degli *stakeholder* e la legittima vocazione al profitto delle imprese. Il contemperamento delle istanze è avvenuto all'insegna di quella che potremmo chiamare "legalità profittevole", una visione che, ben lungi dal potersi dire compiutamente realizzata, visti anche i difetti della disciplina, ha però tradotto in termini normativi l'idea che una *compliance* aziendale ben fatta contribuisca al successo economico. Si prevede infatti che i modelli organizzativi previsti dagli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001, necessari per evitare la responsabilità giuridica dell'ente derivante da reato, possono essere adottati «sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti». Sebbene non espressamente evocato dal testo normativo dunque, il codice etico è oggi considerato parte integrante e indispensabile del modello di organizzazione, gestione e controllo, e come tale, diventa oggetto della verifica di idoneità ed efficacia da parte dei giudici che devono decidere della responsabilità dell'ente. Posto che i contenuti dei codici etici varieranno in ragione del tipo di attività svolta dalla persona giuridica, e la specificità di ognuno dipenderà dalle aree di rischio individuate attraverso le operazioni di *risk management*, è opportuno che l'elaborazione del codice etico, anche se in senso ideale inaugura il modello e precede la definizione delle procedure e dei protocolli, giunga solo al termine dell'analisi dei recinti di rischio

[576] Nel senso che la qualificazione dell'impresa è elemento essenziale ai fini dell'accesso alle gare pubbliche o comunque all'acquisizione di risorse pubbliche.

- reato e riporti, per ognuno dei segmenti operativi, l'indicazione dei principi di comportamento dai quali ricavare le condotte in grado di prevenire le violazioni della legge penale[577]. Il d. lgs. 231/2001 ha senz'altro condizionato la fattura dei codici etici, infatti mentre prima dello storico intervento legislativo, essi potevano permettersi una certa "leggerezza", anche in termini di voluminosità, e rispondere solo alle istanze della responsabilità sociale d'impresa, adesso il peso della responsabilità amministrativa degli enti li ha curvati a scopi preventivi originati da impulsi penalistici.

In economia si è osservato come in tutte le organizzazioni vigono regole che esercitano un'autorità impersonale sui membri, inclusi coloro ai quali è attribuita un'autorità di tipo personale e sulla base di tale assunto si è elaborata una teoria economica della "cultura d'impresa", intendendo con siffatta espressione un codice di comportamento, un sistema di norme sociali che vincolano i soggetti appartenenti a un'organizzazione: l'esistenza e la conoscenza comune di un codice di condotta consente ai membri dell'organizzazione di formulare *ex ante* congetture appropriate su come ogni altro membro si comporterà anche in circostanze non previste, perché crea aspettative razionali circa l'adempimento di impegni attraverso azioni conformi[578]. Il codice etico condivide con la cultura d'impresa la disponibilità a somministrare indicazioni di condotte reattive a eventi non immediatamente prevedibili: più precisamente, delinea una procedura *standard* di comportamento condizionale non rispetto all'accadere di eventi specifici, *ex ante* ignoti, ma a classi di casi che con un certo grado di approssimazione possono essere considerati appartenere all'evento al quale si applica un dato principio etico e una data procedura. Un'azienda provvista di un codice etico che sia dotato anche di appropriate condizioni di efficacia [579] , espressione convinta di una cultura rispettosa del valore della legalità, che sa

[577] Si noti peraltro che il contenuto e la struttura dei codici etici non possono che risentire anche degli interventi legislativi che hanno ampliato il novero dei reati – presupposto per la responsabilità dell'ente: si pensi ai reati associativi, alla criminalità ambientale, alla corruzione tra privati ecc…

[578] KREPS D., *Corporate Culture and Economic Theory*, in J. ALT-K. SHEPSLE (a cura di), *Perspectives on Political Economy*, 1990.

[579] Tra le quali si segnala una modifica del ruolo dell'Organismo di Vigilanza, il quale dovrebbe essere chiamato a sostenere, a nome dell'impresa e come strumento della cultura d'impresa, un'etica del dissenso dal comportamento illecito posto eventualmente in atto a beneficio della stessa impresa da parte di un soggetto operante al suo interno.

afferrarne la convenienza, e che alimenta la fiducia nei rapporti interpersonali, è anche un'azienda che, di fronte al problema dell'errore, della violazione e dello sbaglio, sa allestire spazi di inclusione dell'errante e di reingresso nella cultura tradita dall'illecito.

Come avvenuto già con i modelli organizzativi, anche i codici etici sono nati in ambito privato ma sono stati successivamente applicati anche nel settore pubblico, nella consapevolezza per cui la cultura dell'etica e del rispetto della legalità è fondamentale anche all'interno delle amministrazioni. A ben vedere adeguare il proprio comportamento a parametri di lealtà, correttezza, e servizio al bene comune dovrebbe rappresentare l'essenza stessa del pubblico dipendente, così come prescrive la Costituzione, che impone di svolgere le funzioni pubbliche con disciplina e onore, con imparzialità nonché di essere al servizio esclusivo alla Nazione. Tali principi sono ora imposti dal legislatore attraverso una progressiva giuridicizzazione degli stessi, con il passaggio dall'ambito dell'etica a quello del diritto, in ragione della previsione del rilievo disciplinare della violazione degli stessi rafforzata dal nuovo codice di comportamento di cui al d.p.r. 62/2013[580]. Gli utenti della P. A., cittadini ed imprese, in cambio delle risorse versate con il prelievo fiscale, chiedono servizi di qualità realizzati con efficienza e in tempi brevi e ciò ha spinto l'amministrazione, a partire dall'inizio del 2001 ad avviare, con maggiore pregnanza, una rivoluzione politica e tecnica basata sull'adozione di strumenti e sistemi di trasparenza che consentano la misurazione della qualità, dell'economia e dell'efficacia dei servizi erogati e del conseguente livello di soddisfacimento delle aspettative sociali. Di qui l'esigenza per il legislatore di introdurre norme di comportamento a cui i pubblici dipendenti devono attenersi perché l'azione amministrativa risulti improntata da un lato al buon governo e dall'altro all'etica. Il binomio etica - Pubblica Amministrazione ha attraversato una crisi profonda a causa della larga diffusione di una cultura poggiante sul relativismo etico e del diffondersi della corruzione. Il reale problema della P. A., laddove sono state e vengono di continuo posti in essere strumenti per la

[580] Cfr. d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 **"**Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", pubblicato in G.U. Serie Generale n.129 del 4 giugno 2013

modernizzazione della sua vita organizzativa e strutturale, riguarda, in altri termini, anzitutto i soggetti che vi operano e la loro moralità.

D'altro canto il fenomeno della inefficienza e/o della corruzione non può essere risolto con la semplice enucleazione di codici etici *ad hoc* validi per un solo settore della vita sociale, ma è necessario intervenire per far sì che l'intero tessuto sociale sia pervaso da un *ethos* adeguato sì supportato da regole etiche e giuridiche vincolanti, ma, a sua volta, sorretto da una comunità – Stato ove si conduce una vita virtuosa.

Fondamentale al riguardo è il delicato rapporto fra le due sfere, quella propriamente politica (portatrice di interessi di parte) e quella amministrativa (per sua natura imparziale e operante per il bene di tutti). Il rapporto tra il ceto politico e i vertici amministrativi può infatti incidere (ed incide) sui meccanismi decisionali pubblici e può ledere il diritto dei cittadini ad una amministrazione imparziale. È fin troppo ovvio sottolineare come soltanto la creazione e l'esistenza di una *élite* amministrativa professionalmente e culturalmente attrezzata può garantire soddisfacenti livelli di autonomia dal ceto politico e lavorare nel solo interesse pubblico e questa è anche l'indicazione che si ricava dal d.p.r. 62/2013 laddove si sottolinea la centralità del ruolo del dirigente pubblico nell'applicazione del codice di comportamento a tutela dell'interesse dei cittadini[581]. Peraltro l'etica pubblica non può ricondursi solo ad aspetti meramente procedurali e/o repressivi essendo infatti fondamentale la diffusione della cultura della legalità dell'attività amministrativa assegnando un ruolo importante alla formazione dei dipendenti pubblici. La *ratio* della più rigorosa disciplina è che la previsione del rilievo disciplinare del codice di comportamento diventi uno strumento efficace nei confronti di coloro che non si adeguano spontaneamente a principi che dovrebbero essere connaturali, conosciuti e seguiti non solo senza alcuna imposizione, ma con fierezza e personale impegno da chi è posto al servizio dei cittadini.

[581] Questa visione del dirigente pubblico si ispira alla c.d. *leadership* prevista dal codice di comportamento inglese laddove è al funzionario o al dirigente amministrativo che è attribuito il compito di raggiungere, applicando i valori del codice, il risultato del buon governo attraverso il raggiungimento di elevati standard qualitativi.

I doveri contenuti nel codice di comportamento costituiscono i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare, il che comporta per chi opera all'interno di un ufficio pubblico, l'obbligo dell'imparzialità, della correttezza nei confronti sia del datore di lavoro che degli utenti finali del servizio, i cittadini. Il codice etico, in realtà, era già previsto nella versione originaria del lontano d. lgs. 29/1993, ma risultava nei fatti sconosciuto ai dipendenti che si adeguavano spontaneamente ai principi basilari del corretto agire, senza nemmeno conoscere i contenuti del codice che per lo più rimanevano ignorati, sebbene la normativa imponesse di consegnare una copia del codice al dipendente all'atto di assunzione e prevedesse l'obbligo di coordinamento con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare[582].

La legge 190/2012 oltre a prescrivere attività di formazione con il chiaro scopo di far permanere attuale l'interesse e la rilevanza del codice con finalità di prevenzione di comportamenti scorretti, ne rafforza anche il profilo costrittivo prevedendo che la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento è innanzitutto fonte di responsabilità disciplinare; è poi rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile quando le stesse siano collegate alla violazione di doveri, obblighi leggi o regolamenti; ed infine gravi o reiterate violazioni comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare. In applicazione di tale disciplina il codice dispone che la violazione degli obblighi in esso previsti "integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio" la quale è fonte di responsabilità disciplinare da accertarsi all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni, ed in tal senso la nuova formulazione rappresenta senza dubbio un miglioramento della disciplina[583] perché la valenza costrittiva del codice, rende più incisiva l'applicazione di sanzioni nel caso in cui il dipendente non rispetti le norme ivi previste, mentre in passato ci si limitava ad indicare i principi cui i pubblici funzionari dovevano attenersi ma che dovevano essere integrati e

[582] Cfr. art. 58 d. lgs 3 febbraio 1993, n. 29 "Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421", pubblicato in G. U. n. 30 del 6 febbraio 1993.
[583] Per quanto siano già stati segnalati alcuni punti critici quali l'assenza di adeguate previsioni riferite al personale politico e la parziale incompiutezza della modifica della materia disciplinare.

coordinati con le previsioni dei contratti, restando quindi alla fonte negoziale la definizione delle infrazioni e delle sanzioni.

Occorre segnalare che il nuovo codice si pone non come testo generale, eventualmente integrabile da parte delle singole amministrazioni, ma come contenuto minimo, necessariamente e doverosamente suscettibile di essere ampliato e specificato. Questo approccio giustifica la struttura asciutta dei doveri, per quanto, scendendo nel dettaglio, appare comunque evidente un qualche maggiore grado di specificazione e dettaglio, a riprova del fatto che la norma mira a fornire precetti puntuali e di indicazioni operative. Dalla lettura delle previsioni contenute nel codice appare presente un rafforzamento dell'attenzione al tema dei conflitti di interesse, sia reali che apparenti, ed in questo senso è evidente come lo strumento si ponga in coerenza con una disciplina volta a prevenire i fenomeni di malcostume e, al contempo, a rilegittimare le istituzioni pubbliche nei confronti dei cittadini [584] : al riguardo sono previsti obblighi di *disclosure* (l'obbligo di comunicare la propria appartenenza ad associazioni o la presenza di rapporti di collaborazione retribuiti nel triennio precedente), doveri di astensione, misure di trasparenza. Merita un'analisi specifica l'attenzione che il legislatore presta all'apparenza, infatti un tratto distintivo dell'etica pubblica è quello di dedicare specifica valenza non solo alla concreta o potenziale lesività dei comportamenti, ma anche alla valutazione pubblica che può connettersi ad una determinata condotta: in tal senso l'obbligo di astensione rilevante in situazioni di conflitto anche solo potenziale con interessi personali è finalizzato ad evitare il pericolo di pregiudizio per l'immagine dell'amministrazione[585].

I doveri contenuti nel codice sono suscettibili di essere integrati attraverso due percorsi distinti. Da un lato, secondo quanto previsto già a livello di norma primaria, questi si arricchiscono dei doveri relativi all'attuazione del Piano di Triennale per la Prevenzione della Corruzione, dei quali la legge afferma la

[584] In quest'ambito rientrano le disposizioni relative a "regali, compensi ed altre utilità", ricomprendendo in questo contesto anche un divieto di collaborazioni con soggetti privati "che abbiano o abbiano avuto nel biennio precedente un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti l'ufficio di appartenenza".

[585] Questo dato riporta alla mente le già analizzate tematiche del bene giuridico tutelato dai reati contro la P. A., che in passato veniva identificato nel "prestigio" della stessa, concetto che è stato poi superato per dare una lettura costituzionale dell'oggetto giuridico, focalizzato quindi sul buon andamento e sull'imparzialità.

valenza a fini disciplinari. In secondo luogo il codice base deve essere integrato e specificato attraverso propri codici da parte delle amministrazioni, adottati con procedura aperta alla partecipazione, previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione. Quest'ultimo passaggio è fondamentale per passare da un'applicazione meramente burocratico – formale della previsione, ad una politica: in questo deve manifestarsi lo sforzo delle singole amministrazioni di non compiere gli stessi errori del passato e di cogliere questa opportunità per ripristinare davvero la cultura della legalità. Quanto ai rapporti tra le integrazioni effettuate dalle singole amministrazioni e i doveri contenuti nel codice – base (oltre, beninteso, a quelli previsti dal P.T.P.C.), alle prime non competerà definire se alla violazione corrisponda una sanzione disciplinare, ma piuttosto fissare quale sia la sanzione, nel rispetto di principi di proporzionalità e gradualità non il "cosa" è rilevante ai fini disciplinari, in sostanza, ma il "come".

Quanto all'ambito di applicazione soggettiva, il codice riguarda tutto il personale dipendente, escluse alcune figure professionali (ad esempio i docenti universitari) i quali già sono sottoposti a peculiari regole di condotta, mentre per magistrati e avvocati dello Stato è previsto uno speciale regime di codificazione etica. Novità rilevante al riguardo è costituita dall'estensione degli obblighi di condotta previsti dal codice anche a collaboratori, consulenti o in generale personale non dipendente della P. A. ma che con questa entri in contatto[586], ma anche al personale dirigenziale, per cui si era creato una sorta di cono d'ombra con l'assimilazione di tali soggetti ai dirigenti privati, dove la dimensione disciplinare finisce per essere eclissata a fronte del rapporto fiduciario che intercorre tra loro e il datore di lavoro.

Così come accade tra codici etici e modelli organizzativi nell'ambito della responsabilità delle persone giuridiche, anche nell'ambito della Pubblica Amministrazione il codice di comportamento e i Piani di prevenzione contro la corruzione finiscono per essere strumenti fortemente interconnessi, che si modificano e si adattano a vicenda[587]. In generale può affermarsi che la sfida della

[586] La fonte di tale estensione è contrattuale perché è previsto che nei contratti stipulati o negli incarichi conferiti vengano inserite apposite clausole di risoluzione o decadenza dal rapporto in caso di violazione degli obblighi.
[587] Emblematica in tal senso la figura del Responsabile anticorruzione che finirà per vigilare anche sul rispetto dei doveri previsti dal codice.

prevenzione e del contrasto della corruzione e ricostruzione di un'etica pubblica, richiede un forte investimento, a livello di vertici politici ed amministrativi nei diversi enti ed organismi pubblici. Il rischio, altrimenti, è quello, cui si è già assistito, di un'adesione meramente formale alla riforma, ai suoi piani e codici, attraverso un'amministrativizzazione di questi processi.

Non deve infatti passare in secondo piano la centralità della persona – dipendente pubblico, la sua dignità, che è stata dimenticata dagli stessi funzionari spesso anche a causa della loro condizione lavorativa, causa del loro disimpegno, anticamera della corruzione[588]. In tal senso l'A.N.A.C. dovrebbe svolgere una funzione pedagogica e diffondere nelle amministrazioni una nuova cultura amministrativa rivolta al bene comune, alla correttezza dei comportamenti, all'onestà ed al servizio[589], anche al fine di separare l'ambito amministrativo da quello politico. Rispetto alle regole calate dall'alto, quest'azione pedagogica parte da un confronto paritario per portare ad una costruzione condivisa dell'onestà e dell'onore.

In definitiva, per riprendere in chiave laica le parole di Papa Francesco, occorre "guarire dalla corruzione", riappropriarsi della cosa pubblica, dell'etica pubblica, ricreare una cultura della legalità.

3.3 Ulteriori misure di contrasto al "sistema dell'illegalità".

Gli strumenti di lotta alla corruzione e ai reati ad essa collegati non finiscono qui: non basta infatti rafforzarne la repressione introducendo o modificando alcune norme incriminatrici, ma non è neppure sufficiente prevedere modelli organizzativi e codici etici. Si rendono necessari, come suggerito anche in sede internazionali, ulteriori misure per far emergere la commissione di illeciti, per coordinare tutti i mezzi di contrasto presenti, e per consentire alla comunità un "ritorno alla legalità".

---

[588] MERLA G., *Indole giuridica e limiti delle concessioni municipali*, Napoli, 1899 scriveva che "gli impiegati delle amministrazioni locali sono retribuiti inadeguatamente e quel che più monta, con poca speranza di miglioramento avvenire. Di qui i danni non lievi che le amministrazioni recano a loro stesse".

[589] LICCIARDELLO S., *Introduzione alla tavola rotonda sul tema: la 'prevenzione' in funzione di contrasto alla corruzione*, Roma, 26 maggio 2015.

