

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

9/2017

► edicolaprofessionale.com/DPP

Corruzione e anticorruzione

Bancarotta fraudolenta pre-fallimentare

**Decreto Severino, Costituzione e
Convenzione EDU**

**Giudizio abbreviato:
prove e strategie difensive**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminara
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 352/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00216424



5 000002 164248



Wolters Kluwer

*Se posso personalizzarla
in base alle mie aree
d'interesse,*

è La Mia **Biblioteca**

La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è pensata per te,
richiedi subito una prova!



lamiabiblioteca.com

 Wolters Kluwer



EDITORIALE

CORRUZIONE E ANTICORRUZIONE

di *Sergio Seminara*

1125

LEGISLAZIONE

NOVITÀ NORMATIVE

1133

GIURISPRUDENZA

Osservatori

OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE

a cura di *Giuseppe di Chiara*

1135

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE

a cura di *Giulio Garuti*

1140

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE

a cura di *Stefano Corbetta*

1144

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE

a cura di *Antonella Marandola*

1149

OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

a cura di *Irene Scordamaglia*

1153

Giurisprudenza commentata

Cassazione Penale, Sez. V, 22 marzo 2017 (ud. 8 febbraio 2017), n. 13910

1158

LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO HA NATURA DI CONDIZIONE OBIETTIVA
DI PUNIBILITÀ ESTRINSECA NELLA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PRE-FALLIMENTARE:
UN IMPORTANTE *REVIREMENT* DELLA CASSAZIONE

di *Nicola Pisani*

1160

Cassazione Penale, Sez. III, 16 gennaio 2017 (ud. 17 novembre 2016), n. 1783

1173

MISURE CAUTELARI PERSONALI E OBBLIGO DI MOTIVAZIONE SUL CONCRETO E ATTUALE
PERICOLO DI RECIDIVA

di *Ilenia Cirino Groccia*

1175

Cassazione Penale, Sez. V, 6 dicembre 2016 (ud. 15 novembre 2016), n. 51978

1180

SANZIONI E RIMEDI ALLA VIOLAZIONE DEL CONTRADDITTORIO IN DANNO DELLA PERSONA
OFFESA NELLA PROCEDURA ARCHIVIATIVA

di *Francesca Delvecchio*

1181

Cassazione Penale, Sez. I, 11 novembre 2016 (ud. 11 ottobre 2016), n. 47935

1195

LA NATURA DELLA CLAUSOLA DI SPECIALITÀ NELL'ESTRADIZIONE ATTIVA E I SUOI EFFETTI
IN FASE ESECUTIVA

di *Francesco Cavalli*

1198

Cassazione Penale, Sez. III, 27 ottobre 2016 (ud. 24 maggio 2016), n. 45428

1209

PRESCRIZIONE DEL REATO E CONFISCA "URBANISTICA" DOPO LE PRONUNCE
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di *Emanuele Nicosia*

1210

Diritto penale e processo

Sommario

OPINIONI

LE MISURE DEL C.D. DECRETO SEVERINO SONO COSTITUZIONALMENTE LEGITTIME, MA SONO ANCHE CONFORMI ALLA CONVENZIONE EDU? ALCUNE RIFLESSIONI IN ATTESA DELLA DECISIONE DI STRASBURGO SUL CASO BERLUSCONI

di *Luca Masera*

1218

GIUDIZIO ABBREVIATO: PROVE E STRATEGIE DIFENSIVE

di *Giovanni Barrocu*

1233

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di *Carlotta Conti*

1251

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO

1256

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: A. Bargi, G. Bellantoni, A. Bernasconi, P. Corso, A. De Caro, P. Dell'Anno, V. Fanchiotti, L. Filippi, C. Fiorio, A. Gai-to, A. Giarda, P. Gualtieri, S. Lorusso, M.R. Marchetti, E. Marzaduri, M. Menna, A. Molari, P. Moscarini, G. Pansini, V. Patanè, A. Pennisi, G. Pierro, A. Presutti, S. Sau, A. Scaglione, M. Scaparone, A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 6/2017

Diritto penale:

- F. Rossi, *Luci e ombre della reazione della Corte costituzionale alla sentenza Taricco* (Corte costituzionale, 26 gennaio 2017, n. 24 - ord.), 1424;
- M. Di Lello Finuoli, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione* (Corte costituzionale, 10 novembre 2016, n. 236), 1431.

