

Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

OGGETTO: Novità legislative – L. 6 novembre 2012, n. 190 – Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione – Disposizioni penali.

Rif. norm.: cod. pen. artt. 32-quarter, 32-quinquies, 314, 317, 317-bis, 318, 319-ter, 319-quarter, 320, 321, 322, 322-bis, 322-ter, 323, 346-bis; cod. proc. pen. art. 308; disp. att. cod. proc. pen. art. 133; l. 7 agosto 1992, n. 356, art. 12-sexies; d. lgs. 8 giugno 2001. n. 231.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le modifiche al codice penale. - 3. Il delitto di corruzione tra privati - 4. Le disposizioni in materia processuale. - 5. La confisca ex art. 12-sexies. - 6. Le modifiche al d. lgs. n. 231/2001.

1.Premessa. Con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (pubblicata in Gazz. Uff. n. 265 del 13 novembre 2012) il Parlamento ha varato una normativa organica tesa ad implementare l'apparato preventivo e repressivo contro la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione.

Invero l'intervento normativo, frutto di un lungo ed articolato procedimento legislativo, ha soprattutto l'esplicito fine di corrispondere agli obblighi derivanti dalla Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida) e dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (Convenzione di Starsburgo), sanando così alla mancata attuazione delle medesime da parte delle rispettive leggi di ratifica (l. 3 agosto 2009, n. 116 e l. 28 giugno 2012, n. 110).

Di seguito si analizzeranno le disposizioni direttamente incidenti sul sistema penale, sostanziale e processuale.

2. Le modifiche al codice penale. Il comma 75 dell'art.1 della novella contiene numerose modifiche al codice penale e soprattutto una significativa "riforma" dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

2.1 Un primo aspetto inciso dalle nuove norme è quello, minimale, della sola modifica della componente sanzionatoria di alcune delle figure già presenti nel codice attuata attraverso l'aumento delle pene principali previste.

Sono infatti stati aumentati, nell'ottica di potenziare l'efficacia dissuasiva delle norme incriminatrici, i minimi edittali, anzitutto, del reato di peculato di cui all'art. 314 c.p., il cui minimo, in precedenza pari ad anni tre di reclusione, è stato portato ad anni quattro, e del reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323, comma 1, c.p. la cui pena, prima racchiusa tra un minimo di sei mesi ed un massimo di tre anni di reclusione, è ora ricompresa tra uno e quattro anni di reclusione.

La prima modifica viene ad incidere sulla possibilità di "fruire" della pena accessoria della interdizione temporanea e non già perpetua dai pubblici uffici. Infatti, come noto, l'art. 317-bis c.p. prevede, al comma secondo, che laddove, in virtù del riconoscimento di circostanze attenuanti, venga inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, l'interdizione facente seguito alla condanna sia – per l'appunto in deroga rispetto alla previsione generale che, per il peculato, comporta la pena accessoria della interdizione perpetua - quella della interdizione temporanea. E' pertanto evidente che l'innalzamento del minimo edittale a quattro anni di reclusione rende più difficile la possibilità di fruire della più mite pena accessoria. Si è peraltro già chiarito, in giurisprudenza, che la durata della pena della interdizione temporanea deve essere commisurata, ex art. 37 c.p., alla pena principale inflitta (Sez. 6, n. 11383 del 21/01/2003, Marinelli, Rv. 223949).

Con riguardo alla seconda modifica, invece, l'aumento del massimo edittale ha un'evidente ricaduta in campo processuale : viene infatti a cadere, per effetto del superamento della soglia di cui all'art. 280 c.p.p., l'impossibilità di disporre misure coercitive personali, ivi compresa anche quella, di più severa entità, della custodia cautelare in carcere. Viene altresì ad essere consentito, stante il superamento del limite di pena di anni tre nel massimo, l'arresto facoltativo in flagranza di cui all'art. 381 c.p.p.

La novella ha anche provveduto ad aumentare le pene relativamente al reato di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (corruzione propria) di cui all'art. 319 c.p.: in luogo della precedente pena della reclusione da due a cinque anni di reclusione è ora stata prevista una forbice edittale da quattro ad otto anni di reclusione.

E' stata, infine, aumentata la pena anche per il reato di corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319-ter c.p. : la pena prevista per il fatto del primo comma, in precedenza racchiusa tra tre ed otto anni di reclusione, è ora ricompresa tra quattro e dieci anni, mentre, con riguardo all'ipotesi aggravata, prevista nel comma secondo, il minimo edittale è stato elevato a cinque anni di reclusione in luogo dei precedenti quattro, cosicché la forbice edittale spazia ora tra

cinque e dodici anni di reclusione. E' rimasta invece invariata la pena da sei a venti anni di reclusione prevista laddove dal fatto corruttivo derivi l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni.