3.3.1 La tutela del *whistleblower*.

Per la prima volta la l. 190/2012 si occupa di questo istituto di origine anglosassone introducendo, con l'art. 1 co. 51, l'art. 54-*bis* del d. lgs. 165/2001, rubricato "Tutela del dipendente che segnala illeciti". È uno strumento di estrema importanza nella lotta alla corruzione dove, dai dati relativi al fenomeno criminale, emerge un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione praticata [590] e corruzione denunciata e sanzionata [591] : non è quindi azzardato affermare che è diminuito il grado di effettività della legge penale in materia. Beninteso, tale carenza dipende da molteplici fattori culturali e giuridici[592], ma uno di questi è senz'altro la scarsa propensione alla denuncia da parte dei cittadini e, nello specifico, degli stessi dipendenti pubblici che si trovino ad assistere alla commissione di illeciti.

L'istituto del *whistleblowing* nasce nel Regno Unito dove, con il *Public interest disclosure act* del 1998, si è introdotta un'articolata disciplina riguardante le condizioni di legittimità delle segnalazioni di potenziali illeciti sia nel settore pubblico che in quello privato , con l'obiettivo di fornire una tutela al lavoratore che, venuto a contatto con condotte illecite (penalmente rilevanti o meno), decide di segnalarne la rilevanza al proprio datore di lavoro. A tale soggetto l'ordinamento offre una tutela speciale volta ad evitare che nei suoi confronti possano consumarsi reazioni pregiudizievoli o ritorsive, che, oltre a ledere personalmente il dichiarante, scoraggerebbero iniziative analoghe. Tale strumento è stato poi mutuato anche in altri ordinamenti di *common law* per poi essere preso in considerazione anche dai più importanti accordi internazionali in materia di

[590] Nella classifica redatta da *Trasparency International*, un'organizzazione non governativa finalizzata alla lotta alla corruzione, abbiamo ricoperto posizioni sempre molto basse (69° posto nel 2011; 72° posto nel 2012) mentre solo di recente si assiste ad un leggero miglioramento (nel 2015 abbiamo scalato 8 posizioni arrivando ad occupare il 61° posto ma restiamo comunque il penultimo Paese europeo).

[591] Secondo il rapporto "La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma" a cura del Governo italiano, 2012, Le condanne per reati di corruzione sono passate da oltre 1700 nel 1996 a 239 nel 2006; quelle per corruzione propria *ex* art. 319 c.p. sono state 117 nel 2009 e 111 nel 2010.

[592] A titolo esemplificativo ricordiamo sul piano culturale la sfiducia dei cittadini nel sistema giudiziario nonché lo sconforto e lo scarso rispetto della funzione pubblica, mentre sotto il profilo giuridico contribuiscono a ridurre l'efficacia l'abuso di istituti premiali quali il patteggiamento ma anche la disciplina della prescrizione.

corruzione[593], ma in Italia si giunge a fornire una forma di protezione analoga solo nel 2012. Occorre segnalare come a fronte di questo prolungato silenzio normativo la giurisprudenza si fosse orientata a ritenere che la denuncia del dipendente, operata nel rispetto della verità dei fatti e della continenza della forma espositiva, non potesse integrare una violazione del dovere di fedeltà, ritenendo quindi illegittimi i provvedimenti disciplinari eventualmente adottati dal datore di lavoro nei confronti del dichiarante. Viceversa nessun precedente giurisprudenziale aveva tutelato l'anonimato del lavoratore, anzi il Consiglio di Stato ha più volte affermato il pieno diritto del soggetto sottoposto a procedimento disciplinare all'accesso alla denuncia presentata nei suoi confronti, nonché all'identità del suo autore.

Con la l. 190/2012 il legislatore ha optato per una soluzione più ridimensionata applicando la disciplina al solo settore pubblico, lasciando fuori quello privato, scelta in palese controtendenza con le indicazioni rinvenibili nelle Convenzioni internazionali, ma giustificata dal fatto che tale intervento normativo ha il suo campo elettivo di applicazione il solo settore pubblico. A dispetto di tale restrittività sul piano soggettivo, l'oggetto della dichiarazione è particolarmente esteso, ricomprendendo tutte le condotte illecite di cui il soggetto sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro: non solo dunque fatti e comportamenti penalmente rilevanti, ma anche semplici irregolarità contabili ed amministrative[594]. La norma tuttavia non chiarisce quale intensità debba avere il livello di conoscenza del fatto denunciato, consentendo astrattamente l'applicazione dell'istituto anche quando la dichiarazione si basi su meri sospetti non supportati da elementi probatori certi.

L'art. 54-*bis* co.1 del d. lgs. 165/2001 introduce una circostanza esimente destinata ad operare in un eventuale procedimento disciplinare nei confronti del dichiarante, il quale non può essere licenziato, sanzionato o sottoposto a misura discriminatoria. Tale esimente non opera quando la condotta del *whistleblower* integri il reato di calunnia o diffamazione ovvero un'ipotesi di responsabilità

[593] Il riferimento è alla Convenzione civile sulla corruzione del 4 novembre 1999 stipulata dal Consiglio d'Europa e alla Convenzione di Merita del 31 ottobre 2003 delle Nazioni Unite.
[594] In tal senso notevole importanza assumono proprio le violazioni del codice di comportamento, che ricordiamo contiene doveri minimi a cui il lavoratore pubblico deve attenersi ma che non sempre si traducono in fatti di rilevanza penale.

*ex*art. 2043 c.c.. È inoltre previsto dal co. 2 che al denunciante venga garantito l'anonimato e che la denuncia venga sottratta all'accesso *ex* l. 241/1990. Non è invece previsto alcun premio per l'iniziativa assunta dal lavoratore[595] e tale scelta rischia di essere scarsamente incentivante rispetto all'obiettivo finale che è quello dell'emersione dei fatti corruttivi.

Occorre ricordare che il *whistleblower* ottiene tutela non solo dalle norme ora analizzate ma anche da apposite previsioni dei P.T.P.C. che le amministrazioni hanno l'obbligo di adottare mentre una decisiva spinta all'applicazione dell'istituto è data dall'A.N.A.C. che nel 2015 ha adottato una determinazione[596] con cui illustra le linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico sia per segnalazioni provenienti dai dipendenti di altre amministrazioni (c.d. *whistleblower* di 2° livello) che provenienti dai dipendenti dell'A.N.A.C. relative a condotte illecite interne all'Autorità (c.d. *whistleblower* di 1° livello). Con tale provvedimento l'Anticorruzione si fa diretta interlocutrice dei segnalanti, con cui mira ad instaurare un rapporto fiduciario grazie ad una serie di accorgimenti, quali la fornitura di un riscontro al dichiarante della ricezione, presa in carico e stato di avanzamento della segnalazione, il permesso di integrare eventualmente la dichiarazioni in modalità sicure e di ottenere informazioni anche da soggetti che inizialmente non dichiarino la propria identità riservandosi di farlo successivamente. Sono previsti inoltre nuovi strumenti per garantire una migliore efficienza nella gestione delle segnalazioni[597] allo scopo di far emergere meglio e in sicurezza la commissione degli illeciti ma anche per ridurre i costi derivanti dalla raccolta e gestione delle dichiarazioni. La denuncia all'Autorità avviene tramita piattaforma digitale e questo pone il delicato problema di garantire la sicurezza e la riservatezza del dichiarante, obiettivi che possono raggiungersi solo

[595] Presente invece nei sistemi di *common law.*

[596] Cfr. Determinazione A.N.A.C. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti".

[597] A titolo esemplificativo si ricordi il questionario mirato per circostanziare al meglio la segnalazione, la realizzazione di una base dati delle segnalazioni pervenute e di una reportistica sullo stato delle segnalazioni, e un maggiore coordinamento con le altre istituzioni che si occupano di anticorruzione.

attraverso l'implementazione di tecnologie di crittografia moderne e il permesso per l'accesso dei dati solo a pochi soggetti autorizzati[598].

In materia di *whistleblower*, dunque, a partire dal 2012 si sono fatti notevoli passi avanti ma ancora molto resta da fare. Un utile spunto di riflessione può avvenire dall'osservazione di altri Paesi appartenenti all'OCSE che forniscono ai dichiaranti anche altre forme di assistenza. Nel Regno Unito, ad esempio nel 1993 è nata un'organizzazione *no – profit*, *Public Concern at Work*, che ha prestato il proprio sostegno, attraverso avvocati ed esperti di risorse umane, ad oltre 14000 segnalatori o potenziali segnalatori e ciò ha comportato un notevole aumento delle segnalazioni (anche da parte di uno stesso soggetto più volte) e dei risultati ottenuti[599]. Nei Paesi Bassi invece è stata recentemente istituita con legge del 1 marzo 2016 la "Casa del *whistleblower*" che introduce una protezione legale per i dipendenti pubblici e privati che segnalano condotte illecite sul luogo di lavoro. Tale struttura in particolare ha funzioni consultive fornendo ai dichiaranti informazioni sul procedimento e sulla loro tutela, ma anche funzioni investigative, potendo avviare un'inchiesta sia sull'illecito segnalato sia sul modo in cui il datore di lavoro si è comportato nei confronti del dipendente a seguito di una segnalazione interna.

Strumenti come questi servono non solo a rafforzare la tutela del *whistleblower* ma anche ad incentivarne le condotte perché questi non si sentiranno più soli e saranno più propensi ad assumere iniziative volte alla punizione dell'illecito e al ripristino della legalità.

3.3.2 L'A.N.A.C. e il ruolo di altre Autorità.

Un effetto diretto della "retrocessione" del sistema repressivo penale, in favore di strumenti preventivi di maggiore efficacia, è anche la perdita della centralità da parte della magistratura, che non è più il solo organo competente a

[598] Sono esclusi da tale novero gli amministratori di sistema e coloro che possono accedere alla base dati del sistema.
[599] Il 54% dei casi analizzati a scopo statistico ha affermato che il comportamento illecito o pericoloso è cessato.

reprimere gli illeciti, ma è affiancato da altre istituzioni con compiti certamente diversi ma strettamente complementari a quelli dei giudici.

Il riferimento è innanzitutto all'Autorità Nazionale AntiCorruzione, nata con l'art. 13 del d. lgs. n. 150/2009 come C.I.V.I.T. (Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche), col compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale, informando annualmente il Ministro per l'attuazione del programma di Governo sull'attività svolta. Originariamente dunque l'Autorità nasceva con compiti di vigilanza su aspetti fondamentali dell'attività amministrativa, cioè la trasparenza e l'integrità, che lambiscono soltanto il tema della corruzione, inerendo più in generale l'efficienza della Pubblica Amministrazione.

La legge n. 190/2012 è intervenuta in materia riconoscendo la C.I.V.I.T. come Autorità Nazionale AntiCorruzione, con la funzione di contrastare e prevenire all'interno dell'amministrazione, tanto il diffuso fenomeno corruttivo quanto quello dell'illegalità, e successivi provvedimenti ne hanno aumentato e ridefinito i compiti[600]. Un approfondimento merita la riforma operata con d.l. 90/2014 che ha eliminato la figura dell'Autorità di vigilanza competente in materia di contratti pubblici di lavori, di servizi e di forniture e ha previsto il riconoscimento delle sue funzioni in capo all'A.N.A.C..

Nel corso della sua storia l'Autorità è stata quindi sempre più svincolata dai compiti relativi alla *performance* (eredità della C.I.V.I.T.) che oggi permangono solo in capo al Dipartimento della funzione pubblica, ma diventa il fulcro dell'intero sistema di lotta alla corruzione[601]. Abbiamo già avuto modo infatti di osservare i diversi compiti che attengono a tale autorità: tra i più importanti ricordiamo la redazione del P.N.A., la gestione delle segnalazioni da parte del

[600] In particolare il d. lgs. 33/2013 ha previsto che l'A.N.A.C. controlli l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, e ancora controlli l'operato dei responsabili per la trasparenza a cui può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni.
[601] MARRA M., *«La disciplina anticorruzione: ruolo e poteri dell'A.N.A.C.». Resoconto della lezione tenuta dal Prof. Francesco Merloni*, in *Giustamm.it*, Anno XII, n.3, 2015.

whistleblower, e i vari ruoli che le sono stati attribuiti recentemente dal nuovo Codice degli appalti.

L'espansione dei poteri dell'A.N.A.C. rientra nella tendenza a creare e aumentare i poteri di sempre più autorità indipendenti, che va diffondendosi nel panorama legislativo italiano legata ad esigenze sempre più avvertite a livello sociale ed economico di una più marcata *deregulation*, realizzata, per lo più, attraverso i processi di privatizzazione e liberalizzazione avviati anche in seguito alle direttive comunitarie.

Abbiamo infatti già citato il ruolo dell'A.G.C.M. nell'attribuzione del *rating* di legalità delle imprese ma notevoli sono anche i compiti della Banca d'Italia, che, insieme all'Unità di Informazione Finanziaria, fa parte del sistema nazionale di prevenzione del riciclaggio che vede le Autorità nazionali collaborare per prevenire e individuare infiltrazioni nell'economia legale dei proventi della criminalità. Sempre più intense ed articolate sono le forme di collaborazione tra la U.I.F. [602] e la magistratura, la cui azione risulta agevolata anche dagli scambi informativi con la rete mondiale delle *Financial Intelligence Units* per la ricerca e il blocco di fondi di provenienza illecita, ma anche con la stessa A.N.A.C., con cui nel 2014 è stato sottoscritto un protocollo d'intesa, proprio allo scopo di porre le basi per migliorare il contrasto del riciclaggio dei proventi della corruzione. La vigilanza, invero, non è finalizzata solo all'emersione di fenomeni di riciclaggio o comunque di irregolarità, ma è volta ad una verifica preventiva del rispetto della normativa antiriciclaggio: ove vengano rilevate delle violazioni, a seconda della gravità può richiamare gli intermediari alla rapida soluzine di eventuali ritardi applicativi, emanare sanzioni amministrativi, segnalare all'autorità giudiziaria le violazioni penalmente rilevanti ed eventualmente emanare anche provvedimenti più gravi quali amministrazioni straordinarie e liquidazioni coatte amministrative.

In generale possiamo affermare che il proliferare delle Autorità indipendenti deriva dalla percezione che la gestione di settori sensibili, coinvolgenti la tutela di interessi di particolare rilevanza,, necessita dell'apporto tecnicamente qualificato di organismi di garanzia indipendenti, muniti cioè di una particolare posizione di

[602] Dalla sua costituzione vi è stato un forte aumento delle segnalazioni, a riprova della maggiore consapevolezza dell'importanza dei presidi di prevenzione del riciclaggio.

terzietà, imparzialità, neutralità e indifferenza rispetto agli interessi stessi[603]. In altri termini le Autorità rispondono all'esigenza di neutralizzazione del Governo degli interessi dagli apparati dell'ordinaria vita amministrativa, derivano dal percepito fallimento dell'organizzazione amministrativa classica e del potere giudiziario in sede di gestione e regolazione di settori sensibili.

In particolare la nascita dell'A.N.A.C. è quindi sintomo di un rinnovato interesse per il tema dell'anticorruzione, a cui consegue l'interesse a convogliare in un'unica direzione tutte le misure necessarie per il contrasto, in via preventiva e repressiva, di questi fenomeni criminali.

3.3.3 Continuità aziendale e riappropriazione della cosa pubblica.

C'è un ultimo tema che merita attenzione nell'ottica di una lotta sinergica ai fenomeni corruttivi e in generale alle infiltrazioni criminali nel mondo dell'economia e dell'amministrazione. Abbiamo già segnalato la tendenza, nata in sede di contrasto alla criminalità mafiosa ma poi dilagata anche in altri settori, a colpire i patrimoni degli autori degli illeciti, e come lo strumento principe sia la confisca che ha visto allargare il proprio ambito di applicazione sia oggettivo che soggettivo. È quindi cresciuto sempre di più il valore dei beni confiscati, e tra questi, il numero delle aziende e delle attività imprenditoriali[604], le quali il più delle volte nascono *ab origine* come frutto di proventi illeciti, anche se possono svolgere attività formalmente lecite, ovvero di imprese strumentali al riciclaggio o reimpiego di capitali, o ancora di imprese che inizialmente operavano in maniera legale, ma i cui interessi si sono poi compenetrati talmente con quelli delle cosce mafiose che il loro patrimonio e la loro attività devono essere considerati frutto o reimpiego di attività illecite.

Accanto a questa che è l'ipotesi base del contrasto ai patrimoni illeciti delle organizzazioni mafiose e non solo, sono state introdotte nel nostro ordinamento

[603] LONGO F., *Ragioni e modalità dell' istituzione delle autorità indipendenti*, in CASSESE S-FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

[604] Il più delle volte tali imprese operano in settori a non elevato contenuto tecnologico, quali attività edili, movimento terra, smaltimento rifiuti, grande distribuzione ecc…, caratterizzati da forme ridotte di concorrenza o nei quali, come nel caso degli appalti pubblici, è decisiva una forte capacità di interrelazione con i poteri politico – istituzionali.

altre misure di carattere non ablativo, che tendono a "curare" le imprese a rischio di contaminazione. Misure di questo genere mirano sempre a "guarire" dalla corruzione, o in generale dalla illegalità, e allo stesso tempo risolvono il problema delle tensioni che il diritto penale, inevitabilmente rigido, subisce quando entra in contatto con il mondo dell'economia, caratterizzato da continui cambiamenti, e dal fatto che la realtà criminale non si esaurisce nell'alternativa impresa sana/impresa mafiosa o collusa. Constatiamo infatti sempre più spesso l'esistenza di imprese che non sono mafiose, ma con queste organizzazioni hanno rapporti, così come aziende che non vivono di corruzione ma ne accettano un *quantum*. In questi casi non è conveniente (*rectius* possibile) ricorrere agli strumenti ablativi, come il sequestro o la confisca, ma è meglio ricorrere a misure più mirate e selettive, senza escludere che l'esito finale possa essere comunque quello della confisca.