Diritto processuale penale:

- A. Procaccino, *L'estradizione tra bis in idem e trattamenti inumani e degradanti* (Cassazione penale, Sez. VI, 21 dicembre 2016 (ud. 15 novembre 2016), n. 54467), 1438;
- V. Cannas, *Inammissibilità della domanda per omessa elezione di domicilio* (Cassazione penale, Sez. I, 26 ottobre 2016 (ud. 5 feb-braio 2016), n. 45171), 1449;
- G. Colaiacovo, *La latitanza nel diritto processuale penale*, 1455.

Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.

Corruzione e anticorruzione

di Sergio Seminara

Se, al tempo di "Tangentopoli" e "Mani pulite", la risposta alla dilagante corruzione si svolse per via giudiziaria - senza comunque riuscire a opporre un duraturo contrasto -, negli ultimi anni la lotta contro questo fenomeno criminoso è stata condotta per via legislativa - e non sembra, finora, che abbia sortito risultati di rilievo. Una riflessione sull'insieme delle sanzioni applicabili per il reato di corruzione e sulle proposte all'esame del Parlamento dimostra che la soluzione del problema non può essere ricercata solo attraverso il diritto penale.

L'arsenale sanzionatorio

Il vigente apparato punitivo per i reati di corruzione si articola su una pluralità di livelli. Oltre la sfera delle sanzioni penali detentive, possiamo così distinguere tra una responsabilità *politica*, consistente nella incandidabilità alle elezioni della Camera dei deputati, del Senato e del Parlamento europeo nonché alle cariche elettive regionali e negli enti locali e nel divieto di assumere o svolgere incarichi di Governo (artt. 1 ss., D.Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235); una responsabilità *disciplinare*, destinata a sfociare nell'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego in caso di condanna non inferiore a due anni (art. 32 *quinquies* c.p.) e nell'interdizione dai pubblici uffici per un tempo pari a quello della pena principale (art. 31 c.p.); una responsabilità *patrimoniale*, variamente modulata sulla confisca, anche per equivalente, del profitto o del prezzo del delitto (art. 322 *ter* c.p.), sulla riparazione pecuniaria - posta come requisito di ammissibilità della sospensione condizionale della pena - mediante pagamento di una somma pari a quanto indebitamente ricevuto dal pubblico agente (artt. 322 *quater* e 165, comma 4, c.p.) e sulla confisca del denaro, dei beni o utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulta titolare o ne ha comunque la disponibilità, in valore sproporzionato al proprio reddito (art. 12 *sexies*, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356).

Questo catalogo di pene accessorie e misure di sicurezza patrimoniali non trova applicazione esclusiva per i reati di corruzione: la responsabilità che abbiamo definito politica scatta per le condanne

definitive concernenti tutti i delitti, anche tentati, dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, previsti dal libro II, titolo II, capo I del codice penale ovvero, quanto alle cariche elettive regionali e locali, per i delitti anche tentati di cui agli artt. 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater* comma 1, 320, 321, 322, 322 *bis*, 323, 325, 326, 331 comma 2, 334 e 346 *bis* c.p.; la responsabilità disciplinare *ex* art. 32 *quinquies* c.p. è riferita agli artt. 314 comma 1, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, comma 1 e 320 c.p., mentre l'art. 31 è genericamente riferito a ogni condanna per delitto commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione; quanto poi alla responsabilità patrimoniale, l'art. 322 *ter* si applica alla condanna per i delitti di cui agli artt. 314-320 c.p., l'art. 322 *quater* ai reati *ex* artt. 314, 317, 318, 319 *ter*, 319 *quater*, 320 e 322 *bis*, l'art. 12 *sexies*, D.L. n. 306 del 1992 agli artt. 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 322, 322 *bis* e 325 c.p.

Al di là delle differenze, talvolta incomprensibili, che caratterizzano gli ambiti applicativi delle disposizioni ora richiamate, esse comunque comprendono tutte le tipologie di corruzione, che risultano così in complesso sottoposte a un trattamento particolarmente rigoroso. I problemi insorgono quando, concentrando l'attenzione sul microsistema costituito dai reati di corruzione, concussione e induzione indebita, si passa alla comparazione dell'entità delle sanzioni penali.