L'aumento di pena operato in relazione alla fattispecie del primo comma comporta naturalmente, per i reati commessi a decorrere dalla entrata in vigore della novella, un più lungo termine di prescrizione pari, laddove non siano contestate ipotesi di recidiva, e compreso il prolungamento per il caso di interruzione, ad anni dodici e mesi sei e non più ad anni dieci.

La novella ha infine innalzato il limite edittale minimo del reato di concussione di cui all'art. 317 c.p. (la cui fattispecie come si vedrà meglio in seguito è stata ristretta alla sola ipotesi della costrizione), portato da quattro a sei anni di reclusione.

2.2. Un secondo "livello" di modifiche attiene alla "rimodulazione" di alcune figure delittuose. Ciò è quanto, in particolare, la novella ha operato in primo luogo con riferimento al reato di corruzione per un atto d'ufficio di cui all'art. 318 c.p. (corruzione impropria), ora ridenominato come "Corruzione per l'esercizio della funzione".

Mentre nella previgente configurazione il fatto incriminato al comma primo era quello del "pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa" e, al comma secondo, quello del pubblico ufficiale che "riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto", ora la condotta espressamente contemplata è quella, complessivamente strutturata in un unico comma, del "pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa".

2.2.1. Il primo, più evidente, segno di differenziazione tra la vecchia e la nuova ipotesi di "corruzione impropria" è rappresentato dalla soppressione del necessario collegamento della utilità ricevuta o promessa con un atto, da adottare o già adottato, dell'ufficio, divenendo quindi possibile la configurabilità del reato anche nei casi in cui l'esercizio della funzione pubblica non debba concretizzarsi in uno specifico atto. L'innovazione pare peraltro avere recepito, in tal modo, gli approdi dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità che, sia pure con riferimento alla corruzione propria, non solo ha attribuito alla nozione di atto di ufficio, intesa dunque in senso lato, una vasta gamma di comportamenti, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale (e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato: vedi, tra le altre, Sez. 6, n. 38698 del 26/09/2006, Moschetti ed altri, Rv. 234991; Sez. 6, n. 23804 del 17/03/2004, P.G. in proc. Sartori e altri, Rv. 229642), ma è giunta anche, in plurimi arresti, a prescindere dalla necessaria individuazione, ai fini della configurabilità del reato, di un atto al cui compimento collegare l'accordo corruttivo, ritenendo

sufficiente che la condotta presa in considerazione dall'illecito rapporto tra privato e pubblico ufficiale sia individuabile anche genericamente, in ragione della competenza o della concreta sfera di intervento di quest'ultimo, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli non preventivamente fissati o programmati, ma pur sempre appartenenti al "genus" previsto (Sez. 6, n. 30058 del 16/05/2012, p.c. in proc. Di Giorgio e altro, Rv. 253216; Sez. 6, n. 2818 del 02/10/2006, Bianchi, Rv. 235727), sino al punto di affermare (in difformità da un precedente orientamento che negava la sussistenza del reato laddove il versamento del denaro o di altra utilità, fosse il prezzo di eventuali, futuri e imprecisati atti omissivi o commissivi : vedi Sez. 6, n. 9354 del 19/09/1997, Paolucci ed altro, Rv. 210301) come integri il reato di corruzione, in particolare di quella cosiddetta "propria", sia l'accordo per il compimento di un atto non necessariamente individuato "ab origine", ma almeno collegato ad un "genus" di atti preventivamente individuabili, sia l'accordo che abbia ad oggetto l'asservimento - più o meno sistematico - della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegni al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori (Sez. fer., n. 34834 del 25/08/2009, Ferro, Rv. 245182).

La nuova norma, anzi, pur continuando ad essere formalmente rubricata come "corruzione", avrebbe in realtà introdotto, secondo alcune prime letture dottrinali, la figura di un vero e proprio "asservimento" del soggetto pubblico ai *desiderata* del soggetto privato, stante la non necessità di dimostrare appunto un legame tra il compenso ed uno specifico atto di ufficio.