Il primo di questi innovativi strumenti è l' "amministrazione giudiziaria" prevista dall'art. 34 del Codice antimafia, applicabile quando ricorrono sufficienti elementi di fatto per ritenere che il libero esercizio di attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, agevoli l'attività delle persone nei cui confronti sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per uno dei delitti di cui agli artt. 416-*bis*, 629, 630, 644, 648-*bis*, 648-*ter* c.p.: in questi casi il tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, anche indirettamente, per lo svolgimento di quelle attività. Non rileva dunque l'origine o la disponibilità delle attività economiche[605], bensì il potenziale asservimento delle stesse ai disegni dei soggetti indicati, facendo emergere ancora una pericolosità autonoma dei beni. L'art. 34 non è finalizzato a preparare e assicurare una futura confisca, che resta comunque possibile, ma a interrompere le attività agevolatrici e di prevenirne altre mediante un intervento diretto sull'amministrazione che non si deve limitare alla mera gestione, ma deve tendere anche alla rimozione delle condizioni che hanno determinato il provvedimento. È misura temporanea[606] che si può concludere con la revoca *sic et simpliciter* della stessa se ne vengono meno le condizioni, con la

[605] Non a caso l'art. 34 prevede come condizione negativa che nei confronti dei titolari delle attività non ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione.
[606] La misura è disposta per sei mesi prorogabili fino a dodici.

confisca dei beni laddove si debba ritenere che essi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, ovvero ancora con il ripristino della gestione ordinaria affiancata da un controllo giudiziario. Vi è dunque la possibilità di salvare le imprese di per sé sane ma condizionate dalla criminalità organizzata, affinché possano riprendere in tempi brevi ad operare nel rispetto della legalità.

A ben vedere si tratta di una misura analoga alla "sospensione temporanea dell'amministrazione" prevista *ex* artt. 3-*quater* e 3-*quinques* della l. 575/1965, introdotti con l. 356/1992, a seguito delle stragi di Capaci e via d'Amelio, che aveva avuto poche e poco significative applicazioni perché, nelle realtà geografiche di tipica espressione mafiosa era ben difficile che si verificassero le condizioni previste dalla legge. Infatti nelle regioni meridionali, caratterizzate dall'elevatissima capacità di condizionamento delle organizzazioni criminali, era un'ipotesi solo teorica quella della impresa velatamente contaminata, essendo di gran lunga più probabile che le attività economiche rientrassero comunque nella disponibilità dell'associato mafioso, se non addirittura che il titolare stesso fosse un membro del sodalizio, magari a titolo di concorso esterno.

La situazione è cambiata quando l'attenzione della magistratura si è focalizzata su multinazionali e grandi banche in rapporti economici con la 'ndrangheta e le altre organizzazioni criminali presenti in Lombardia ed altre regioni del nord, o sui consorzi di cooperative di rilevanza nazionale coinvolte nella vicenda di Mafia capitale. In siffatte ipotesi vi erano uno o più soggetti operanti all'interno delle imprese e disponibili ad entrare in rapporti di affari con i sodalizi criminali, ma ciò non comprometteva l'origine e la formazione legale dell'azienda: ferme restando le responsabilità dei singoli, il "livello di inquinamento" non giustifica i provvedimenti di sequestro e confisca, essendo possibile e conveniente "curare" le imprese. Proprio questi casi sono il terreno di elezione per l'applicazione dell'art. 34 del Codice antimafia, probabilmente anche per le dimensioni delle attività economiche interessate, per la loro complessità organizzativa e per l'estraneità ai territori tradizionalmente mafiosi.

Un'ulteriore analogia può cogliersi con l'istituto del Commissario giudiziale previsto dal d. lgs. 231/2001., come misura sostitutiva dell'interdizione soltanto in relazione ad enti che svolgono un pubblico servizio o un servizio di pubblica

necessità, o quando si tratti di evitare rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Nonostante le differenze nelle condizioni applicative, la logica e la finalità dei due istituti è la stessa: evitare il sequestro di aziende in casi in cui non si potrà poi giungere alla confisca e contemporaneamente evitare che, in casi in cui potrebbe essere sufficiente un tempestivo intervento giudiziario che conduca alla bonifica dell'attività, i fenomeni di contiguità tra imprese e mafie degenerino in modo definitivo[607].

Sul piano preventivo/interdittivo si pone invece la documentazione antimafia, introdotta nel 1982 ma oggetto di continui interventi fino all'attuale disciplina prevista dal 2014 con il Codice antimafia. In questa sede rileva l'informazione interdittiva che consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate[608]. Situazioni del genere sono desunte da una serie di provvedimenti giudiziari per gravi reati[609] ritenuti di particolare rilievo sintomatico, nonché dagli accertamenti disposti dal prefetto, ovvero dai mutamenti nella composizione della compagine societaria o degli organi sociali. Con tale misura si impedisce al soggetto destinatario di stipulare contratti, ottenere autorizzazioni e concessioni e, in generale, avere rapporti giuridici per un valore complessivo superiore ai 150.000 Euro, con la Pubblica Amministrazione, gli enti pubblici e le aziende vigilate o comunque controllate dallo Stato o da altri enti pubblici, paralizzando di fatto i rapporti tra l'amministrazione e il destinatario. Tuttavia confrontando questo strumento con l'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34, emerge una situazione paradossale in quanto da un lato i requisiti per l'applicazione dell'interdittiva sono oggettivamente meno gravi in quanto costituiscono una tutela anticipata [610] rispetto a quelli previsti per l'amministrazione giudiziaria[611], dall'altro però gli effetti della prima sono molto più gravi per l'impresa destinataria paralizzandone l'attività. Occorre quindi valutare correttamente la situazione di fatto per comprendere quale misura sia

[607] PIGNATONE G., *Mafia e corruzione*, cit. p. 5
[608] Cfr. art. 84 co. 3 del Codice antimafia.
[609] Tra questi si ricordano a titolo esemplificativo quelli di cui agli artt. 353 ("turbata libertà degli incanti") e 353-*bis* ("Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente") c.p..
[610] Ricordiamo infatti che essa è applicabile qualora vi siano "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa".
[611] Per tale ultima misura è necessario che vi sia l'"agevolazione dell'attività del mafioso".

meglio applicare. È verosimile infatti che il permanere dell'interdittiva possa portare alla cessazione dell'attività, se questa si basi sui rapporti con le amministrazioni, con il conseguente licenziamento di dipendenti. Tali conseguenze negative non possono di per sé costituire un *discrimen* per l'applicazione di un provvedimento amministrativo o giudiziario ma non possono neppure ignorarsi *tout court*, reclamando invece una particolare attenzione specie quando l'ordinamento mette a disposizione molteplici strumenti per rispondere alle varie esigenze.

In definitiva la lotta ai patrimoni illeciti resta un aspetto fondamentale nella lotta alla criminalità organizzata e alla corruzione, ma oggi il legislatore predispone molteplici strumenti in tal senso, non più limitati alla confisca e al sequestro, che permettono anche di salvare le aziende, permettendo un ripristino dell'attività nel rispetto della legalità, secondo una filosofia analoga a quella che mira alla restituzione dei beni confiscati alla mafia alla comunità: non solo distruzione del patrimonio criminale, ma riappropriazione del bene, rinascita nel rispetto della legalità.

3.3.4 L'agente provocatore o, per meglio dire, operazioni sotto copertura: vantaggi e limiti

Con la nozione di "agente provocatore" s'intende, tradizionalmente, la figura di colui il quale, nella veste di appartenente alle forze dell'ordine od anche di privato cittadino, fingendo di essere d'accordo con altra persona, la induce a commettere un reato, spinto dal movente di denunciare o far cogliere in flagranza, o comunque far scoprire il provocato dall'Autorità.

Il vero sviluppo della figura dell'agente provocatore si ebbe in Francia, durante il XVII- XVIII secolo, dove il dispotismo di Stato forgiò la classe dei delatori privati, incaricati di acquisire prove a carico di soggetti che cospirassero contro l'ordine statale.

Questi erano privati cittadini che spiavano i loro concittadini, sospettati di essere contrari all'indirizzo politico dominante, per poi denunciarli all'autorità, ricevendo in cambio dei benefici. In seguito, l'istituzione dei delatori privati fu sostituita dall'organizzazione della polizia segreta, con le stesse funzioni dei delatori privati, ma le informazioni vennero assunte, non più per acquisire

benevolenza presso l'autorità, bensì nell'adempimento di un dovere pubblico.

Dalla metà dell'Ottocento in poi, l'esperienza, che fino a quel momento era solo francese, "contagia" l'Europa, e la tematica inizia ad essere affrontata sul piano teorico-giuridico da studiosi tedeschi, italiani e russi.

Proprio l'apporto della dottrina tedesca, ha portato per la prima volta a tratteggiare una figura ampia di agente provocatore non vincolata esclusivamente ai reati politi, ma caratterizzata dalla mancanza d'interesse nell'istigatore alla realizzazione degli effetti tipici del reato: il suo fine consiste nella denuncia della persona provocata.

Ne deriva una classificazione che porta a definire l'agente provocatore come "chiunque determina o istiga altri al reato perché vuole che questi venga preso sul fatto e punito".

In presenza di un nesso di causalità fra la condotta istigatoria e la realizzazione del fatto tipico di reato, la dottrina maggioritaria è propensa a ritenere lo stesso agente, punibile in qualità di "compartecipe morale nel reato", a nulla giovando un intento moralmente encomiabile qualora la condotta fosse stata, di fatto, fondamentale per la realizzazione dell'illecito.

Con l'entrata in vigore del Codice Rocco, si sviluppò un filone giurisprudenziale al quale va ricondotto il merito di aver riconosciuto l'esistenza stessa dell'agente provocatore come figura autonoma, attraverso l'indicazione di come deve essere considerato il suo operato.

La Cassazione, nel 1943, giunse ad una distinzione fra l'agente provocatore e l'istigatore. Secondo questa ricostruzione, i giudici di legittimità definiscono l'agente provocatore chi ‹‹si camuffa da delinquente per accertare od impedire il crimine in itinere››; mentre nella figura dell'istigatore va ricompreso chi ‹‹opera unicamente per determinare l'altro a un delitto che, senza il suo intervento, non sarebbe stato commesso››.

Giunti alla metà del ventunesimo secolo, la giurisprudenza continua ad occuparsi della figura dell'agente provocatore considerato prevalentemente come acquirente simulato.

L'attenzione si concentra sul provocato la cui condotta, per quanto condizionata dall'istigatore, è ritenuta fonte di piena responsabilità: accertata la volontà di delinquere e l'idoneità degli atti di disposizione del bene la cui vendita è vietata, l'illecito è considerato consumato.

È in questo momento che si assiste alla "polverizzazione" della nozione di agente provocatore, seguito all'abbandono da parte di dottrina e giurisprudenza maggioritaria della prospettiva di una collocazione del fenomeno nell'ambito della compartecipazione nel reato.

Con il venir meno dei classici elementi costitutivi, tra cui anche la stessa finalità di provocazione del reato, inizia a vacillare pure la propensione ad individuare una nozione unitaria dell'agente provocatore.

Ad accentuare questa evoluzione contribuisce l'affiancarsi di una nuova figura che si potrebbe definire parallela a quella del provocatore: l'infiltrato; colui che, celando la propria identità, s'inserisce all'interno di organizzazioni criminali allo scopo di scoprirne la struttura, sottrarle risorse essenziali, denunciare i partecipanti. Caratteristica di questa figura è la mancanza di una necessità di provocazione del reato, poiché l'agente s'inserisce in un tessuto criminale in cui i delitti sono già stati pianificati e si compirebbero a prescindere dalla sua presenza.

In questo periodo possono così delinearsi tre diverse tipologie di agente provocatore: il fictus emptor, utilizzato dalle autorità per contrastare fenomeni criminali molto diffusi, quali la compravendita di preziosi, il traffico d'armi e, successivamente, lo spaccio di stupefacenti; la c.d. finta vittima nei delitti di relazione, si tratta di un agente di polizia che finge di farsi truffare aderendo alle proposte del soggetto attivo e che manifesta la propria identità solo in un momento successivo al fine di trarre in arresto il reo; il "partecipe necessario" in materia di reati associativi. Ma da qui in poi si dipartirà un dibattito sul tenore letterale dell'art. 416 c.p. – il quale prevede che ad associarsi debbano essere almeno tre individui affinché possa manifestarsi la fattispecie delittuosa – discutendosi, in particolare, se l'accordo illecito sia ravvisabile nell'ipotesi in cui l'infiltrato sia compreso nel numero minimo di soggetti necessari per la sussistenza del reato.

Successivamente, fra gli anni settanta e ottanta, si sviluppa un nuovo orientamento giurisprudenziale che contribuisce all'affermarsi della figura dell'agente infiltrato.

Per la prima volta, l'attenzione dei giudici non è più incentrata esclusivamente sulla responsabilità del provocato, ma si inizia concretamente ad affrontare il problema della responsabilità dell'agente provocatore e dei suoi limiti operativi, cercando di individuare quali debbano essere i margini entro cui

l'attività di tale soggetto possa essere considerata lecita e, di conseguenza, indicando quali straripamenti possa comportare la punibilità del provocatore.

I giudici di legittimità, nel 1969, elaborarono così un principio che va considerato un vero e proprio punto di svolta nella disciplina dell'agente provocatore– tutt'oggi operante e mai 282 contraddetto in seno alla Suprema corte – secondo cui l'agente ‹‹non è punibile quando il suo intervento è indiretto e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto che deve essere, esclusivamente, opera altrui››. In presenza dei suddetti limiti, si ritiene possibile legittimare la condotta dell'agente alla luce della scriminante dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p. La ratio consiste nel giustificare il comportamento dell'agente che abbia adempiuto fedelmente agli ordini ricevuti e si sia adoperato per impedire il reato, contribuendo all'arresto dei colpevoli (Cassazione 1980).

All'interno di questi limiti, se la scriminante dell'adempimento del dovere è, quindi, invocabile solo quando l'intervento dell'agente provocatore – rectius infiltrato – sia indiretto e marginale, lo stesso risponderà invece a titolo di concorso qualora la sua condotta si inserisca con rilevanza causale rispetto al fatto commesso dal provocato, tanto da consentire che l'evento delittuoso si realizzi.

Poste queste premesse, si considera lecita l'attività che consista in una mera osservazione ovvero che si limiti a facilitare il verificarsi del delitto, purché il bene giuridico sia sempre tenuto sotto controllo al fine di evitare ogni possibile offensività del fatto antigiuridico. Al contrario, è ritenuta illecita la condotta determinante per l'avverarsi dell'evento criminoso e in queste fattispecie la giurisprudenza, nel considerare inequivocabilmente punibile l'agente, si rifà alla risalente dottrina dell'agente provocatore come concorrente morale o materiale. Viene così tracciata una linea di confine fra le condotte provocatorie giustificate ex art. 51 c.p. ed i comportamenti illegittimi, riferibili tanto ad ufficiali di polizia che violino indiscriminatamente i principi dell'ordinamento giuridico con il pretesto di proteggerli, quanto a "collaboratori di giustizia" che nel perseguire un illecito vantaggio personale, tradiscono la fiducia in loro riposta dalle istituzioni.

Solo negli anni novanta, per la prima volta, il legislatore prenderà espressamente posizione in questa materia lasciata per lunghissimo tempo unicamente all'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, attraverso l'emanazione di una serie di normative specifiche che, tuttavia, saranno ben lungi dal dirimere le numerose problematiche legate alla controversa figura dell'agente

provocatore.

Il particolare strumento investigativo costituito dall'infiltrazione di polizia attraverso operazioni sotto copertura si pone sulla linea, dai margini non ben definiti, che separa l'attività di prevenzione da quella di repressione dei reati. Le norme disciplinanti sono tutte contenute in disposizioni extracodicistiche emanate per far fronte all'esigenza di fronteggiare l'escalation di determinati reati, in considerazione del grave allarme sociale connesso alla perpetrazione degli stessi.

Si tratta, degli articoli 97 e 98 TULS relativi al traffico di stupefacenti, dell'art. 12- quater della l. 356/92 in materia di ricettazione e riciclaggio, dell'art. 14 l. 269/98 per reati aventi ad oggetto lo sfruttamento della prostituzione, della pedo-pornografia ed il turismo sessuale a danno dei minori e dell'art. 4 l. 438/01 concernente misure urgenti per contrastare il terrorismo internazionale.

Queste disposizioni non si sono limitate ad introdurre la possibilità di ricorrere all'agente sotto copertura così come delineato in dottrina o in numerose pronunce giurisprudenziali, ma sono volte, ciascuna con proprie caratteristiche peculiari, a configurarne i limiti di esistenza nonché a disciplinarne l'utilizzo. Tutto ciò, se da un lato ha sciolto, sotto il profilo strettamente normativo, alcuni dubbi sorti in merito alla legittimità del ricorso a tale strumento, dall'altro ha posto all'attenzione di studiosi e pratici il problema dell'esistenza di una figura unitaria di agente sotto copertura.

Difatti, la stessa denominazione esclusiva di agente provocatore non appare più rispondente alle nuove forme di attività investigativa introdotte sin dai primi anni novanta: così, riuscire a distinguere la figura dell'agente provocatore dall'agente infiltrato non acquisisce un valore meramente concettuale, ma si rivela fondamentale per valutare la legittimità stessa dell'indagine undercover.

Quando parliamo di "agente infiltrato" si indica una tecnica di indagine, per cui un collaboratore o appartenente alle Forze di Polizia, pone, nell'ambito di un'attività investigativa ufficiale, una condotta di mera osservazione o di contenimento dell'eventuale attività illecita.

L'agente infiltrato s'inserisce in una o più attività penalmente illecite o rilevanti col solo obiettivo di raccogliere prove su reati a carico di persone che li abbiano commessi; in altre parole, l'obiettivo della sua attività è cogliere in flagranza i responsabili di uno o più delitti, senza però assumere un ruolo attivo.