Corruzione, induzione indebita e concussione sul piano etimologico e degli interessi tutelati

Il verbo corrompere discende dal latino *com-rumpere*, ove il *com* è impiegato in forma intensiva di *rumpere*, cioè mandare in pezzi o distruggere: in riferimento al nostro tema, si evoca così una violazione dell'integrità richiesta dal ruolo e un tradimento del patto di fiducia stretto con la fonte attributiva del potere. Il verbo indurre deriva dal latino *inducere* ed esprime l'idea di una spinta, di una pressione mediante persuasione verso un risultato perseguito dall'agente. Il verbo concutere viene dal latino *com-quatere*, cioè scuotere: l'immagine è quella di chi scuote un albero per farne cadere i frutti, allo stesso modo del pubblico agente che attraverso violenza o minaccia scuote il cittadino per ottenere indebite utilità.

La differente etimologia si riflette sul contenuto delle relative condotte, rispettivamente incentrate su un accordo paritario espresso dalla promessa o dazione al pubblico agente, correlata al compimento di un atto di ufficio o contrario ai doveri di ufficio; su un accordo promosso dal pubblico agente attraverso un abuso della qualità o dei poteri e teso verso il compimento, dietro indebito compenso, di un atto comunque vantaggioso per il privato; su una costrizione di quest'ultimo mediante violenza o minaccia.

Occorre dunque affermare che la diversità dei verbi corrompere, indurre e concutere si esprime pure nella loro direzione lesiva. Nella corruzione - ove si punisce il compenso di un esercizio funzionale o il mercimonio di uno specifico atto contrario ai doveri di ufficio, da compiersi o già compiuto - il bene offeso consiste nel buon andamento della pubblica amministrazione nonché, nel caso di accordi concernenti atti contrari ai doveri di ufficio, nella sua imparzialità, l'uno e l'altra riguardati però in chiave meramente potenziale, poiché il reato consiste solo nella violazione del dovere di non venalità gravante sul pubblico agente e l'eventuale compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio, se integrante uno specifico reato, viene autonomamente punito. Anche nell'induzione indebita gli interessi tutelati sono il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e parimenti

la loro lesione - che si riporta più all'abuso del pubblico agente che al comportamento adesivo della controparte, come dimostrano le rispettive sanzioni - si realizza sul piano del pericolo, giacché il compimento dell'atto illecito, favorevole al privato, rende pure quest'ultimo responsabile a titolo di concorso. Nella concussione, infine, essendo sanzionato il soggetto qualificato che costringe il privato a dargli o promettere un'utilità, rappresentandogli in alternativa un male ingiusto, l'offesa si proietta non solo sul corretto funzionamento della pubblica amministrazione, ma anche sulla libertà di autodeterminazione della vittima.

Tutto chiaro, dunque? La risposta è purtroppo negativa. Invero, non solo nella concretezza dei rapporti interpersonali la distinzione tra corruzione, induzione e concussione poggia su criteri oggettivi e psicologici variamente destinati a combinarsi, così da spalancare le porte alla discrezionalità del giudice (1); soprattutto - come ora vedremo -, il differente disvalore delle fattispecie criminose in esame viene negato dal loro trattamento sanzionatorio.

(segue) e sul piano sanzionatorio

Nel sistema originario del codice penale, l'art. 317 era punito con la reclusione da quattro a dodici anni, mentre l'art. 319 (al quale ora, nella variegata fenomenologia della corruzione, limitiamo la nostra attenzione) veniva sanzionato con la reclusione da due a cinque anni.

Con la sensibilità odierna, quella distanza tra concussione e corruzione risultava troppo benevola rispetto alla corruzione: non perché fosse intrinsecamente errata, alla luce dell'autonoma punibilità dell'atto contrario ai doveri di ufficio, ma a causa dell'enorme espansione del fenomeno corruttivo e della conseguente necessità di un più energico contrasto.

Si spiega così che la L. 6 novembre 2012, n. 190, elevando a sei anni il minimo della pena per la concussione, avesse stabilito per l'art. 319 la reclusione da quattro a otto anni; come è noto, nella stessa occasione veniva inserito l'art. 319 *quater*, che per il pubblico agente prevedeva la reclusione da tre a otto anni e per il privato la reclusione fino a tre anni.