Non è inutile notare, peraltro, che la eliminazione dalla fattispecie di qualsiasi riferimento all'atto oggetto di scambio comporta un'asimmetria tra l'elemento oggettivo della corruzione impropria e quello della corruzione propria, in precedenza convergenti nell'ancorare la promessa o la dazione illecite al compimento di un atto, rispettivamente, proprio dell'ufficio ovvero contrario ai doveri di ufficio del pubblico ufficiale. A seguito della novella, dunque, la sola corruzione propria continua oggi ad essere impostata sul riferimento ad un atto dell'ufficio. Piuttosto, vi è da chiedersi se gli approdi giurisprudenziali citati in precedenza e tesi ad escludere la necessità di individuazione dell'atto - ed in qualche misura, come detto, "legittimati" dalla nuova formulazione dell'art. 318 c.p. - continuino ad essere praticabili anche in relazione alla corruzione propria che, come appena detto, continua, con consapevole scelta differenziante del legislatore, ad essere apparentemente imperniata sul sinallagma dazione o promessa di utilità - compimento dell'atto. In altri termini la riconfigurazione esplicita della sola corruzione impropria come mercimonio della funzione o del potere potrebbe ritenersi "nascondere" una sorta di interpretazione autentica implicita dell'art. 319 c.p. divergente dai menzionati orientamenti assunti dalla giurisprudenza di legittimità.

La rimodulazione del reato nei termini illustrati, avulsi dal compimento di un atto e calibrata sull'esercizio, non inquadrato temporalmente dalla norma, delle funzioni del pubblico ufficiale, ha reso inoltre, come già visto, inutile la distinzione, in precedenza sussistente, tra reato di corruzione impropria antecedente e corruzione impropria susseguente; di qui, pertanto, stante

l'onnicomprendività della nuova ipotesi modellata dalla novella, l'operata abrogazione del comma secondo dell'art. 318 c.p.; pare lecito aggiungere che, considerato quanto appena detto, tra vecchia e nuova disposizione possa essere individuato un rapporto di continuità normativa con conseguente applicabilità, ex art. 2, comma 4, c.p., per le condotte tenute anteriormente alla entrata in vigore della novella, della previgente disposizione in quanto più favorevole; la pena è infatti stata portata, dall'intervento normativo, dai precedenti limiti di mesi sei nel minimo ed anni tre di reclusione nel massimo, ad anni uno nel minimo ed anni cinque di reclusione nel massimo.

Va poi rilevato che, nonostante la nuova riformulazione dell'art. 318 c.p. in un unico complessivo comma in luogo dei due preesistenti (rispettivamente già dedicati a corruzione impropria antecedente e corruzione impropria susseguente), il riferimento operato dall'art. 321 al "primo comma dell'articolo 318" è rimasto, verosimilmente per un difetto di coordinamento con la innovazione operata, inalterato; ciò non toglie che, per effetto dell'inglobamento di corruzione antecedente e susseguente all'interno di una unica fattispecie, il corruttore possa oggi essere punito, in forza del richiamo da parte dell'art. 321, anche per la corruzione susseguente, configurandosi in tal modo, una ipotesi di nuova incriminazione, insuscettibile, come tale, di applicazione retroattiva (in ordine alla precedente non punibilità del corruttore, Sez. 6, n. 1033 del 26/06/1968, Pilotto, Rv. 108791).

2.2.2. Il secondo elemento di differenziazione è costituito dal ricorso alla locuzione "danaro o altra utilità" in luogo del termine "retribuzione" per definire l'oggetto della dazione ricevuta dal pubblico ufficiale. In proposito è doveroso ricordare che proprio la qualificazione "retributiva" della dazione aveva alimentato quelle posizioni giurisprudenziali secondo cui la stessa traduceva la precisa volontà del legislatore di escludere dall'ambito di operatività della incriminazione tutte quelle situazioni non caratterizzate da un vero e proprio rapporto "sinallagmatico" tra la prestazione del corruttore e quella del corrotto e di includervi, al contrario, solo quelle dazioni o promesse proporzionate al tipo e all'importanza della prestazione richiesta al pubblico ufficiale, sicché, in definitiva, il reato doveva essere escluso sia nel caso di minima entità dell'utilità sia in quello di evidente sproporzione rispetto al vantaggio ottenuto (Sez. 6, n. 4072 del 09/02/1994, Mambelli, Rv.197982; Sez. 6, n. 16837 del 26/09/1989, Gandiosi, Rv.182739; Sez. 6, n. 3945 del 15/02/1999, Di Pinto, Rv. 213886). Vi è quindi da chiedersi se, eliminato il carattere "retributivo" della dazione, il requisito della proporzionalità sia ancora necessario ai fini della configurabilità del reato ovvero se da esso debba d'ora in poi prescindere.