L'"agente provocatore", invece, è colui che pur trovandosi nelle stesse

condizioni dell'agente infiltrato, a differenza del primo, pone in essere una condotta "attiva", ossia di induzione, ideazione di uno o più fatti penalmente illeciti.

Entrambe le figure possono utilizzare, nel rispetto delle norme che le disciplinano, azioni sotto copertura, chiamate anche azioni simulate. È possibile, infatti, che l'agente infiltrato svolga attività di provocazione del reato (acquisti e consegne simulate, riciclaggio, ecc.), o che l'agente provocatore impieghi le modalità operative tipiche dell'infiltrato (falsa identità, documenti di copertura).

Si viene a delineare, pertanto, un agente che non assolve esclusivamente alla funzione di infiltrato o si limita ad eccitare al reato un soggetto che compie abitualmente tale attività, ma un ufficiale di polizia dotato di particolari competenze tecnico-professionali che si può onnicomprensivamente definire "agente sotto copertura". Ad ogni modo occorre precisare come, anche in passato, non siano mancati tentativi di ricondurre le due figure all'interno della medesima categoria concettuale, pur in assenza di dati normativi certi cui fare riferimento.

Il delicato strumento investigativo e professionale dell'agente sotto copertura è stato, negli ultimi decenni, disciplinato da singole disposizioni legislative, spesso discordanti. Il legislatore spinto dalle nuove emergenze criminali, è stato costretto a definire meglio queste nuove metodologie di investigazione, poi recepite, disciplinate e imposte anche a livello europeo, avviando un audace tentativo di reductio ad unitatem di tutte le disposizioni contemplate dalle singole legislazioni di settore che fanno riferimento a specifici contesti criminali.

Oggi, l'utilizzo dell'attività undercover, trova un proprio autonomo statuto nella legge 16 marzo 2006 n. 146 sorta dopo un lungo e tormentato iter parlamentare, che, nel ratificare la Convenzione ed i protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transazionale – tenutasi a Palermo nel dicembre 2000 –, ha razionalizzato e coordinato la disciplina con la normativa previgente introducendo, per mezzo dell'art. 9, il c.d. "statuto delle operazioni sotto copertura".

In verità, dopo questa importante opera di rinnovazione del quadro legislativo, risultano ancora in vigore, in quanto non espressamente abrogate, alcune tra le più importanti normative sulla materia de qua, rendendo necessaria un'opera analitica dell'interprete volta a verificare prima, quali norme si pongono

al di fuori dello "statuto", poi se e quali differenze possano eventualmente intercorrere tra le azioni sotto copertura regolate ad hoc e la normativa che possiamo oramai definire "generale".

La norma che scrimina le attività sotto copertura in materia di lotta contro il traffico degli stupefacenti è prevista dall'art. 97 D.P.R. 309/90, articolo che costituisce la risultante normativa della elaborazione giurisprudenziale e dottrinaria concernente la responsabilità penale del c.d. agente provocatore cioè di colui che provoca un delitto al solo fine di assicurare il colpevole alla giustizia. Tale figura è stata tradizionalmente studiata nell'ambito del concorso di persone nel reato in particolare, quale forma di istigazione a commettere il delitto, includendola nel concorso morale perché l'attività tipica dell'agente consiste nel rafforzare o suscitare in altri un proposito criminoso già esistente.

Si tratta, nella maggioranza dei casi, di appartenenti alle forze dell'ordine che si prefiggono l'obiettivo di raccogliere prove da utilizzare contro organizzazioni criminali o comunque di attività dirette alla scoperta di gravi reati.

La dottrina tradizionale riconosce la responsabilità penale dell'agente provocatore sulla base del rilievo che l'intenzione di denunciare gli autori di un reato nel nostro ordinamento non assume efficacia scriminante non potendosi comunque ammettere un comportamento che, oggettivamente e soggettivamente, ha contribuito a ledere o mettere in pericolo un bene giuridico.

Sulla linea di tale interpretazione la giurisprudenza afferma che – in applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere prevista dall'art. 51 c.p. e di quanto dispone l'art. 55 c.p.p. che fa obbligo alla polizia giudiziaria di assicurare le prove dei reati e di ricercarne i colpevoli – l'agente provocatore deve andare esente da pena soltanto nei casi in cui la sua opera si risolva soltanto in osservazione, controllo e contenimento delle azioni illecite altrui.

Esula quindi dall'area coperta dalla scriminante ogni attività, materiale o morale, che abbia contribuito alla realizzazione del reato e quindi anche l'attività dell'istigatore in senso stretto e, a maggior ragione, quella del determinatore, o dell'infiltrato, le cui condotte hanno portata sicuramente più ampia e varia rispetto a quella della semplice istigazione e sono tutte riconducibili nella sfera della oggettiva illiceità penale. In questi termini ed anche sui rapporti esistenti tra la scriminante speciale prevista dall'art. 97 D.P.R. 309/90 e la causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p. la Cassazione con sentenza 11 aprile 1994

n. 6425 ha stabilito che "fuori dalle ipotesi disciplinate dall'art. 97 D.P.R. 309/90, l'attività del c.d. agente provocatore che, d'accordo con la polizia giudiziaria, propone ad uno spacciatore e realizza la compravendita di droga al fine di farlo arrestare, è del tutto fuori dalla sfera di operatività dell'art 51 c.p. , ossia dell'adempimento di un dovere di polizia giudiziaria. Non può farsi discendere dall'obbligo della polizia giudiziaria di ricercare le prove dei reati e di assicurare i colpevoli alla giustizia l'esclusione, ex art. 51 c.p., dell'agente provocatore di polizia giudiziaria, giacché è adempimento di un dovere (ex art. 55 c.p.p.) perseguire i reati commessi, non già suscitare azioni criminose al fine di arrestarne gli autori".

La dottrina più recente ha invece ritenuto che l'agente provocatore non debba essere punito per "mancanza di dolo" quando agisca al solo scopo di assicurare i colpevoli alla giustizia e non abbia neppure accettato il rischio della commissione del reato avendo agito nella convinzione che questo non si sarebbe consumato.

Le ipotesi della provocazione che la dottrina risolveva sul terreno della colpevolezza o quelle ritenute giustificate dalla giurisprudenza restavano tuttavia molto lontane dalla fenomenologia ricorrente nella prassi delle indagini più complesse, ove il c.d. agente provocatore, non poteva limitarsi ad es. all'acquisto, condotta riconducibile ad un messaggio latu senso istigatorio, esigendo la ricerca della prova una penetrazione più ampia in strutture organizzate altrimenti impermeabili, con la realizzazione di condotte ben più poderose ed oggettivamente illecite.

Il legislatore, a partire dagli anni 90, sotto la spinta del diritto internazionale convenzionale, ha introdotto nel nostro ordinamento, cause di giustificazione speciali proprio allo scopo di autorizzare attività di polizia giudiziaria che mai avrebbero potuto essere ricondotte nella figura dell'agente provocatore, scriminata secondo la giurisprudenza, dall'art. 51 c.p. negli angusti limiti sopraindicati.

Rispetto a queste cause di giustificazione speciali la scriminante prevista dall' art. 51 c.p., fatta oggetto di esplicita riserva legale con la locuzione "fermo il disposto dell'art. 51 codice penale", opera quindi in via residuale e sussidiaria ove, per qualche motivo, non risulti applicabile l'esimente speciale nel tentativo di rendere comunque più ampia l'area di intervento della polizia giudiziaria. Ed, in effetti, le numerose ipotesi di "attività sotto copertura" introdotte nel nostro

ordinamento appaiono riconducibili alla scriminante indicata dall'art. 51 c.p. perché tutte prevedono un obbligo di agire per l'ufficiale di polizia giudiziaria derivante da un ordine legittimo della pubblica autorità, tuttavia, contengono elementi specializzanti diretti ad introdurre controlli e cautele per coloro che risultino "autorizzati" a commettere gravi reati e ad ampliare la sfera di operatività loro consentita. Gli elementi comuni a tali esimenti speciali possono riassumersi: nella possibilità di applicare tali scriminanti soltanto a coloro che appartengono alle unità specializzate (l'eccezione era originariamente prevista solo nel caso della legge 15 dicembre 2001 n. 438 in materia di contrasto del terrorismo internazionale ove vi era la possibilità per l'ufficiale di P.G. di avvalersi di "interposta persona" : tale limite è stato oggi superato dall'art. 97 D.P.R. 309/90 come riformulato dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49 che prevede la possibilità per l'ufficiale di P.G. di avvalersi di "ausiliari ed interposte persone", nonché dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146, che ha abrogato, riformulandole, tutte le previsioni speciali di attività sotto copertura, introducendo in tutti casi la possibilità dell'ufficiale di p.g. di avvalersi di ausiliari e di persone interposte);

nella necessità che l'attività sotto copertura sia eseguita in esecuzione di operazioni disposte da particolari organismi di livello centrale o provinciale (ma d'intesa con i primi) 287

preposti istituzionalmente al contrasto del fenomeno criminale che si intende reprimere al fine di impedire iniziative di carattere personale come tali fuori controllo possibile fonte di abusi o potenzialmente pericolose e comunque per garantire un efficace coordinamento tra le forze di polizia impegnate nell'azione di contrasto; nella necessità che l'attività sotto copertura sia svolta al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti specificamente previsti dalle norme autorizzatrici; nella necessità che tale attività venga svolta con il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria sotto la forma della necessità dell'informazione preventiva o quantomeno dell'immediata comunicazione al P.M..

La prima esimente speciale per l'agente provocatore o infiltrato è stata introdotta proprio in materia di delitti concernenti le sostanze stupefacenti dall' art. 25 legge 26 giugno 1990 n. 162 che ha interpolato gli artt. 84 bis e 84 ter alla legge 22 dicembre 1975 n. 685. Tali norme costituivano il recepimento nel nostro ordinamento dell'art. 11 della convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico di

stupefacenti approvata a Vienna il 20 dicembre 1988 ratificata in Italia con legge 5 novembre 1990 n. 328. Immediatamente dopo, con l'approvazione del D.P.R. n. 309/1990 quelle norme sono diventate gli artt. 97 e 98 del citato D.P.R. che hanno disciplinato, oltre al ritardo o all'omissione degli atti di cattura, di arresto o di sequestro, per quanto specificamente ci occupa, la specifica ipotesi dell'acquisto simulato di droga.

Sempre alla tradizionale figura dell'agente provocatore fa riferimento l'art. 7 del D.L. 15 gennaio 1991 n. 8 convertito con modificazioni nella legge 15 marzo 1991 n. 82 (norma tuttora vigente) che prevede che quando è necessario acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili del delitto di sequestro a scopo di estorsione, il pubblico ministero può richiedere che venga autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate di pagamento del riscatto. Ai medesimi fini il PM può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo dell'indiziato del delitto o del sequestro.

Norma analoga, anche se solo in parte, è stata introdotta dall'art. 10 del D.L. 31 dicembre 1991 n. 419 convertito con modificazioni nella legge 18 febbraio 1992 n. 172 successivamente interpolata dall' art. 8 comma 2 della legge 7 marzo 1996 n. 108 e dall'art. 8 comma 1 della legge 11 agosto 2003 n. 228 recante misure contro la tratta di persone. Tale norma prevedeva (è stata infatti ora abrogata dall'art. 9 della legge 146 /2006) che quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per la individuazione o cattura dei responsabili dei delitti di cui agli artt. 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quinques, 601, 602, 629, 644, 648 bis e 648 ter del c.p. e di cui all'art. 3 della legge 20 febbraio 1958 n. 75, il PM può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo dell'indiziato del delitto o del sequestro. Per gli stessi motivi gli ufficiali di polizia giudiziaria possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente al pubblico ministero, competente per le indagini.

Più specificamente riferibile alla figura dell'agente provocatore appare la scriminante introdotta dall'art. 12 quater del D.L. 8 giugno 1992 n. 306 convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992 n. 356 (anch'essa abrogata dall'art. 9

della legge 146 /2006) che stabiliva, ferma l'applicabilità dell'art. 51 codice penale, la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria della D.I.A. o dei servizi centrali o interprovinciali delle forze di polizia (ora soppresso ad eccezione del R.O.S. Carabinieri) che, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli artt. 648 bis e 648 ter c.p. procedono alla sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da taluno dei delitti indicati nei suddetti articoli o altrimenti procedono in modo da ostacolarne l'identificazione della provenienza ovvero in modo da consentirne l'impiego. Il secondo comma della disposizione in esame stabilisce che i medesimi soggetti non sono punibili quando, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi, acquistano ricevono od occultano o comunque si intromettono nel far acquisire ricevere od occultare le armi, le munizioni o gli esplosivi. Delle operazioni è data immediata notizia alla autorità giudiziaria che, con decreto motivato, può differire il sequestro del denaro, dei beni o delle altre utilità, ovvero delle armi, delle munizioni o degli esplosivi fino alla conclusione delle indagini.

Ancora l'art. 14 della legge 3 agosto 1998 n. 269 – che detta norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori quali nuove forme di riduzione in schiavitù – prevedeva (il comma 4 è stato abrogato dall'art. 9 della legge 146 /2006) che gli ufficiali di P.G. delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, possono, nell'ambito di operazioni disposte dal questore o dal responsabile almeno provinciale dell'organismo di appartenenza, previa autorizzazione della autorità giudiziaria, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli artt. 600 bis primo comma, 600 ter commi primo, secondo e terzo, e 600 quinques c.p., 289 procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione nonché partecipare alle iniziative turistiche presumibilmente organizzate per lo sfruttamento sessuale minorile. Inoltre l'organismo di polizia preposto svolge, su richiesta motivata dell'autorità giudiziaria le attività occorrenti per il contrasto dei medesimi delitti anche utilizzando indicazioni di copertura per attivare siti nelle reti di telecomunicazioni disponibili al pubblico, realizzare e gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici ovvero per partecipare ad esse. Anche in tal caso l'autorità giudiziaria può, con decreto motivato ritardare

l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto o sequestro quando sia necessario per acquisire elementi probatori ovvero per la individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di sfruttamento sessuale minorile sopra indicati.

Di particolare rilievo risulta altresì la previsione di una analoga causa di giustificazione in materia di terrorismo internazionale introdotta dal D.L. 18 ottobre 2001 n. 374 convertito nella legge 15 dicembre 2001 n. 438 che, all'art. 4 (abrogato dall'art. 9 della legge 146 /2006) stabiliva la non punibilità degli ufficiali di P.G. che, in esecuzione di specifiche operazioni di polizia, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi per finalità di terrorismo, anche per interposta persona, acquistano, sostituiscono, ricevono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della provenienza o ne consentono l'impiego. Gli ufficiali ed gli agenti di P.G. destinati al servizio possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero.

Ancora con decreto legge 14 settembre 2004 n. 241 convertito nella legge 12 novembre 2004 n. 271 è stata estesa la scriminante introdotta dalla legge 11 agosto 2003 n. 228 sopra citata (e come detto oggi abrogata previa riformulazione) – contenente misure contro la tratta delle persone – ai delitti previsti dall'art. 12 comma 3 del D.lgs 25 luglio 1998 n. 286 che incriminano il favoreggiamento della immigrazione clandestina con finalità di profitto.

La ricognizione sommaria del quadro normativo sopra enucleato consente di ritenere che il legislatore ha fatto ricorso allo strumento dell'agente provocatore, con normativa di settore, introdotta ogni qual volta abbia riconosciuto l'insufficienza dei metodi investigativi tradizionali rispetto alle aspettative collettive di repressione di fenomeni criminali difficili da scandagliare ed idonei a suscitare crescente allarme sociale.

Tale disorganica normativa è stata ricondotta ad unità con la recente legislazione ed in particolare con la riformulazione dell'art. 97 del T.U. in materia di stupefacenti, elaborata con D.L. 30 dicembre 2005 convertito in legge 21 Febbraio 2006 n. 49 e con la di poco successiva norma inserita all'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146, che ne ricalca (se pure con alcune differenze ad es. in

tema di coinvolgimento dell'A.G.) lo schema e la disciplina (le due norme recano infatti lo stesso titolo: attività sotto copertura) ampliando, l'ambito delle attività sotto copertura non punibili con una disciplina di valenza pressoché generale ed applicabile a tutti quei settori criminali già interessati dalle specifiche previsioni prima enunciate.

L'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146 prevede infatti una speciale causa di non punibilità per gli ufficiali di P.G. appartenenti alle strutture specializzate o alla DIA, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli artt. 648 bis e ter, dal titolo XII capo III Sez. I del libro II del c.p. (artt. 600, etc.), delitti concernenti armi, munizioni ed esplosivi, delitti in materia di immigrazione clandestina, di prostituzione, nonché delitti commessi con finalità di terrorismo, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego. Tale ipotesi di non punibilità detta una nuova, più ampia e dettagliata disciplina che si applica in tutti quei settori ove il legislatore era intervenuto a partire dagli anni 90, con l'introduzione delle varie ipotesi di esimenti speciali prima elencate (ad eccezione di quella prevista dall'art 97 D.P.R. 309/90). Ed infatti tutte quelle norme sono state espressamente abrogate di modo che oggi la regolamentazione dell'attività sotto copertura, quale che sia il settore di criminalità ove si intende ed è consentito intervenire (ossia quelle indicate nell' art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146 e nell'art. 97 T.U. stupefacenti quale riformulato con l. 49/2006), risponde ad un modello sostanzialmente unitario, ove più ampie sono le facoltà e gli strumenti affidati alle forze di polizia.