(1) Il rinvio d'obbligo è a Cass., SS.UU., 14 marzo 2014, n. 12228, Maldera, in *Cass. pen.*, 2014, 1992, con nota di Gambardella; in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con nota di Gatta e 11 maggio 2014, con nota di Piva; in questa *Rivista*, 2014, 546, con note di Seminara e Pisa; in *Foro it.*, 2014, II, 517, con

nota di Fiandaca; in *Giur. it.*, 2014, 1200, con nota di Bartoli; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1532, con nota di Gatta. Da ult. Collica, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2017.

Certo, la minore gravità del limite minimo della pena per l'induzione indebita del pubblico agente, rispetto all'art. 319, appariva il frutto di un evidente errore, che contribuiva a dimostrare la difficoltà di costruire una fattispecie intermedia tra concussione e corruzione. Nondimeno, il rapporto tra gli artt. 317, 319 e 319 *quater* sul piano sanzionatorio continuava ancora a caratterizzarsi alla luce di una gradazione che teneva fermo il maggiore disvalore della concussione in confronto alle altre due norme, fondate sull'assenza di una costrizione.

La situazione è però mutata con la L. 27 maggio 2015, n. 69, che - lasciando inalterato l'art. 317 - ha rideterminato le pene degli artt. 319 e 319 *quater* rispettivamente tra sei e dieci anni e tra sei e dieci anni e sei mesi.

Ora, qualunque "pratico" sa che la comparazione tra le cornici edittali stabilite per i reati va fatta in relazione al limite minimo e alla misura media risultante dal rapporto fra minimo e massimo, che costituiscono i fattori sui quali solitamente i giudici basano la commisurazione della pena concreta. A questa stregua, le sanzioni minacciate per gli artt. 317, 319 e 319 *quater* appaiono talmente vicine da risultare cancellata la diversità del disvalore dei rispettivi fatti: in totale dispregio del significato dei termini di concussione, corruzione e induzione, il livellamento sanzionatorio suppone che, rispetto al pubblico agente, tali concetti siano divenuti semplicemente modalità alternative di fatti provvisti di una medesima dimensione offensiva.

Accertato dunque che per il legislatore penale solo *nomina nuda tenemus*, ci si dovrebbe chiedere che senso abbia la previsione di tre norme distinte in luogo di una sola che tutte le contenga, in grado di evitare - a fronte della carenza di effetti sulla sanzione concreta - la deduzione nel giudizio di appello e di legittimità di nullità processuali relative alla sussunzione del fatto nell'una o nell'altra disposizione. La risposta è ovvia: il delitto di concussione è nettamente diverso dalla corruzione, al punto che dalla sua soppressione deriverebbe la configurabilità dell'estorsione aggravata ex artt. 629 e 61, n. 9, c.p. Tale rilievo, al tempo stesso, evidenzia però l'inammissibilità del livellamento sanzionatorio tra gli artt. 317 e 319.

Ancora una notazione vale a dimostrare come il legislatore abbia perduto il controllo dello strumento punitivo: così come il fatto corruttivo può congiungersi a un precedente o successivo illecito costituente oggetto della pattuizione, allo stesso modo l'art. 319 *bis* sancisce un aumento della pena quando venga in rilievo il conferimento di pubblici impieghi, stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti cui è interessata la pubblica amministrazione o il pagamento o il rimborso di tributi. In sostanza, nonostante la maggiore gravità del disvalore della concussione rispetto a quello proprio della corruzione, l'art. 319 è punito in una misura quasi coincidente con l'art. 317 nella sua fattispecie base e nelle forme concorsuali o aggravate prevede una pena più severa.

Fermiamoci un momento. Il limite minimo di sei anni di reclusione, indifferentemente stabilito per concussione, induzione indebita e corruzione propria, risulta estremamente rigoroso, al punto da trovare pochi confronti all'interno del codice penale; sul piano dei valori espressi dalla cornice edittale, tale limite minimo dovrebbe riguardare i casi di più modesta gravità rientranti nelle fattispecie in esame.