L'art. 97 nella nuova formulazione è stato rubricato "attività sotto copertura" laddove la vecchia norma risultava titolata "acquisto simulato di droga". Si è inteso, infatti, in primo luogo ampliare il novero delle condotte sussumibili nella scriminante e quindi l'ambito di operatività della stessa allo scopo di dare maggiore sicurezza agli operatori di polizia e di risolvere alcune questioni che si erano poste nella vigenza della vecchia disciplina in ordine alla attività prodromiche o strumentali al vero e proprio acquisto simulato. La norma, 291 infatti, ora prevede la non punibilità degli ufficiali di P.G. addetti alle

apposite unità specializzate antidroga i quali, in esecuzione di operazioni antidroga specificamente disposte dalla Direzione centrale per i servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dal questore, dal comandante provinciale dei Carabinieri o della Guardia di Finanza o dal comandante del nucleo di polizia tributaria o dal direttore della Direzione investigativa antimafia, al solo fine di acquisire elementi in ordine ai delitti concernenti sostanze stupefacenti, anche per interposta persona, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano sostanze stupefacenti o psicotrope o compiono attività prodromiche o strumentali. Le principali innovazioni rispetto alla disciplina previgente pertanto sono: il novero delle condotte ricomprese nella esimente che prima consistevano nel solo acquisto simulato dello stupefacente mentre ora risulteranno non punibili anche condotte di occultamento, sostituzione, ricezione, o attività a queste prodromiche e strumentali; la possibilità per agenti ed ufficiali di p.g. di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione; la possibilità di avvalersi di ausiliari e di "persone interposte"; il più rilevante ruolo assunto dalla Direzione centrale per i servizi antidroga il cui assenso è richiesto "sempre"; Tali innovazioni paiono quindi idonee a risolvere i principali inconvenienti che aveva posto la vecchia normativa, cioè la punibilità delle condotte compiute dall'agente quale inevitabile mezzo per pervenire all'acquisto dello stupefacente ed anche la possibilità di utilizzare documenti di identità di copertura e l'impossibilità di avvalersi di persone estranee alle forze di polizia.

All'ampliamento della causa di giustificazione in esame diretto a ricomprendere le condotte accessorie e strumentali si era pervenuti anche in via interpretativa dalla giurisprudenza che aveva affermato la non punibilità delle condotte che necessariamente precedono o seguono il vero e proprio acquisto dello stupefacente e che, logicamente, debbono ritenersi in essa contemplati seppur in via implicita. In proposito la Suprema Corte, nel 1998, ha stabilito che deve estendersi l'impunità non solo alla attività materiale dell'acquisto simulato della sostanza stupefacente, ma anche a quelle attività che costituiscono l'antecedente logico o l'ovvio sviluppo dell'azione dell'infiltrato. Si sono quindi riscontrati nella pratica casi in cui l'operazione sotto copertura, dopo l'acquisto simulato dello stupefacente, debba proseguire per soddisfare altre rilevanti esigenze investigative, in particolare la necessità di identificare altri componenti

dell'organismo criminale o individuare il luogo ove risulti occultato altro stupefacente da sottoporre sequestro o la necessità di allontanare l'infiltrato dal luogo dell'operazione per ragioni di incolumità personale. Ove con l'acquisto simulato, che pure rappresenta il momento culminante dell'infiltrazione nell'illecito traffico, l'attività investigativa dovesse arrestarsi, verrebbe perduta l'occasione di più cospicui risultati. La codificazione normativa di tale indirizzo tiene quindi conto di questa realtà e comunque è importante perché arreca tranquillità agli operatori di polizia ed impedisce pronunce giurisprudenziali difformi. Nel caso si superino i limiti della esimente speciale possono ovviamente ricorrere i presupposti per ritenere applicabile la scriminante prevista dall'art 51 c.p. o lo stato di necessità previsto dall'art. 54 c.p. .

Altra novità di rilievo riguarda la possibilità di avvalersi di "persona interposta" con notevole ampliamento della portata della scriminante dal punto di vista soggettivo. In effetti, tale locuzione viene usata al comma primo dell'art. 97 come soggetto legittimato a porre in essere direttamente le condotte ivi previste laddove al comma quarto si prevede che gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di ausiliari ed interposte persone ai quali si estende pure la causa di non punibilità. A differenza dell'ausiliario quindi la persona interposta, può procedere anche all'acquisto, all'occultamento o alla sostituzione dello stupefacente negli stessi termini nei quali tali attività possono essere compiute dall'ufficiale di P.G.. Per tale ragione il comma 3 dell'art. 97 prevede che soltanto le operazioni di cui al comma 1 debbano essere comunicate immediatamente e dettagliatamente alla Direzione centrale per i servizi antidroga ed all'autorità giudiziaria con indicazione eventuale anche dei nominativi degli ufficiali o delle persone interposte e non già le attività previste dal comma 4 attribuibili anche agli ausiliari oltre che a persone interposte che si sostanziano in attività di collaborazione materiale e di supporto delle forze dell'ordine. La differenza, risulta immediatamente percepibile tra le attività che si sostanziano nella commissione di reati e che pertanto richiedono maggiori controlli e cautele e condotte "ausiliarie" che invece di quei controlli non necessitano. Ma la nozione di interposta persona consente ora di attribuire anche agli agenti di P.G. la possibilità di procedere alle operazioni indicate al comma 1 laddove nella vecchia disciplina tale possibilità era da escludersi e gli agenti potevano invocare soltanto la scriminante prevista dall'art. 51 c.p. con i limiti per essa previsti dalla giurisprudenza.

Altra possibilità è ovviamente quella di incaricare un "privato", spesso un collaboratore dissociato già facente parte dell'organismo da infiltrare che, per relazioni e conoscenze, può essere in grado di portare efficacemente a termine una operazione di acquisto simulato.

Anche tale facoltà era da escludere sotto il vigore della preesistente formulazione dell'art. 97, sotto la cui vigenza l'attività del privato, per lo più confidente della polizia, che agiva quale agente provocatore era scriminata dall'art. 51 solo ove il suo intervento si risolvesse in attività di controllo, osservazione e contenimento della condotta criminosa altrui. L'ampliamento dal punto di vista soggettivo introdotto nella nuova formulazione dell'art. 97 induce a ritenere che la scriminante speciale possa ritenersi applicabile anche all'ufficiale di P.G. non appartenente alle unità specializzate indicate nel comma 1 anche se deve ritenersi che il necessario intervento della DCSA escluda in radice tale possibilità. L'intervento di tale organo è infatti previsto come necessario in ogni caso sia per impedire iniziative illecite, per ragioni di coordinamento tra le forze di polizia e per tutelare efficacemente l'incolumità degli agenti infiltrati. Ove tale intervento manchi l'operazione deve considerarsi illecita e pertanto non può invocarsi l'esimente speciale prevista dall'art 97 potendo tuttavia ritenersi applicabile la scriminante comune prevista dall'art 51 c.p..

Le medesime innovazioni introdotte con la L. 49/2006 sono state estese dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146, con i necessari adattamenti, a tutte le altre ipotesi di attività sotto copertura consentite nel nostro ordinamento. Ed infatti la norma citata ha introdotto: una elencazione specifica delle condotte ricomprese nella esimente, prima specie in alcuni settori, di portata ben più limitata; la possibilità per agenti ed ufficiali di p.g. di utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione; la possibilità di avvalersi di ausiliari e di "persone interposte"; il più rilevante ruolo assunto dagli organi investigativi centrali;

In entrambe le norme è prevista la possibilità per l'esecuzione delle operazioni sotto copertura di essere autorizzati all'utilizzazione di beni mobili ed immobili, di documenti di copertura e la possibilità di attivare siti nelle reti e di utilizzare sistemi di comunicazione o scambio su sistemi informatici (tale facoltà, pur non esplicitamente prevista dall'art. 97 a differenza dell'art. 9, deve ritenersi consentita anche in materia di lotta al traffico degli stupefacenti, attesa la

previsione nel comma 2 dell'art.97 della possibile utilizzazione di identità di copertura proprio per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione).

Parzialmente diverso è il ruolo assunto dall'A.G.: ove l'attività sotto copertura sia disposta nell'ambito della lotta al traffico degli stupefacenti è necessario dare al P.M. dettagliata ed immediata informativa dell'esecuzione delle operazioni, indicando solo se necessario o richiesto, il nominativo dell'ufficiale di p.g. responsabile delle operazioni nonché il nominativo delle persone interposte impiegate; ove l'attività sia svolta nell'ambito delle operazioni anticrimine indicate al comma 1 dell'art. 9 della legge 146/06 è invece necessaria la preventiva comunicazione al P.M. al quale è dovuta costante e tempestiva informazione nel corso dell'operazione delle modalità della stessa, dei soggetti che vi partecipano e degli esiti raggiunti.

Come appare evidente dalla lettura delle norme che oggi disciplinano l'attività sotto copertura, la legislazione italiana in materia, a differenza dei corrispondenti modelli stranieri, è ispirata essenzialmente alla finalità di stabilire limiti e condizioni di non punibilità delle condotte dell'agente provocatore ed è dunque tutta proiettata sul piano del diritto sostanziale, laddove scarsa è l'attenzione verso le implicazioni di diritto processuale di quell'agire provocatorio: la sorte processuale degli atti di indagine compiuti, soggiace interamente alle regole generali la cui enucleazione è tuttavia controversa e non sempre agevole e numerosi sono i problemi sorti nella pratica applicazione di tali istituti.

In primo luogo è controverso se l'agente provocatore possa essere sentito in dibattimento come testimone – ed in tale ultimo caso se possa rendere testimonianza sulle dichiarazioni ricevute dagli indagati nel corso dell'attività sotto copertura – o come indagato (o imputato) in procedimento connesso.

La questione risente sul piano teorico del complesso dibattito intorno alla qualificazione giuridica delle previsioni normative in tema di non punibilità dell'agente provocatore, poiché, ove si escludesse trattarsi di vere e proprie cause di giustificazione, ricorrendo piuttosto cause di non punibilità, diverrebbe doverosa l'iscrizione del nominativo dell'agente sotto copertura nel registro degli indagati – sia pure al solo fine della successiva archiviazione – il che precluderebbe definitivamente la futura assunzione della qualità di testimone.

Tuttavia la giurisprudenza della Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sotto il vigore della vecchia normativa, appare prevalentemente orientata con argomentazioni tuttora condivisibili, nel senso di ritenere le fattispecie di cui all'art. 97, quali speciali cause di giustificazione, idonee come tali ad escludere l'antigiuridicità del fatto e dunque ad impedire che l'ufficiale di P.G. possa assumere la veste di indagato: egli dovrà dunque essere sentito come testimone e alle sue dichiarazioni non sarà applicabile il divieto di cui all'art. 63 c.p.p. Appare comunque preferibile ricorrere a forme di documentazione obiettiva degli accadimenti di cui l'agente sotto copertura diviene protagonista attraverso la registrazione e/o video ripresa delle conversazioni alle quali il provocatore partecipa.

Si è posto al riguardo il problema della configurabilità, in tali casi, del limite di cui all'art. 62 c.p.p. (divieto di testimonianza sulle dichiarazioni comunque rese dall'imputato nel corso del procedimento).

La Cassazione, nel Luglio del 1997, ha stabilito che "le dichiarazioni rese all'agente di p.g. che funge da simulato acquirente di stupefacenti nella veste d'agente provocatore, devono essere collocate all'interno del procedimento, poiché il venditore deve considerarsi di fatto indagato non appena si stabilisce il contatto con l'apparente acquirente. Tuttavia in tale caso non si applica il divieto di testimonianza previsto dall'art. 62 poiché il divieto concerne solo le dichiarazioni rappresentative di precedenti fatti e non anche gli atteggiamenti e le dichiarazioni che accompagnano quei comportamenti chiarendone il significato, ovvero le dichiarazioni programmatiche di future condotte". Non ricorre il limite del secondo comma dell'art. 63 poiché "non si tratta di dichiarazioni rese nel corso di un esame o di assunzione di informazioni in senso proprio e tali dichiarazioni non costituiscono la rappresentazione di eventi già accaduti la descrizione di condotta delittuosa precedente, ma inserendosi invece in un contesto commissivo, realizzano con esse la stessa condotta materiale del reato".

Ulteriore questione fortemente controversa in giurisprudenza riguarda le conseguenze dell'inosservanza delle procedure dell'art. 97 sulla utilizzabilità delle prove acquisite.

La Cassazione, in una pronuncia del 1995 ha escluso che si traduca automaticamente in incapacità a testimoniare e conseguentemente nella inutilizzabilità delle prove raccolte, salva chiaramente la responsabilità sul piano

disciplinare dell'agente (e salvo che per effetto di quell'inosservanza l'operatore di polizia sia stato sottoposto ad indagini). Di diverso orientamento alcune recenti pronunce della Suprema Corte che hanno escluso l'utilizzabilità delle prove raccolte nel corso di attività sotto copertura svolta in assenza dei requisiti di legge, ritenendo che l'attività posta in essere dal c.d. agente provocatore non può reputarsi semplicemente irregolare o illegittima ma, non operando l'esimente speciale della quale difettano i presupposti, deve essere considerata illecita e, conseguentemente l'inutilizzabilità delle prove così acquisite è diretta applicazione della norma di cui all'art. 191 c.p.p..

In ogni caso l'attivazione di operazioni undercover in assenza dei requisiti normativi porrebbe seri dubbi sull'applicabilità della scriminante speciale con conseguente responsabilità penale dell'infiltrato: a sua disposizione resterebbe solo il salvagente dell'art. 51 c.p. negli angusti limiti in cui ne è consentita l'operatività.

Sempre in tema di limiti di utilizzabilità degli elementi probatori acquisiti si è verificato un contrasto giurisprudenziale con riferimento alla ipotesi di acquisizione di prove in ordine a reati diversi rispetto a quelli per i quali era intervenuta l'autorizzazione a compiere l'attività sotto copertura. Con sentenza n. 17662/2005, la Cassazione ha affermato che ‹‹la legittimità e liceità dell'attività di contrasto sotto copertura deve essere valutata ex ante in relazione al momento in cui tale attività è disposta dall'autorità giudiziaria e non con riguardo ai risultati delle indagini compiute. Pertanto se nel momento in cui è intervenuta l'autorizzazione esistevano indizi per uno dei reati per i quali è prevista l'eccezionale attività di indagine, le prove acquisite sono legittime ed utilizzabili ex art. 191 c.p.p. anche se riguardano reati diversi e meno gravi di quelli originariamente ipotizzati››.

Ma su caso analogo la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi in senso difforme. Secondo questo indirizzo restrittivo la sanzione della inutilizzabilità colpirebbe tutte le prove illegittimamente acquisite e tali debbono considerarsi sia quelle che riguardano reati per i quali non vi era stata specifica autorizzazione ex ante sia nel caso della diversa qualificazione delle fattispecie all'esito del dibattimento con conseguente derubricazione, sia nel caso ricorra un qualunque vizio che inficia l'iter acquisitivo del mezzo di prova.

Tale orientamento restrittivo appare viziato da un eccesso di formalismo che

si risolve a discapito della coerenza logica delle conclusioni che divengono paradossali, poiché la legittimità delle attività investigative finirebbe per essere ancorata all'effettiva sussistenza dei reati presupposti, circostanza che solo una sentenza di condanna potrebbe certificare.

Deve inoltre rilevarsi che le esimenti speciali operano su un piano di diritto sostanziale e l'inosservanza delle regole e dei limiti che le disciplinano – sia sotto il profilo dell'inosservanza dell'iter previsto dalle norme, sia sotto quello della non configurabilità, ex ante o ex post dei reati indicati dalle norme stesse – può al più operare nel senso di rendere sanzionabile la condotta dell'agente provocatore sul piano del diritto penale sostanziale, ossia impedire l'efficacia scriminante della norma i cui limiti sono stati violati, con la conseguenza, sul piano processuale, che la deposizione resa dall'infiltrato a sua volta indagato o imputato nel medesimo reato o in reato connesso, dovrà essere assunta e valutata secondo la disciplina degli artt. 197 bis e 210 c.p.p. (salva comunque la validità del sequestro del corpo del reato o di cose ad esso pertinenti eventualmente disposto).

Far necessariamente conseguire, come vuole la giurisprudenza più rigorosa sopra citata, l'inutilizzabilità in sede cautelare o processuale delle prove acquisite ad una qualsiasi inosservanza, anche solo formale (quale può essere la diversa qualificazione del fatto- reato all'esito del compimento delle indagini), appare una illogica sovrapposizione di profili che si ritiene debbano essere mantenuti separati e distinti Rimane tuttavia un forte contrasto giurisprudenziale che, nel vuoto normativo rischia di porre nel nulla le risultanze di complesse e dispendiose attività investigative.

Ad ogni modo, non si può non riconoscere come il legislatore a partire dal 2003 e soprattutto con l'art. 9 della legge 146/2006 abbia operato una sistematica estensione dei reati tipici nei quali è consentito lo svolgimento di attività sotto copertura in modo da attribuire una maggiore portata operativa alle attività medesime, purtuttavia, alla luce della legge 3 agosto 2009, n.116 l'Italia abbia ratificato, ordinandone l'esecuzione, la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n.58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, non si è ancora proceduto all'inserimento di norme di adeguamento interno (seppure dettate dalla legge) che rendano applicabile l'art. 50 della Convenzione.

In tale articolo con estrema chiarezza si evidenzia come le tecniche

investigative speciali, e segnatamente al punto1 le operazioni sotto copertura, siano indicate tra le misure necessarie per combattere efficacemente la corruzione.

A prescindere pertanto da una valutazione sui limiti e conformità al proprio diritto interno non si può non segnalare quanto l'Italia sia inadempiente rispetto agli obblighi sottoscritti a livello sovranazionale e rimanga sorda alle spinte sempre più stringenti di contrasto internazionale alla corruzione. Anche se, a sommesso parere di chi scrive, nulla potrebbe l'introduzione di norme sulle attività investigative speciali se non si desse contestualmente corpo e sostanza all'ammissibilità in dibattimento della prova ottenuta attraverso di esse.

4. Lo scopo dell'indagine: diritto penale e strumenti preventivi in un'unica strategia sinergica.

Da qualche tempo si era cominciato a dubitare della possibilità di convivere con la criminalità organizzata, anche se recenti vicende dimostrano l'ampiezza tuttora eccessiva dell'area di chi è disponibile a collusioni con chiunque, anche con sanguinari gruppi criminali, con la giustificazione secondo cui il malcostume è diffuso soprattutto tra chi dovrebbe dare il buon esempio [612] . Solo adesso, specialmente dopo la crisi economica che dal 2008 attanaglia il Paese, qualcuno comincia a dubitare della possibilità di continuare a convivere con la corruzione e la criminalità economica che, abbiamo visto con questa rapida analisi degli

[612] In occasione della ricostruzione dell'Aquila dopo il terremoto del 2009, si è assistito, oltre che al versamento di tangenti, a infiltrazioni camorristiche nella ricostruzione delle proprietà private, tollerate dalle imprese locali e forse a conoscenza di molti proprietari, con lo sfruttamento di manodopera, estorsione dello stipendio e spartizione del maltolto.

elementi costitutivi di varie fattispecie, rappresentano tre facce della stessa medaglia: sono infatti realtà strettamente connesse tra loro, senza soluzione di continuità e con una forte sinergia reciproca[613].

Tuttavia la percezione della comune pericolosità di queste tre forme di criminalità e la conseguente reazione ad esse si sono sviluppate in modo diverso nella coscienza sociale, culturale ed istituzionale, probabilmente perché la criminalità organizzata si connota *ab origine* per caratteristiche palesi di violenza, mentre le altre due ritraggono un mondo fatto di potere, abuso, e conflitto d'interessi. Infatti nella lotta alle associazioni mafiose si è fatto molto, anche se non ancora abbastanza[614]: il riferimento è soprattutto all'evoluzione delle misure di prevenzione reale e delle informazioni antimafia introdotte nel c.d. codice antimafia del 2011[615]. Le prime sono destinate ad impedire l'inserimento dei proventi ingenti della criminalità organizzata nell'economia pulita, le seconde sono invece destinate ad impedire l'acquisizione di risorse pubbliche da parte di criminali. Per gli altri due lati del triangolo, la corruzione e la criminalità economica in generale, la situazione è ben diversa: basti pensare ai "passi indietro" fatti con il d. lgs. 61/2002 riguardo alle false comunicazioni sociali e agli altri reati societari. Un'eccezione in tal senso è stata rappresentata dall'introduzione della responsabilità degli enti prevista dal d. lgs. 231/2001, e solo di recente si è assistito alla previsione di norme di contrasto alla corruzione ispirate dalla consapevolezza degli aspetti comuni alla criminalità organizzata, che porta all'estensione di misure di repressione e prevenzione (pensiamo alla confisca c.d. allargata) tipiche di quest' ultima forma di criminalità.

L' analisi delle fattispecie effettuata nei precedenti capitoli permette quindi di cogliere gli stretti rapporti tra essi: non realtà criminali a sé stanti ma mondi profondamente connessi che disegnano un'ideale "cerchio dell'illegalità". Si parte dal falso in bilancio, reato pericoloso non solo *ex se*, in quanto lesivo della trasparenza societaria con risvolti anche sui patrimoni di *stakeholders* e *shakeholders*, ma anche in quanto reato – presupposto per la commissione di

[613] FLICK G.M., *Dalla repressione*,cit. p. 2.
[614] Si pensi alla legislazione sui collaboratori di giustizia, a quella contro il riciclaggio, alle misure di natura processuale, quali il ricorso a videoconferenze, ma anche alla cattura di latitanti storici, ai maxiprocessi e alle modifiche nel regime penitenziario.
[615] D. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, pubblicato in G.U. del 28 settembre 2011.

delitti ancor più gravi quali la corruzione. Il mondo della corruzione ha subito un'evoluzione tale da avvicinare il suo paradigma a quello della criminalità organizzata: da fenomeno episodico è diventato sistemico, ingenerando un clima culturale analogo a quello derivante dal metodo mafioso. A sua volta anche i gruppi criminali hanno subito un'evoluzione che li ha allontanati dal *modus operandi* del passato, cristallizzato nell'art. 416-bis c.p.: alla violenza preferiscono la collusione con politici, imprenditori e professionisti, il ricorso a pratiche corruttive. Infine, quale reato che chiude il cerchio, il riciclaggio, utilizzato dai gruppi criminali e non solo per reinvestire i proventi di attività illecite nell'economia pulita: un ritorno al mondo della legalità, delle società, all'interno del quale tornare a commettere reati come quelli previsti dagli artt. 2621 ss. c.c.

Da tempo la giurisprudenza ha preso atto delle connessioni tra i vari reati, cercando autonomamente, attraverso la propria attività ermeneutica, di farle emergere. Un tipico esempio di questo atteggiamento è dato dalla recente pronuncia relativa a Mafia Capitale, cui si è fatto cenno nei precedenti capitoli. La vicenda romana è infatti chiara espressione delle modifiche che hanno riguardato i fenomeni criminali in esame, che finiscono per fondersi in un crogiolo di illegalità. Il legislatore, invece, ha maturato più tardi questa consapevolezza, che viene "positivizzata" solo con la legge n. 69/2015, ed è provata dalla maggiore attenzione prestata agli strumenti di natura preventiva.

Beninteso, con l'analisi degli strumenti individuati, non si vuole negare al diritto penale il suo ruolo centrale per reprimere reati sistemici: l'introduzione della fattispecie di autoriciclaggio, per quanto discussa[616], è diretta, escludendo la punibilità per il "godimento personale" o la "mera utilizzazione" del reato, e prevedendo al tempo stesso un'aggravante per chi commetta il reato nell'esercizio di un' attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale, alla mirata repressione di condotte di "re-immissione" delle risorse nel circuito produttivo

[616] SGUBBI F., *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015.

legale, "tollerando", se vogliamo, l'edonismo, per focalizzarsi sulle intromissioni criminali inattività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative[617].

Al termine di questa lunga disamina delle realtà criminali, strettamente connesse tra loro, e delle risposte legislative ad esse, si può tuttavia affermare che laddove ci si trovi a combattere fenomeni *lato sensu* sistemici, il diritto penale e l'attività della magistratura non sono più sufficienti da soli, essendo necessario integrarli con altri strumenti che da un lato impediscano a monte di cadere nell'illegalità, dall'altro ricreino una cultura della legalità, del rispetto delle regole, affinché il terreno non sia più fertile per la nascita di fenomeni criminali.

È necessaria, in altri termini, una strategia sinergica da parte del legislatore, della magistratura, della stessa Pubblica Amministrazione, dell'Anticorruzione, degli organismi internazionali ed infine della stessa società civile. Solo così si potrà davvero interrompere il circolo vizioso in cui viviamo e "guarire" dalla corruzione.

[617] MUCCIARELLI F., *Qualche nota sul delitto di auto riciclaggio*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015.

5. Alcune “ brevi” riflessioni su legge 9 gennaio 2019, n. 3 Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonche' in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politico

Non si reputa, in questa sede, di intervenire nell’ampio dibattito sulla norma in esame per il quale si rimanda, per gli approfondimenti relativi, alla vasta gamma dei rilievi critici offerti dall’ampia platea degli illustri commentatori, eccetto che per un solo singolo aspetto che si ritiene corretto evidenziare poiché, nella nuova normativa manca del tutto un coordinamento tra l’introduzione della misura dell’incapacità perpetua di contrattare con la pubblica amministrazione (introdotta solo per le persone fisiche e non anche per le persone giuridiche) e le previsioni nazionali ed europee che prevedono il diritto di partecipare alle procedure di evidenza pubblica delle aziende che abbiano posto in essere misure di self clearing.

Il mancato coordinamento pone l’interprete di fronte a un bivio.

Da un lato, ove si ritenesse che la sanzione dell’incapacità perpetua disposta nei confronti di una persona fisica non le impedisca di assumere funzioni apicali in un’azienda che ha rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni, emergerebbe la natura del tutto marginale delle implicazioni pratiche connesse all’adozione della sanzione accessoria (atteso che i contratti di appalto vengono conclusi nella stragrande maggioranza di casi da aziende e non da persone fisiche e finanche i contratti di consulenza possono essere conclusi per il tramite di schermi societari con soci professionisti).

Dall’altro lato, ove si ritenesse, viceversa, che la persona colpita da “daspo a vita” non possa essere utilmente integrata all’interno di un’azienda che ha rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, emergerebbero seri dubbi di compatibilità della normativa domestica con le direttive europee in materia di appalti, che, al contrario, riconoscono in modo diretto e incondizionato il diritto degli operatori economici di essere ammessi alle procedure di evidenza pubblica, ove abbiano adottato misure di “self clearing” ritenute idonee dalle stazioni appaltanti chiamate a valutarle.

In conclusione, l’introduzione del divieto perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione rischia di essere inefficace o comunque destinato a

essere disapplicato per contrasto con principi contenuti in fonti sovraordinate.

Ma andiamo avanti .

Ci limiteremo, in questa sede, a segnalare una sostanziale riflessione.

Certezza della pena, oltre che stella polare della rotta del legislatore, è un messaggio politicamente efficace, che appare ovvio: il principio di legalità implica la certezza del precetto, e la certezza delle conseguenze legali del reato la predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato. L'uso retorico del topos della certezza suggerisce qualcosa di più: la pena certa, fissata una volta per tutte, è la giusta per definizione, per il solo fatto di essere la pena legalmente prevista; legge e giustizia esigono che i reati non restino impuniti, che la pena prevista dalla legge sia effettivamente irrogata, che la pena irrogata sia effettivamente espiata. La metamorfosi linguistica del principio penalistico di legalità in canone costituzionale di certezza della pena rende bene quest'insieme di significati, unificati e confusi fra loro.

Il confronto con le risposte del legislatore deve partire dalla consapevolezza che il diritto criminale/penale è elemento costitutivo necessario (non sufficiente) del monopolio della forza in mano allo Stato, non è solo questione di capacità deterrente, o di risposta a un delitto commesso. È questione di potere e di capacità operativa dello Stato; qui ed oggi, uno Stato che vorremmo (come vuole la nostra Costituzione) in versione liberaldemocratica.

Sarebbe perdente un approccio pensato puramente in negativo, di nobile resistenza contro un diritto penale della sicurezza e del carcere che rischia di erodere le garanzie liberali. I principi di garanzia liberale presuppongono che ciò che si tratta di delimitare (l'ordinamento penale) possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile. Anche la cultura penalistica liberale non può non partire dal problema della sicurezza – il problema hobbesiano, connesso alla costruzione dello Stato moderno – e farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia esigenze d'intervento con norme penali e strumenti di coercizione, sia esigenze di contrappesi e di limiti.

La sicurezza che interessa le democrazie liberali è non solo sicurezza da offese criminali, ma sicurezza dei diritti, a tutto campo, anche nei confronti dell'autorità.

Il diritto criminale, infatti, non è finalizzato prioritariamente all'inflizione di pene.

Fine prioritario è l'osservanza dei precetti, ritenuti particolarmente importanti per la convivenza in una società bene ordinata. I bisogni di tutela esigono l'osservanza delle regole di convivenza, di un'etica dei rapporti interpersonali.

Il diritto criminale/penale, anche in versione liberale, risponde a problemi di responsabilità, il linguaggio della responsabilità ne è la forma idonea.

Le questioni relative alla pena vengono dopo. Dentro il paradigma di Hobbes, in qualsiasi versione, il vietare sotto minaccia ha una solida legittimazione di principio.

Quali pene minacciare – e poi applicare – per i delitti del diritto criminale più severo? Alla natura e gravità dell'illecito corrisponde un tipo di responsabilità non riducibile a questione privata di compensazione di un danno, ma caratterizzato da un forte stigma e sanzioni fortemente espressive, gestite dall'autorità pubblica; legato perciò a presupposti particolarmente stringenti, previamente definiti dalla legge.

Per i crimini più gravi, la minaccia di pena detentiva non ha alternative plausibili nel nostro orizzonte di civiltà.

Si è affermata nel diritto penale moderno in alternativa al dominio della pena di morte (tuttora esistente negli Stati più potenti del nostro mondo) e di pratiche punitive crudeli.

Ha caratteristiche che ne spiegano il successo: frazionabile, misurabile, democraticamente egualitaria.

È un uso della forza che rientra in via di principio nel monopolio statuale della forza: in un diritto criminale/penale che può legittimarsi come strumento dello Stato protettore dei diritti di tutti.

Sono pensati per un sistema assestato sulla pena detentiva i principi costituzionali dell'art. 27: l'idea rieducativa, il divieto di trattamenti contrari al senso d'umanità. Problemi etico-politici cruciali riguardano il raccordo fra i due lati del diritto criminale/penale: che cosa vietare sotto minaccia, con quali minacce.

Problema successivo, come dar seguito alle minacce legali? Ambito e confini del diritto criminale (precetti e criteri di attribuzione di responsabilità soggettiva) sono oggi segnati da principi costituzionali e da valutazioni largamente condivise nella nostra società.

La teoria del reato, prodotto di una cultura giuridica matura, oltre a fornire l'apparato concettuale che utilizziamo, addita principi sostanziali sul cui significato 'di giustizia' c'è (almeno a parole) un consenso di fondo: il principio di offensività quale criterio di selezione di interessi da tutelare e delle soglie di tutela; il principio di colpevolezza quale criterio e limite dell'attribuzione di responsabilità personale.

Sulla giustizia dei precetti, le discussioni si concentrano su punti specifici, eticamente sensibili. Sono invece instabili e oscillanti le scelte sanzionatorie, sia sulla struttura del sistema sia nelle scelte di parte speciale: segno ed effetto dell'intrinseca ambiguità delle pretese di giustizia collegate a contenuti che, naturalisticamente, sono un malum.

Stando a quanto su esposto, pertanto, l'intero impianto, sostanziale e, molto di più, processuale non potrebbe che essere imputato-centrico.

Esiste però un problema.

La vittima è l'eroe del nostro tempo.

Essere vittime dà prestigio, impone ascolto, promette e promuove riconoscimento, attiva un potente generatore di identità, diritto, autostima. Immunizza da ogni critica, garantisce innocenza al di là di ogni ragionevole dubbio. Come potrebbe la vittima essere colpevole, e anzi responsabile di qualcosa? Non ha fatto, anzi, le è stato fatto. Non agisce, patisce.

Nella vittima si articolano mancanza e rivendicazione, debolezza e pretesa, desiderio di avere e desiderio di essere. Non siamo ciò che facciamo, ma ciò che abbiamo subito, ciò che possiamo perdere, ciò che ci hanno tolto.

Crediamo, però, che sia giunto il tempo di superare questo paradigma paralizzante, e ridisegnare i tracciati di una prassi, di un'azione del soggetto nel mondo: in credito di futuro, non di passato.

L'argomento è il seguente.

La vittima è nel vero per definizione. Non deve diffidare di sé. Non ha bisogno di vagliare e interpretare nulla. Non la toccano gli scrupoli con cui un secolo e piú di ermeneutica del sospetto ha scrutato il nesso inquietante tra verità e potere.

L'interrogativo angoscioso "che cos'è la verità" è il dubbio di Pilato, e bene ha fatto Cristo a non rispondergli, o a sottintendere: ce l'hai di fronte.

La verità indiscussa esiste solo per le vittime della non verità. Se la verità è

dubbia, la menzogna è certa quando la si subisce. La verità si interpreta, la menzogna si constata.

Condizione sommamente desiderabile, in un'epoca sospesa tra due estremi: da una parte uno scetticismo generalizzato, dall'altra un acritico desiderio di credenza, delega, affidamento nichilistico a chi ti dice cosa devi fare.

Tutto vero, ma non tutto qui.

La sempre più ampia affermazione della vittima nel processo ha spostato, quindi, l'asse del telescopio sul procedimento penale versione vittimo-centrica.

Conseguenza sinistra e inevitabile è stata però il proliferare di vittime presunte, potenziali, aspiranti, e talvolta biecamente false.

Se il recupero dei valori moralmente condivisi, allora, deve passare attraversare il deserto dei disvalori moralmente condivisi e se il contrasto sociale, prima ancora che politico o normativo, alla corruzione come metodo criminale e come disvalore etico deve passare attraverso la presa di coscienza del fatto di essere tutti vittime della predazione dei diritti e dei beni pubblici che ne fanno i corrotti, occorre però non fare confusione.

Se guardiamo al processo alla 'ndrangheta di Cantù per esempio chi sono le vittime vere? "Ragazzate" secondo la difesa degli imputati che ne ha descritto le condotte come attività censurabile senza alcun collegamento mafioso. Ma allora chi sono le vittime in questo caso? Sono forse gli imputati "vittime" di estreme visioni giustizialiste dei Magistrati che hanno comminato di recente le certe pene? Forse la cittadinanza locale ingiustamente bollata con quel marchio di mafiosità che certifica il superamento geografico della metafora ndrangheta=Calabria?

E, dall'altra, forse la generalità degli amministratori e avvocati che querelino qualcuno accusandolo di avere affermato che "tutti i calabresi sono ndranghetisti"? E se estendiamo il quadro chi è vittima per davvero?

È prima di tutto vittima chi entra da indagato in un procedimento penale per corruzione, fino a prova contraria? E poi continua ad esserlo in sede di esecuzione perché gli si preclude, per norma imperativa, l'accesso ai percorsi rieducativi, o ai benefici del servire socialmente utile? (E poi utile a chi?) Insomma si è sempre vittima; comunque e a prescindere.

Non si esce cosí facilmente, dunque, dal circolo tra verità e potere.

Se solo la vittima è nel vero, chi desidera crisma di verità per il proprio discorso sarà sempre tentato dalla menzogna di spacciarsi per la vittima che non è.

Che a prova dell'ingiustizia si possa addurre solo la sofferenza subita è la soddisfazione post festum di chi dispera comunque di vincere.

Respingendola da sé, pur in cambio di compensazioni, esenzioni, privilegi e false coscienze, la mitologia vittimaria ne addita costantemente la presenza: altri, non io, ma pur sempre qualcuno è responsabile. Non un destino cieco e inscrutabile, non il capriccio degli astri o degli dei, non l'innocenza del divenire o gli algoritmi adespoti dell'economia, ma dei soggetti storici precisi, individuabili, che rispondono per nome e cognome, classe e condizione, ideologia e comportamenti. Se le cose sono come sono, è perché qualcuno ha fatto qualcosa, il che testimonia che fare qualcosa si può. Tutto sta a vedere cosa, e soprattutto chi, da che parte cioè si vuole stare. La vittima non accetta giustificazioni in nome di interessi superiori (volontà di Dio, ragion di Stato, felicità del popolo, predominio della razza, società senza classi, esigenze della produzione, femminismo estremo, mani pulite, radicalismo islamico, aiutiamoli a casa loro, chiudiamo i porti, ce lo chiede l'Europa…), in quanto non può prescindere dai suoi particolari.