Ponendo da parte la concussione a causa dell'elevato grado di riprovevolezza insito nell'abuso di poteri che connota la violenza o la minaccia sul privato, è tuttavia possibile ipotizzare fatti di corruzione (e talvolta, a causa della non chiara linea di confine, di induzione indebita) che evocano un contesto di malaffare amministrativo o di perdita del senso della legalità che certo legittima l'ampio corredo di sanzioni oggi applicabili, ma non riesce a giustificare una pena detentiva così elevata già nel minimo (2). La sensazione è che nelle cornici di pena previste dagli artt. 319 e 319 *quater* le finalità di prevenzione generale abbiano prevalso sulla prevenzione speciale, fino ad escluderne la realizzabilità in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.; l'ulteriore impressione è che tale esasperazione della prevenzione generale sia stata influenzata dall'elevatissimo margine di impunità caratterizzante i reati in esame, con il risultato di trasformare il reo in un capro espiatorio immolato sull'altare dell'efficacia intimidatoria della pena.

(2) A titolo esemplificativo, si pensi al caso, ricorrente in giurisprudenza, del personale ospedaliero o addetto alla camera mortuaria che riceve un compenso per comunicare ai titolari di pompe funebri l'avvenuto o imminente decesso dei degenti (per la configurabilità dell'art. 319, da ult., Cass., Sez. VI, 7 marzo 2016, n. 9409; Id., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 25242; Id., Sez. VI, 8 luglio 2008, n. 27933; Id., Sez. VI, 13 giugno 2003, in

Foro it., 2005, II, 489). È vero che, ove il soggetto attivo intraneo sia un incaricato di un pubblico servizio, l'art. 320 ammette una riduzione della pena, ma nondimeno sono agevolmente prospettabili casi - ad es., l'accelerazione o l'inversione cronologica nel disbrigo delle pratiche amministrative - realizzabili da pubblici ufficiali.

La severità del limite minimo delle cornici edittali si riflette anche sul piano processuale, subordinando il beneficio della sospensione condizionale della pena ad almeno tre attenuazioni di essa (3): laddove non siano applicabili - congiuntamente e nella massima estensione - le circostanze di cui agli artt. 62 bis e 323 bis e la diminuzione ex art. 320, la scelta del giudizio abbreviato o del patteggiamento e il risarcimento del danno rappresentano opzioni in grado di comprimere fortemente la strategia difensiva dell'imputato che voglia dimostrare la propria innocenza.

Le vette del parossismo sanzionatorio sono poi attinte dall'art. 319 ter, che per la corruzione in atti giudiziari prevede al comma 1 una pena eguale a quella che caratterizza la concussione, cioè la reclusione da sei a dodici anni. Agli effetti sanzionatori, alla lesione della libertà di autodeterminazione tipizzata dall'art. 317 viene dunque equiparata l'offesa per il corretto esercizio dell'attività giudiziaria insita nell'art. 319 ter; salvo però a specificare che quest'ultima offesa è indifferentemente riferita ad atti sia conformi che contrari ai doveri di ufficio (4), così da focalizzare il divieto esclusivamente sulla violazione del dovere di non venalità del pubblico agente.

Il limite massimo della pena, fissato in dodici anni, è stato però ritenuto dal legislatore talmente severo che, qualora dal fatto ex art. 319 ter derivi l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la sanzione rimane inalterata nel minimo, con un lieve ritocco (reclusione fino a quattordici anni) nel massimo: scelta, questa, assolutamente irragionevole alla luce del rango del bene della libertà personale, che non si vede come possa prestarsi a essere assorbito dalla violazione del dovere di non venalità. Ma altrettanto vale per

il limite minimo della pena: nel caso di ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la cornice edittale va da otto a venti anni di reclusione.

Come si vede, il microsistema di concussione, induzione indebita e corruzione registra l'accostamento sanzionatorio di fatti provvisti di dimensioni offensive nettamente diverse: l'ansia repressiva del Parlamento nei confronti del fenomeno della corruzione è sfociata in un abuso della funzione simbolica del diritto penale dal quale è derivata la corruzione dell'ordinamento penale, che nella sua incapacità di ordinare e differenziare vede svanire la nota più qualificante del concetto stesso di sistema.