Qualcosa di simile accade con un'altra mitologia contemporanea, parente stretta di quella vittimaria: il complotto, la cospirazione, la congiura onnipresente e universale, umiliante contraltare alla requisizione dell'azione efficace nella sfera della presunta razionalità sistemica. La spiegazione piú corrente e corriva suona infatti: società e storia sono complesse, filosofie e ideologie che promettevano ai soggetti la possibilità di porre un nesso razionale tra cause ed effetti, mezzi e fini, determinando il corso degli eventi, sono in crisi da tempo; quella possibilità è avocata dal sistema, e all'iniziativa individuale e collettiva non resta che un ruolo di comparsa, una contingenza senza necessità. I piú deboli e sprovveduti non lo reggono e si chiedono di chi è la colpa. L'ossessione cospirativa è una razionalizzazione fallace, e non ci resta che irridere o compatire chi si chiede: - "Chi mi fa torto?", - come i Ciclopi con Polifemo. - "Nessuno ti fa torto, lasciaci dormire"-.

Ma Polifemo, oltre ai suoi torti, una parte di ragione ce l'aveva: qualcuno l'occhio glielo aveva pur cavato.

La prosopopea della vittima è la protesta (impotente e pericolosa se abbandonata a se stessa) contro quell'avaria della dimensione pubblica che affligge il cittadino di una società post-democratica.

Restituirla agli espropriati è ciò a cui, crediamo con fermezza, debba mirare piuttosto la certezza su chi sia, anzi, chi effettivamente è la vittima, come accadde per esempio quando il movimento operaio passò da quella che Marx chiamava "filosofia della miseria" all'orgoglio dialettico di chi, sentendosi insediato nella punta piú avanzata della produzione sociale, rivendica il diritto a guidarla: un diritto del fare, e non dell'essere attraverso il subire. Dannati della terra sí, ma in piedi, prometteva il suo inno: "Debout les damnés de la terre" ecc.

Prima mossa dovrebbe essere cominciare o ricominciare a sentirsi parti in causa, non rappresentanti di una universalità spettrale quale è quella promessa dall'etica vittimaria.

Una cittadinanza attiva che respinga come altro da se le pratiche corruttive fino ad ipotizzare, magari in formule commestibili per il nostro sistema, le soluzioni d'oltreoceano come lo strumento legislativo vigente negli Usa, per esempio, il False Claims Act, che prevede che chiunque presenti una richiesta falsa o fraudolenta al governo sia condannato al risarcimento del triplo dei danni subiti dal governo oltre le sanzioni. La stessa legge, nota come "qui tam", dà diritto a qualsiasi cittadino, con l'aiuto di un avvocato, di intentare un'azione legale per conto del governo federale contro l'autore della richiesta fraudolenta, anche senza che il denunciante ne sia stato danneggiato personalmente. La denuncia, con tutte le prove a sostenere le accuse mosse, e l'approfondita inchiesta che ne deriva, restano segrete per almeno 60 giorni, con proroghe fino a due anni, dopo di che il dipartimento di giustizia avvisa il denunciante se intende partecipare all'azione legale o archiviare la causa "qui tam". La crescente consapevolezza dell'esistenza di questi strumenti e programmi premiali, (si vince alla fine una buona percentuale come ricompensa), ha portato a un considerevole aumento delle segnalazioni che sono considerate un diritto di libertà di parola e in quanto tale tutelato costituzionalmente. Nell'ottica del legislatore si tratta di un'azione integrativa, e non sostitutiva, del controllo interno esistente nelle aziende e nelle pubbliche amministrazioni. Se da un lato, infatti, si offrono incentivi a venire allo scoperto per le persone, interne o esterne, che siano a conoscenza d'informazioni su condotte illecite e corruttive, dall'altro lato s'incoraggia ad agire nel quadro del sistema interno di controllo.

Per concludere, la condizione di vittima pretende una risposta unanime; ma una risposta unanime è soltanto una risposta falsa, che non permette di vedere

quali sono le vere linee di frattura, ingiustizia e ineguaglianza da cui è segmentato il terreno dei rapporti di forza.

Per quello politica e conflitto sono sinonimi.

Politica, ha spiegato Jacques Rancière, è quando di idee su come ripartirsi il mondo ce ne sono almeno due.

Che ce ne sia una sola, invece, è "polizia", nel senso settecentesco di policy, police, ordinaria amministrazione, funzionamento ben lubrificato dello status quo. Che la vittima sia diventata quel lubrificante è insieme un'evidenza e uno sfacciato paradosso, quando, a rigore, dovrebbe costituirne l'inciampo, lo scandalo, il punto d'arresto. La mitologia vittimaria è, in conclusione, una subalternità che perpetua il dominio.

Troppo promettere rappresenta l'idea ingenua del potere perché dà ad intendere che vittime e potere spariranno insieme. Ma questo è l'ordine del giorno, e a ogni giorno basta la sua pena.

Conclusioni

Al termine di questa lunga disamina delle realtà criminali, strettamente connesse tra loro, e delle risposte legislative ad esse, si può tuttavia affermare che laddove ci si trovi a combattere fenomeni lato sensu sistemici, il diritto penale e l'attività della Magistratura non sono più sufficienti da soli, essendo necessario integrarli con altri strumenti che da un lato impediscano a monte di cadere nell'illegalità, dall'altro ricreino una cultura della legalità, del rispetto delle regole, affinché il terreno non sia più fertile per la nascita di fenomeni criminali.

Il nostro Paese sconta da tempo una peculiarità: non esiste più un'etica generale comune diversa da quella definita dal diritto e in particolare dal diritto penale. In questa dimensione culturale si passa immediatamente da ciò che è reato a ciò che è lecito in quanto non delittuoso. L'inconcepibile equazione: "criminally innocent" = politically correct domina nei fatti il dibattito sulle scelte pubbliche perché manca un criterio identitario dell'etica pubblica diverso dal diritto penale, il che impone di recuperare un orientamento ai valori attraverso il diktat di qualche provvedimento giudiziario penale.

La materia del contrasto alla corruzione è quella nel cui ambito negli ultimi anni più si è intrapresa la via di una declinazione eminentemente penalistica del fenomeno; ciò con inevitabili storture ed aporie, non fosse altro perché il diritto penale è quel ramo del diritto che ha più capacità censoria, è il più intollerante dei diritti.

In altri termini in una situazione di assenza di parametri pubblici di valutazione morale, per censurare una condotta si è scelta la via di qualificarla come reato, mancando altrimenti un sistema di valori davvero eloquente o condiviso, evidentemente convinti che una censura in termini non penalistici o perfino non giuridici abbia un impatto assai modesto in un sistema privo di un codice di comportamento autonomo.

È del resto diffusa, quanto cattiva, percezione che se un certo comportamento non configura un reato, la norma-precetto che lo vieta non sia espressione di un obbligo veramente vincolante: se un fatto è un illecito civile o amministrativo, la relativa sanzione può essere vista come una sorta di onere: la si può mettere in conto, in cassa, quale tributo da pagare se vi vuole commettere il fatto. Se la sanzione è penale, la regola ha un impatto censorio assai più forte,

esprimendo un divieto assoluto, la cui sanzione non è riducibile a tassa.

Lo Stato di diritto, insomma, vive ormai la verifica dei poteri in una dimensione così patologica da affidarla direttamente al diritto penale. La riforma dei reati di corruzione dal 2012 sconta integralmente questa impostazione, difatti la sensazione è che sia stata una riforma scarsamente efficace già in partenza poiché la soluzione di un problema di corruzione non può essere affidata soltanto alla legge, ma al costume, alla cultura, all'educazione civica collettiva, al comportamento dello Stato, alla fiducia o sfiducia nella pubblica amministrazione, al senso di appartenenza o di distanza rispetto ai pubblici poteri.

Per dare efficacia alla lotta alla corruzione occorre pertanto spostare l'obiettivo dalla repressione dei fenomeni alla loro prevenzione e, con tale scenario, la pubblica amministrazione è chiamata a confrontarsi ed in ultima analisi, con riferimento a questa diversa prospettiva, modularsi. Ovviamente questo sforzo della Pubblica Amministrazione, che le imporrà in primo luogo di coltivare approfondite competenze in materia, sembra rischiare di risultare vano se il legislatore non porrà rimedio ai limiti più macroscopici della riforma di cui alla legge 190/2012. Siamo sempre, infatti, nell'ambito anatomopatologico, siamo, in definitiva, ancora ad analizzare i resti cadaverici del compiuto reato.

Occorre, quindi, volgersi ai possibili rimedi che abbiano riguardo ad una visione che si discosti sempre più da quella interventistico liberista che ha ispirato l'azione di governo di questi ultimi anni, e che, anzi, tende ancora in questi giorni, ad ispirare quasi, in una "collectivistic conspiracy", le scelte. Tra questi "rimedi" potremmo citare il rendere "indisponibile", e quindi troppo difficilmente acquisibile, il vicendevole corrispettivo della corruzione.

Come si può ottenere questo effetto deterrente? In vari modi, confluenti e da coordinare. Ne suggeriamo alcuni di costo relativamente modesto, ma recanti benefici di risparmio finanziario pubblico ben superiori.

Intanto sottoponendo, come già in passato in base a norme costituzionali poi abrogate, con la ben nota riforma del Titolo V, a controlli preventivi di legittimità (intesa in senso moderno, cioè come inclusiva della sindacabilità dell'applicazione delle "regole tecniche") i passaggi principali che portano ai titoli di impegno della spesa pubblica. Tipicamente succede nel caso degli atti che deliberano un contratto, che dovrebbero essere in forma di bandi o "avvisi al pubblico" che invitano alla partecipazione concorrenziale delle offerte.

L'eliminazione della "fase del bando" ricorrendo ad "affidamenti diretti" senza gara, per ragioni di urgenza, mai ben giustificate, ovvero l'alterazione del contenuto del bando in modo da precostituire il profilo del vincitore (aggiudicatario), è probabilmente la più utilizzata forma di adempimento da parte pubblica dell'accordo corruttivo.

Occorre dunque reintrodurre un controllo imparziale, cioè da parte di organi terzi e non soggetti agli stessi condizionamenti politici e di "carriera" dei funzionari decidenti, e preventivi, cioè che potendo riscontrare sul nascere la distorsione delle regole di trasparenza e pari condizioni, renda inefficiente l'accordo illecito sottostante e, quindi, a un primo titolo, indisponibile il profitto dell'accordo stesso.

Un controllo preventivo anticipato, addirittura esteso anche alla fase di stesura dei disegni di legge del dettato normativo, spesso addirittura costruiti e scritti, come oggi spesso si vede, quasi appositamente per creare le anse nascoste della corruzione.

Poi prevedendo un ordine di rimedi che si pongano "a valle" della fase deliberativa e della relativa verifica preventiva ed imparziale, alla quale l'intera portata dell'accordo sottostante potrebbe essere sfuggita, e questo perché siamo sempre esposti alla complessità delle norme, imposte in materia dalle direttive europee e perciò non mutabili se non entro limiti modesti, a pena di procedure di infrazione a carico dello Stato italiano.

Il sistema che, sempre per grandi linee, si può suggerire, nel settore degli appalti, come in quello di altri procedimenti facilmente "inquinabili" (rilascio di permessi edilizi, per pubblici esercizi, per determinate attività "sensibili"), è quello delle procedure di mediazione.

Queste sono tanto più efficaci quanto più "a monte" si collochino: la loro essenza dovrebbe quindi esplicarsi nel poter sottoporre ad un'autorità decidente, sempre imparziale nei sensi sopradetti, un "reclamo" innescato dalle varie forme di avviso dell’imminente adozione di tali tipi di provvedimenti amministrativi che le norme prevedono.

Attualmente, infatti, i privati presentano delle "osservazioni" a tali avvisi, che sono normalmente ignorate e liquidate con brevi e ben sintetizzati "giri di parole" che ne escludono ogni rilevanza. I privati che si sentano danneggiati dall'atto preannunziato mediante l'avviso, invece, dovrebbero potersi

immediatamente rivolgere, con un ricorso essenziale (cioè redatto secondo una corretta lealtà espositiva a pena di inammissibilità) e ben precisato nelle lamentele avanzate (altrimenti rimaste allo stadio di inutili "osservazioni"), ad un'istanza decidente tenuta a verificarle, in forma semplificata, entro un termine molto breve.

Questa fase contenziosa "semplificata" non escluderebbe il successivo ricorso giurisdizionale, ma proprio per la sua incisività anteriore alla emanazione dell'atto definitivo (appuntandosi sul "preannunzio" dell'atto da adottare), correggerebbe l'eventuale assetto illecito concordato prima che esso divenga un provvedimento di cui, per legge, si presume l'efficacia e legittimità "fino a prova contraria" (appunto da offrire in giudizio).

Se il reclamo della parte danneggiata fosse rapidamente accolto, ciò condurrebbe all'ordine la stessa amministrazione ad emanare un atto emendato delle illegittimità rilevate, da subito e senza alcuna fase di efficacia dell'assetto illegittimo, che il beneficiario non potrebbe più difendere "a oltranza" in giudizio spesso ostacolato da abili argomentazioni giuridiche e dal difficile accesso ai fatti e documenti che hanno "realmente" portato all'emanazione dell'atto illegittimo.

Un controllo dei privati che ben si potrebbe estendere anche nei rapporti tra questi e le amministrazioni aziendali.

Infine, un’altra tipologia di rimedi potrebbe essere quella di innalzare i c.d. "minimi" delle sanzioni penali detentive, in modo da portarle ad un livello per cui, anche chi fruisce dei consistenti sconti dati dal patteggiamento, o, meglio ancora, approfittasse del giudizio abbreviato, con la frequente applicazione di attenuanti "prevalenti" ad ulteriore sconto (e, anzi, con riguardo a queste ultime, riducendo, se non addirittura annullando del tutto, i margini di discrezionalità del giudice per le attenuanti generiche), debba comunque sottoporsi ad una pena detentiva.

Questo rimedio non è errato: la condanna penale è infatti calibrata sulla pena detentiva minima prevista dalla legge (c.d. "pena edittale") e tali minimi, in generale nel nostro codice, sono tra i più bassi e rigidi tra quelli adottati, per equivalenti ipotesi di reato, in quasi tutti gli altri paesi "avanzati". La maggior consistenza della pena è certamente un deterrente, se porta alla certezza della detenzione, checché ne dicano alcuni media.

Dal punto di vista processuale, poi, si potrebbe coordinare, per la fase di accertamento, con la fattispecie mutuata dal diritto penale militare, della “collusione del finanziere per frodare la finanza”. Secondo l’opinione qualificata

da largo e risalente consenso, infatti, ai fini dell'integrazione di tale reato è sufficiente che tra il militare della guardia di finanza (intraneus) ed una persona che non faccia parte del suddetto Corpo militare (extraneus) intervenga un accordo allo scopo di frodare la finanza.

Si sottolinea che non è necessario che all'accordo consegua il verificarsi di altra attività criminosa o di effettiva frode in danno dell'amministrazione finanziaria ed, in coerenza a tali premesse, si precisa e ribadisce che la collusione configura un delitto a consumazione anticipata, per il cui perfezionamento non è richiesto che alla condotta criminosa consegua il risultato sperato, essendo appunto sufficiente che tra le parti intervenga l'accordo sorretto da quel particolare dolo specifico.

Più in dettaglio, si afferma che la condotta di collusione sta a significare il fatto di "intendersela con altri" e consiste nel comportamento di chi si accorda segretamente con altri per compiere un'azione diretta contro diritti di terzi o comunque illecita, indipendentemente dal risultato dell'accordo criminoso.

L'elevato valore della posta in gioco renderebbe ragione dell'anticipazione di tutela e della configurazione in termini di grave delitto di un fatto che appare profilarsi come il primo passo verso l'effettiva lesione del bene tutelato e che presenta note di affinità con le "intelligenze criminose", di cui sono tipica espressione i delitti previsti dagli articoli 243 e 245 del codice penale.

Insomma qualcosa di davvero molto vicino al concetto di common law espresso dalla "Conspiracy" dove è sufficiente che sia provato, in fase di accertamento investigativo, il semplice accordo.

Ecco che con questa sinergica implementazione di diritto sanzionatorio, processuale, di buone prassi da parte della Pubblica Amministrazione e confronto con una legislazione che si auspica semplificata, si potrà guardare al futuro di un Paese nel quale le pratiche corruttive non avranno più alcun diritto di cittadinanza.

È necessaria, in altri termini, una strategia sinergica da parte del legislatore, della magistratura, della stessa Pubblica Amministrazione, dell'Anticorruzione, degli organismi internazionali ed infine della stessa società civile. Solo così si potrà davvero interrompere il circolo vizioso in cui viviamo e **"guarire"** dalla corruzione.

Se è vero, infatti, che non di sola anticorruzione vivono gli Stati, di sola corruzione possono morire.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, fasc. 3, pp. 1031-1043.

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.

AMARELLI G., I*l metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2014.

AMATO G.**,** *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015, pp. 266 – 281.

AMISANO M. *Struttura e sociologia della corruzione ambientale"* in *Critica del diritto*, fasc 1- 4, 2009**.**

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari, I, I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, Milano, 1999.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Giuffrè, 2008.

APOLLONIO A., *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2016, pp. 125 – 147.

BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2012, pp. 5-12.

BENUSSI C., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015.

BENUSSI C., *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016.

BERGOGLIO J. M. – PAPA FRANCESCO, *Guarire dalla corruzione*, Bologna, 2013.

BETTINI R., *La corruzione politica organizzata come sommerso tra tolleranza, repressione e progettazione legislativa*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1993.