Ma davvero qualcuno ritiene che, oltre le sanzioni politiche, disciplinari e patrimoniali, l'efficacia della lotta alla corruzione sia stata incrementata dagli inasprimenti introdotti dalla L. n. 69 del 2015? È fin troppo noto che, per un reato altamente razionale come quello in esame, la decisione di commetterlo è direttamente influenzata, più che dalla gravità della pena, dall'utile che ne deriva e dal rischio di incorrere nella sanzione: tanto più ridotto è il rischio, tanto minore è la capacità dissuasiva della pena. L'elevata cifra nera del fenomeno corruttivo dimostra che i più recenti aumenti di pena apportati agli artt. 319 e 319 quater, oltre che dannosi per il sistema, sono anche verosimilmente inutili.

Le nuove strategie anticorruzione: gli agenti infiltrati

Per questa ragione da più parti si vagheggia l'impiego di agenti infiltrati, o sotto copertura, per la lotta alla corruzione (5). Come è noto, la differenza tra l'infiltrato e l'agente provocatore sta nel fatto

(3) Cfr. sul punto già Pelissero, *Addenda a Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Grosso - Pelissero, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, pt. sp., 2015, VI, 6.

(4) L'orientamento prevalente in dottrina e dominante in giurisprudenza ammette la riconducibilità all'art. 319 ter di fatti di corruzione ex art. 318 (per tutti Benussi, *Art. 319 ter*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini - Gatta, 2015⁴, II, 312; Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, 2015⁴, 221; Cass., Sez. VI, 8 marzo 2013, n. 11029; Id., Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 24349; Id., SS.UU., 21 aprile 2010, n. 15208; diff. Pelissero, *I delitti di corruzione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 329 s.).

(5) Vd. Davigo - Mannozi, *La corruzione in Italia*, 2007, 290 s. Analoga proposta si rinviene nel D.D.L. n. 1959, comunicato alla Presidenza del Senato l'8 giugno 2015 nonché, in base a quanto riferito dagli organi di stampa, nella relazione della Commissione istituita dalla Presidenza del Consiglio dei mini-

stri il 30 luglio 2014 sotto la presidenza del dott. Gratteri per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità e in un documento approvato il 14 gennaio 2015 dalla VI commissione del C.S.M. Occorre peraltro aggiungere che l'art. 23 della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, stabilisce che "ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative o di altra natura, comprese quelle che consentono l'utilizzazione di speciali tecniche investigative conformemente alla legislazione nazionale, per agevolare l'assunzione di prove concernenti i reati penali definiti in virtù degli articoli 2-14 della presente Convenzione"; il par. 114 del Rapporto esplicativo alla Convenzione, a questo proposito, menziona espressamente gli agenti infiltrati e le intercettazioni telefoniche, ma subito dopo aggiunge che, alla luce dei problemi di compatibilità costituzionale di tali misure con le libertà e i diritti fondamentali, non viene imposto agli Stati un obbligo di adozione.

che quest'ultimo concorre nell'altrui reato mediante istigazione o agevolazione, mentre il primo si limita alla raccolta di prove a carico del colpevole, in assenza di un proprio contributo alla perpetrazione dell'illecito. Tuttavia, se l'obiettivo perseguito consiste - come pure si è affermato - nel sottoporre i pubblici funzionari a "test di integrità", proponendo patti corruttivi allo scopo di saggiarne la capacità di resistenza, appare evidente che, in un illecito bilaterale di condotta come la corruzione, l'offerta o la dazione del denaro integra già l'art. 322, comma 1 o 2, c.p. e vale dunque a rendere il suo autore ben più che un agente provocatore.

Al di là della questione nominalistica, il problema consiste comunque nell'ammissibilità di una metodologia di indagine che filosoficamente assume come presupposto una rigida bipartizione tra onesti e disonesti, ove i primi sono coloro la cui integrità morale è tetragona a ogni induzione e i secondi annoverano invece indistintamente i delinquenti sia per elezione sia perché fatti cadere in tentazione. Questo spostamento del piano di valutazione, dal diritto all'etica, appare intollerabile in uno Stato di diritto che non voglia essere uno Stato di polizia: ma di una polizia che opera non solo per prevenire e reprimere i reati, ma anche per creare essa stessa gli autori dei reati.