BIANCHI M., *Reimpiego di proventi illeciti e concorso in associazione di tipo mafioso nella lettura chiarificatrice della Suprema Corte*, in *Cassazione penale*, n. 12/2014, pp. 4065 – 4087.

BRANCACCIO M., *Reati di partecipazione ad associazione mafiosa e riciclaggio*, in *Cassazione penale*, n. 4/2015, pp. 118 – 123.

BRICOLA F., voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, p. 125.

CALVIGLIONI S., *Antimafia: confisca di prevenzione e tutela dei creditori*, in *Il foro italiano*, fasc.1, 2014.

CANTONE R., *Formazione di riserve occulte da parte dell'impresa destinate all'illecito finanziamento dei partiti politici. Profili di rilevanza penale.*, in *Cassazione penale*, fasc. I, 1997.

CAPUTO M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2012.

CERULLI IRELLI V., *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in MERLONI F. – VANDELLI L. (a cura di) *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, 2010.

CINGARI F., *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi,* in *Diritto penale e processo*, n. 7/2015.

CINGARI F., *La corruzione pubblica:trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*,in *Rivista trimestrale diDiritto penale contemporaneo, n. 1/*2012, pp. 79- 98.

CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 maggio 2015.

COLOMBO G. E., *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica, in Rivista delle società, 1996, p. 713 ss.*

CONTI L., *Diritto penale commerciale, I,* Torino, 1980.

CORDOVA A., *Il voto di mafia*, in *MicroMega*, n. 4/1992.

Corte Suprema di Cassazione, UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione n. III/05/10*, 26 aprile 2010.

Corte Suprema di Cassazione, UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, Servizio Penale*, Relazione per la Quinta Sezione Penale*, (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015).

Corte Suprema di Cassazione, UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Servizio* Penale, *Relazione n. III del novembre 2012*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 20 novembre 2012.

CRESPI A., *Il nuovo testo dell' art. 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*,in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* n. 4/1992.

DE FRANCESCO G., voce *Associazione per delinquere*, in *Digesto italiani*, parte I, Torino, 1987.

DE FRANCESCO G., Ratio *di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, pp. 888 – 898.

DE FRANCESCO G., Societas sceleris*. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 54 – 148.

DE VERO G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 385 – 413.

DEVOTO G. - OLI G. C., *Il Devoto-Oli 2004-2005. Vocabolario della lingua italiana*, in SERIANNI L. – TRIFONE M. (a cura di), Le Monnier, 2004.

DOLCINI E., *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2013.

DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di* corruzione, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012*, pp. 232-246.*

DOMENICONI G., *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*,in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 gennaio 2016.

FALCO I., *I delitti di criminalità organizzata e il c.d. regime del doppio binario nella sua articolazione penale, investigativo - processuale e del trattamento penitenziario previsto nei confronti dei soggetti detenuti per tali fattispecie*, in *Temi romana*, n. 1 – 2/2014, pp. 4 – 10.

FERRANTE M. L., *Valenza della locuzione fraudolentemente nel delitto di falso in bilancio*, in *Rivista penale dell' economia,* 1992.

FIANDACA G., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro italiano*, 2006, parte II.

FIANDACA G., *Le associazioni per delinquere "qualificate",* in AA.VV., *I reati associativi* (a cura del CNPDS), Milano, 1998.

FIANDACA G., *Riflessi penalistici del rapporto mafia – politica*, in *Foro italiano*, 1993, parte V.

FIORELLA A., *Sul finanziamento occulto dei partiti politici*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1995, fasc. 1, p. 181–190.

FLICK G. M., *Amnistia (senza amnesie)*, in *Il sole 24 ore*, 18 agosto 1995, p. 6.

FLICK G.M., *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 luglio 2014.

FOFFANI L., *Commento all'art. 2635 c.c.*, in PALIERO – PALAZZO(a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.

FOFFANI L., *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2014.

FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2016.

FORTI G., *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica:un contributo di tematizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* fasc. 4/2003, pp. 1115-1163.

FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 476, 1996.

FRANCINI E. M., *Finanziamento illecito ai partiti: un'applicazione della legge n. 195 del 2 maggio 1974. Nota a Trib. Roma 28 marzo 2013, n. 6327*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc. 11, 2013, pp. 2452 – 2459.

FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2013.

GAMBARDELLA M., *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Archivio Penale*, fasc. 1/2013, pp. 15-35.

GAMBARDELLA M., *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità.* The new regulation of the crime of false accounting, in *Cassazione penale*, fasc 5, 2015.

GAMBARDELLA M., *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *Cassazione penale,* n. 6/2014, pp. 2018 – 2036.

GAROFOLI R., *Concussione e induzione indebita: il criterio discretivo e i profili* successori, in *www.penalecontemporaneo.it,* 23 settembre 2013.

GAROFOLI R., I*l contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 settembre 2015.

GAROFOLI R., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2016.

GERACI M., *Autoriciclaggio: la nuova norma e il contesto della Voluntary Disclosure*,in *www.giurisprudenzapenale.it*, 17 novembre 2015.

GERACI M., *Art. 648-ter.1 c.p.: breve analisi degli elementi costitutivi della fattispecie di autoriciclaggio e criticità ad essi collegate*,in *www.giurisprudenzapenale.it*, 6 febbraio 2016.

GIORDANENGO G., *Rivisitazione storico-critica dell'elemento soggettivo del reato di false comunicazioni sociali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, fasc 1.

GIUNTA F., *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61,* in *Studium iuris,* 2002*,* fasc. 6.

GROSSO C. F., *L' iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*,in *Cassazione penale*, n. 2341, 1994.

GROSSO C. F., *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*,in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1993, fasc. 4, pp. 1185-1208.

GUALTIERI P., *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 febbraio 2016.

GULLO A., *Autoriciclaggio*,in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2015.

IACOVIELLO F., *Un delitto-simbolo: il finanziamento illecito a partiti politici*, in *Cassazione penale,* n. 6/1995, pp. 1622-1629.

IACOVIELLO F., *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cassazione pen*ale, 1995, p. 3561.

INSOLERA G., *Antimafia: ieri, oggi e domani*,in *L'indice penale*, fasc. 2, 2014.

INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro italiano*, 1995, parte II.

KREPS D., *Corporate Culture and Economic Theory*, in J. ALT-K. SHEPSLE (a cura di), *Perspectives on Political Economy*, 1990.

LANZI A., *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al diritto*, n. 26, 2015.

LANZI M., *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale: Politica criminale a confronto con la crisi della legalità.,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 marzo 2016.

LEO G., *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2015.

LICCIARDELLO S., *Introduzione alla tavola rotonda sul tema: la "prevenzione" in funzione di contrasto alla corruzione. Relazione al Convegno "La prevenzione in funzione di contrasto alla corruzione"*,in *GiustAmm.it*, fasc. 6, 26 maggio 2015.

LONGO F., *Ragioni e modalità dell' istituzione delle autorità indipendenti*, in CASSESE S- FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

LOSAPPIO G., *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cassazione penale,* n. 3/2015, pp. 1036 – 1046.

MANACORDA S. – CENTONZE F. – FORTI G., *Preventing Corporate Corruption: The Anti – Bribery Compliance Model*, Springer, 2014.

MANES V., *La nuova disciplina della false comunicazioni sociali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2016.

MANGANARO F., *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della 'Ndrangheta*, LA CAMERA C. (a cura di), Reggio Calabria, 2012.

MANICCIA A., *La linea di demarcazione tra la sollecitazione e le condotte di costrizione e induzione indebita nella recente giurisprudenza in tema di istigazione alla corruzione*, in *Cassazione penale*, n. 7/8 – 2015, pp. 2673 – 2685.

MANNA A., *Corruzione e finanziamento illegale ai* partiti, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1999, fasc. 1, pp. 116-159.

MANNOZZI G., *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, n. 775, 2008.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982.

MARINO G., N*uove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza contrada della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016.

MARRA M., *«La disciplina anticorruzione: ruolo e poteri dell'A.N.A.C.». Resoconto della lezione tenuta dal Prof. Francesco Merloni*, in *Giustamm.it*, Anno XII, n. 3, 2015.

MARTINES F., *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 5, 11 marzo 2015.

MARTINI C. – ZAGREBELSKY G., *La domanda di giustizia*, Torino, 2003.

MASULLO M. N., *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi.,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 febbraio 2016.

MAZZACUVA N., *Criminalità organizzata ed attività economica:il fenomeno del riciclaggio*, in CONTENTO G. (a cura di), *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993.

MELCHIONDÀ A., *Art. 2635 c.c. («Corruzione tra privati»)*, in *Giurisprudenza* italiana, fasc. 12, 2012.

MERENDA I., *Il traffico di influenza illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 febbraio 2013.

MEZZETTI E., *La ricomposizione disarticolata del falso in bilancio (Commento agli artt. 9-12 della l. n. 69/2015)*, in *www.legislazionepenale.eu* .

MILITELLO V., *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,*n.4/2012.

MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*,in*Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 4/2000.

MILONE S., *Il rapporto tra i delitti di riciclaggio e reimpiego e il delitto associativo di tipo mafioso al vaglio delle Sezioni Unite. Il precario bilanciamento del divieto di incriminazione dell'autoriciclaggio e degli obiettivi di contrasto dell'infiltrazione criminale nell'economia*, in *Cassazione penale*, n. 12/2014, pp. 4073 – 4087.

MOCCIA S., *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da tangentopoli*,in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc 2-3, 1996, pp. 463-475.

MOCCIA S., *Prospettive non «emergenziali» di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in MOCCIA S. (a cura di) *Criminalità organizzata e risposte ordina mentali*, Napoli, 1999.

MONGILLO V., *Il "sacchetto d'oro" e la "spada sguainata": l'interazione pubblico – privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di* compliance *anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2015.

MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.

MONGILLO V.,*Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, *in www.penalecontemporaneo.it*,15 dicembre 2015.

MORGESE G., *Brevi note sulla rilevanza penale del falso qualitativo (aspettando le Sezioni Unite)*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 30 marzo 2016.

MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali: Note in ordine sparso*,in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2015.

MUCCIARELLI F., *Le sezioni unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2016.

MUCCIARELLI F., *Oltre un discusso "ancorché" le sezioni unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota*, in

www.penalecontemporaneo.it, 10 marzo 2016. Nota a Cass., Sez V, Ord. 2 marzo 2016 n. 676.

MUCCIARELLI F., *Qualche nota sul delitto di auto riciclaggio*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015, pp. 108 – 123.

MUSACCHIO V., *Regionalizzazione della lotta alla corruzione*,in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, a. XXVIII, 2014, n. 4, pp. 877 – 884.

MUSACCHIO V., *Corruzione politica e criminalità organizzata: le connivenze pericolose*,in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, a. XXVII, n. 1 – 2, 2013.

MUSCO E. - MASULLO M. N., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007.

NERI G., *Il fenomeno del pentitismo nella prospettiva criminologica integrata*, in *Temi romana*, n. 1 – 2/2014, pp. 29 - 34.

NOSENZO A., *Corruzione e sistemi istituzionali: una ricerca comparata,* in *Rassegna italiana di criminologia*, fasc.1, 1999.

NOTARGIACOMO V., *Osservazioni a Corte di Cass., n. 29789, 27 giugno 2013*, in *Cass. Pen.*, n. 3/2014, pp. 848 – 852.

NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, pp. 3 – 15.

NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, 1953.

ORRÙ M. *Le sezioni unite sul discrimen tra concussione ed induzione indebita. Un primo passo verso la soluzione del problema*,in *Responsabilità civile e previdenza*, n°3, 2014, pp. 806-825.

PADOVANI T., *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*,in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, fasc 2-3, p. 448 – 462.

PAGLIARO A., PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale vol.1. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.

PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, pp. 227-231.

PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 gennaio 2016.

PALAZZO F., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico – sociali*, in *Cassazione penale*, n. 10/2015, pp. 3389 – 3400.

PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/1992, pp. 849 – 922.

PALIERO C. E., *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in BARILLARO M. (a cura di) *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004.

PARAGNA R. M., *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*,in *www.penalecontemporaneo.it,* 7 ottobre 2015.

PAZIENZA V., *Vecchie e nuove fattispecie nei reati contro la Pubblica Amministrazione: il difficile rapporto tra concussione e induzione indebita*, in *Cassazione penale*, supplemento n. 04/2015, pp. 58 – 72.

PEDRAZZI C., *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Rivista delle società*, 2001, fasc. 6, p. 1369 ss.

PEDRAZZI C., *Sui limiti dell'«appropriazione»,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997.

PENCO E., *Il nuovo reato di autoriciglaggio*, in *Studium iuris*, n. 4/2015, pp. 381 – 388.

PERINI A., *I "fatti materiali non rispondenti al vero": Harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*,in *www.penalecontemporaneo.it,*27 aprile 2015.

PETRALIA S., *La criminalità organizzata di origine straniera: il fenomeno delle nuove mafie fra paradigma socio – criminologico e paradigma normativo*, in *Indice penale*, 2013.

PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*,in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2015.

PIRAS P. *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale,* in *Il diritto dell'economia*, fasc.1, 2015.

PIVA D., *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 giugno 2016.

PRETE F., *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.*it, 20 dicembre 2012.

PULITANÒ D., *La riforma del diritto penale societario, fra* dictum *del legislatore e ragioni del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, fasc. II.

RAGUSA G., *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2016.

RAMPIONI R., *Momento consumativo del delitto di corruzione ed* escamotages *giurisprudenziali in tema di decorso del termine di prescrizione*,in *Cassazione penale*, n. 2556, 1996.

RIZZINI BISINELLI S. - ZUCCATO R., *Le sezioni unite decidono su false comunicazioni sociali e frode fiscale*, Nota a Cass. Pen., sez. un., 7 novembre 2000, n. 27 in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale,* 2001, fasc. 3, pp. 297-299.

ROBERTI F. – DE SIMONE M. V., *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A. S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 giugno 2016.

ROCCO A., *Il dolo nella falsità di bilanci nelle società commerciali*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1936.

ROLLI R. - ARABIA G., *Come le termiti: corruzione e rimedi*,in *GiustAmm.it,* fasc 4, 2015.

ROMANO B., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, in *Diritto penale e processo,* n. 9/2013, pp. 1013 – 1019.

ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione – I delitti dei privati. Commentario sistematico*, Milano, 2013.

ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazioni – I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2013.

RUGGIERO V., *Corruzione e crimine organizzato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2014, fasc. 2, pp. 696-704.

SANTINO U., *Modello mafioso e globalizzazione*, in SANTINO U., *Mafie e globalizzazione*, Di Girolamo, 2007.

SAVIANO R., *Gomorra. Viaggio nell'impero economico e nel sogno di dominio della camorra*, Mondadori, 2006.

SCARANTINO E., *L'elemento oggettivo del nuovo delitto di concussione per costrizione e le differenze con il diverso delitto di concussione per induzione*, in *Cassazione penale*, n. 2/2015, pp. 598 – 613.

SCOLETTA M., *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni in bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale"*, in *www.penalecontemporaneo.it*,2 marzo 2016.

SCOLETTA M., *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le società*, n. 11/2015.

SCORDAMAGLIA V., *La corruzione malattia della democrazia,* in *La giustizia penale* 3.II.2015.

SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privato*, in *Le Società*, n. 1/2013, pp. 61 – 70.

SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*,in *Diritto penale e processo*, n. 7/2015.

SEMINARA S., *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2012.

SEMINARA S., *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 671 ss.

SEMINARA S., *Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali,* in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014.

SESSA A., *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di tangentopoli rinnovate esigenze di riforma*, in *L'indice penale*, n. 29, 2001.

SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2013, pp. 7-10.

SGUBBI F., *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015, pp. 137 – 141.

SGUBBI F., *Non è irragionevole un falso in bilancio senza valutazioni*, in *Il sole 24 ore*, 16 marzo 2016.

SILVESTRI G., *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, in *Foro italiano*, 2012, parte II.

SPAGNOLO G., *I reati di illegale finanziamento dei partiti politici*, Padova, 1990.

SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1987.

SPARAGNA R. M., *Metodo mafioso e c.d. Mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2015.

SPENA A., *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003.

SUTHERLAND E. H., *White Collar Crime*, New York, 1949.

TAORMINA C., *Finanziamento illecito dei partiti e depenalizzazione*, in *Giustizia penale*, fasc. 2, 1994.

TARABUSI M., *Il trattamento contabile degli strumenti finanziari nel bilancio dell'emittente:quale forma e quale sostanza?*, in AA.VV., *Il principio* substance over form*. Profili contabili, civilistici e tributari*, Milano, 2012.

TEDESCO G., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra associazione a delinquere di stampo mafioso e riciclaggio*, in *Diritto penale e processo,* n. 11/2014, pp. 1300 – 1323.

TOMASSINI A., *"*Voluntary disclosure*" finalmente al via*, in *Corriere tributario*, 2015.

TROYER L. – CAVALLINI S., *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2015.

VALIANTE M., *L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione mafiosa)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1995, fasc. 3, pp. 820-832.

VANNUCCI A., *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, fasc 1, pp. 75-86.

VIGANO' F., *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/ 2014, pp. 4 – 24.

VISCO I., *Prevenzione e contrasto della criminalità organizzata*, audizione del Governatore della Banca d'Italia dinanzi alla Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Roma, 14 gennaio 2015.

VISCONTI C., *Mafie straniere e 'Ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015, pp. 353 – 381.

VISCONTI C., *Proposte per recidere i nodi mafie – imprese*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014.

i SUD del MONDO

Associazione I Sud del Mondo ETS

Osservatorio Tematico

Questo rapporto di ricerca analizza la corruzione come fenomeno sistemico, esaminandone le dinamiche economiche, socio-culturali e istituzionali. Il caso di studio propone una lettura approfondita dei meccanismi che incidono sulla pubblica amministrazione, sulla trasparenza, sull'accountability e sulla fiducia collettiva.



Associazione I Sud del Mondo ETS

www.suddelmondo.it