(segue) gli inasprimenti di pena

Tornando alla storia, essa non finisce qui. Il 25 maggio 2017 il Senato ha approvato all'unanimità, con 178 voti su 178, il D.D.L. n. 2291-A, che stabilisce un aumento della pena fino alla metà per l'art. 317 (dunque reclusione da nove a diciotto anni), "se i fatti ivi previsti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie"; per l'art. 319 *ter*, se nei fatti di cui ai commi 1 e 2 "chi dà o promette al pubblico ufficiale denaro o altra utilità è un magistrato, un appartenente al personale amministrativo degli uffici giudiziari, ovvero esercita professioni forensi" (quindi reclusione da nove a diciotto anni per il comma 1 e, quanto al comma 2, da nove a ventuno anni per l'ingiusta condanna alla reclusione non superiore ad anni cinque e da dodici a trenta anni per l'ingiusta condanna a una pena maggiore); per il comma 1 dell'art. 319 *qua-*

ter, "se i fatti ivi previsti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie" (la reclusione va pertanto da nove anni a quindici anni e nove mesi).

Questi inasprimenti sanzionatori sono così motivati nella relazione al D.D.L.: "La ulteriore differenziazione tra le sanzioni appare giustificata dalla necessità di rimarcare il diverso disvalore sociale della condotta di coloro che svolgono l'attività e le funzioni suindicate rispetto alle altre, in ragione delle diverse posizioni giuridiche ricoperte, laddove in tali casi risulta maggiore l'aspettativa di affidabilità e di liceità delle condotte".

Assumendo che la cornice edittale prevista per ogni fattispecie incriminatrice, nella previsione di un limite minimo e massimo, riflette la valutazione legislativa dei casi più lievi come di quelli più gravi, il Senato ha dunque ritenuto che il tetto della pena attualmente stabilito dagli artt. 317, 319 *ter* e 319 *quater* non sia in grado di riflettere adeguatamente la condotta di chi svolge "attività giudiziarie" quanto alla concussione e all'induzione indebita e la condotta del magistrato, del personale degli uffici giudiziari e dell'avvocato rispetto alla corruzione attiva in atti giudiziari.

Le prime perplessità insorgono sul piano della formulazione della circostanza aggravante riferita alle "attività giudiziarie" (artt. 317 e 319 *quater*), poiché il vigente sistema risulta già alquanto approssimativo nelle nozioni di funzione giudiziaria ex art. 357 e di atti giudiziari di cui all'art. 319 *ter* (6), senza necessità che ad esse si aggiunga una terza nozione ancora più ampia perché sganciata sia dalla titolarità della funzione che dal contenuto oggettivo dell'atto. Neppure risulta di agevole comprensione il motivo di un inasprimento della pena dell'art. 319 *ter* legato alla posizione (non del corrotto ma) del corruttore: mentre i vigenti artt. 319 *bis* e 319 *ter* dimostrano che la maggiore gravità della corruzione si lega all'oggetto dell'accordo o alla natura dell'atto e l'art. 320 pone l'accento sulla qualifica dell'intraneo, non si vede davvero come la qualità dell'estraneo - la cui appartenenza al mondo giudiziario può facilmente ricorrere nel fatto tipizzato dall'art. 319 *ter* - sia in grado di incidere sul disvalore obiettivo del reato. Soprattutto, pe-

(6) L'art. 357 menziona la funzione giudiziaria senza definirla, lasciando aperto il problema se essa debba essere intesa alla luce dell'ordinamento giudiziario - così comprendendo anche il personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie - o invece dilatata agli ausiliari dell'ordine giudiziario e agli ausiliari del giudice, ferma restando la difficoltà di sistemare concettualmente la figura del testimone (per tutti Romano, *op. cit.*,

343 ss.). Ancora più controversa è la nozione di atti giudiziari di cui all'art. 319 *ter*, che un orientamento prevalente riferisce agli atti di esercizio della funzione giudiziaria, laddove una soluzione minoritaria ritiene tali tutti quelli teleologicamente destinati a influire sull'esito del processo (cfr. Benussi, *Art. 319 ter*, cit., 306 s.).

rò, appare inammissibile che l'entità delle sanzioni per gli illeciti in esame sia portata a limiti così elevati, con un conseguente stravolgimento del rapporto con il rango dei beni tutelati: ora le pene stabilite per la concussione, l'induzione indebita e la corruzione hanno raggiunto i livelli caratterizzanti i delitti contro la vita.

In questo contesto merita una particolare attenzione il voto unanime del Senato. Se nessun componente dell'Assemblea ha avvertito la necessità di manifestare il proprio dissenso, ciò significa che la lotta contro la corruzione è ormai divenuta una crociata che non ammette defezioni ma neppure esitazioni: anche a costo di calpestare i più elementari principi giuridici e di buon senso, e comunque nella consapevolezza dell'assoluta inutilità di questa ennesima riforma.

(segue) le misure di prevenzione

Ma non basta ancora. Il 6 luglio 2017 il Senato ha approvato il D.D.L. n. 2134, contenente modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che, in tema di lotta alla corruzione, opera un'estensione delle misure di prevenzione personali ex art. 4 e, alla luce del richiamo della norma appena citata ad opera del successivo art. 16, anche patrimoniali. Rispetto al testo approvato dalla Camera dei Deputati l'11 novembre 2015, la soluzione diverge però sensibilmente: la Camera aveva votato in favore dell'inserimento nell'art. 4, tra i destinatari delle misure, dei "soggetti indiziati di uno dei delitti di cui agli articoli 314, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 e 322 bis del codice penale", mentre il Senato ha accolto un emendamento che così riformula la previsione: "soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640 bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 e 322 bis del medesimo codice". Dopo la presentazione alla Camera della p.d.l. n. 1039 ma prima della sua approvazio-

ne, inoltre, il 22 ottobre 2014 la *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, aveva approvato la Relazione sulle disposizioni per una revisione organica del codice antimafia e delle misure di prevenzione, a sua volta proponendo allo stesso scopo la seguente espressione: "soggetti indiziati di uno dei delitti contro la pubblica amministrazione previsti dal titolo II, Capo I, del codice penale che rientrino nelle categorie di cui all'articolo 1, lettere a) e b)" (7).

In sostanza, vi è concordia nel ritenere che, rispetto ai più significativi delitti contro la pubblica amministrazione, non sia sufficiente la confisca c.d. allargata ex art. 12 sexies, D.L. n. 306 del 1992, rendendosi indispensabile intervenire con le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La pluralità dei modelli elaborati vale però a moltiplicare le perplessità.

La formula della Commissione "antimafia" brilla per la sua inutilità, poiché da tempo la giurisprudenza ammette la possibilità di applicare le misure preventive in esame ai soggetti socialmente pericolosi, senza riguardo per la tipologia del reato di riferimento (8). Non è da escludere peraltro che l'inutilità si converta in un danno: come si è osservato, infatti, "l'esplicita previsione dei delitti contro la pubblica amministrazione potrebbe legittimare la tesi della esclusione dall'applicazione del sistema della prevenzione per tutte le altre tipologie di delitto, pur se riconducibili a soggetti che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose (come, ad esempio, l'evasore fiscale abituale, il truffatore abituale, il ricettatore abituale)" (9).

La soluzione accolta dalla Camera dei Deputati, concernente i soggetti indiziati di un delitto contro la pubblica amministrazione, invece trascura che, per loro natura, le misure preventive hanno come destinatari coloro cui viene ascritta una pluralità di fatti reiterati nel tempo, tale da evidenziare uno "stile" di vita nel quale appunto si riflette la loro pericolosità; un'estensione a soggetti indiziati di

(7) Sul punto Menditto, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015, 32 ss.

(8) Da ult. Cass., SS.UU., 2 febbraio 2015, n. 4880, che, richiamando la distinzione tra pericolosità generica dei "soggetti dediti abitualmente a traffici delittuosi o che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" e pericolosità qualificata dei "soggetti ritenuti partecipi di associazioni per delinquere di stampo mafioso", osserva che le due forme di pericolosità presentano un "comune denominatore:

entrambe sollecitano risposte ordinamentali non già a fatti costituenti reato, ma a stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico".

(9) Così, autorevolmente, Roberti - De Simone, *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 *Dir. pen. cont.*, 28 giugno 2016, 6.