2.2.3. Sempre con riferimento alla corruzione impropria, un terzo profilo di novità è rappresentato dal fatto che non è più richiesto, per effetto della contestuale modifica dell'art. 320 c.p., che l'incaricato di pubblico servizio (quale possibile autore proprio del reato accanto al pubblico ufficiale) rivesta la "qualità di pubblico impiegato", sì che il reato è d'ora in avanti

integrabile anche da chi non possieda una tale specifica veste. In relazione a tale modifica la norma ha così esteso l'orizzonte applicativo della fattispecie incriminatrice, con tutte le note conseguenze in termini di successione di leggi penali che ciò comporta.

2.2.4. Le modifiche all'art. 318 hanno poi necessariamente comportato l'adeguamento alla nuova struttura del reato della previsione dell'art. 322 c.p. in tema di "istigazione alla corruzione", il cui primo comma è stato modellato nel senso che chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora la promessa o l'offerta non sia accettata, alla pena stabilita dal primo (ed oggi unico) comma dell'art. 318 ridotta di un terzo, mentre, in forza del comma terzo, la medesima pena si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri.

2.3. La seconda linea di intervento della novella va rinvenuta nella rimodulazione del reato di concussione. L'originaria ed unitaria fattispecie prevista nell'art. 317 c.p. e comprensiva tradizionalmente delle condotte di costrizione e di induzione (intese quali modalità alternative di realizzazione del reato), oltre ad essere stata riferita esclusivamente al pubblico ufficiale e non più anche all'incaricato di pubblico servizio come in passato, è stata ora circoscritta esclusivamente alla prima delle due condotte menzionate e cioè quella di costrizione.

La nuova formulazione della norma - la cui rubrica è rimasta, comunque, inalterata - prevede infatti il fatto de "il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità". Il legislatore ha altresì inasprito il minimo edittale della pena, fissato d'ora innanzi in sei (e non più quattro) anni di reclusione.

La residua modalità della induzione è stata, a prima vista, ricollocata nell'inedito art. 319-*quater*, il quale, sotto la rubrica "Induzione indebita a dare o promettere utilità", stabilisce che "salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni".

2.3.1. La fattispecie in questione appare quindi differenziarsi dalla concussione di cui all'art. 317 c.p., da un lato con riferimento al soggetto attivo, che ben può essere, oltre che il pubblico ufficiale, anche l'incaricato di pubblico servizio, e dall'altro con riferimento alla modalità di perseguimento del risultato o della promessa di utilità, che consiste, appunto, nella sola induzione. Ulteriore significativa differenza è data dalla punibilità del soggetto che dà o promette denaro od altra utilità, contemplata, infatti, per quanto riguardante la nuova fattispecie di reato, dal comma secondo dell'art. 319 *quater*.

Pare anzi legittimo evidenziare che proprio tale ultima scelta (nonché, sia pure con la prudenza che un simile approccio suggerisce, il "distacco topografico" della nuova fattispecie rispetto alla concussione ex art. 317 c.p. con collocazione in posizione contigua alle figure di corruzione) segnala come, in realtà, la nuova fattispecie di reato si collochi su una linea intermedia tra corruzione e concussione o, se si vuole, su una posizione più prossima al reato di corruzione, nel quale, in forza dell'art. 321 c.p., è punito infatti anche il soggetto che prometta o corrisponda l'utilità, che a quello di concussione; d'altra parte, proprio la entità più ridotta della pena prevista per il "concusso" per induzione (reclusione fino a tre anni) rispetto alla pena, ben più grave, prevista per il corruttore (come visto, da quattro ad otto anni nella nuova formulazione), è indice del fatto che il legislatore sembra avere considerato l'idoneità mitigatrice, sul piano sanzionatorio, della "induzione" proveniente dal pubblico ufficiale quale elemento di diversificazione rispetto alla corruzione vera e propria.

Va aggiunto che la formulazione onnicomprensiva della nuova norma, pur dovendosi notare che il minimo edittale di pena di tre anni previsto per la nuova figura è inferiore al minimo edittale di quattro anni previsto per la corruzione ex art. 319 c.p., consente di farvi rientrare comportamenti ricollegabili a condotte del pubblico ufficiale sia conformi che contrarie ai compiti e alla funzioni dell'ufficio.

Per altro verso, sempre dal lato del pubblico ufficiale, la più ridotta pena (reclusione da tre ad otto anni) rispetto a quella della concussione ex art. 317 c.p. (da sei a dodici anni) appare coerente con l'assenza di un comportamento coercitivo.

Se a tutto ciò si aggiunge che le raccomandazioni provenienti in particolare dal rapporto sulla fase 3 dell'applicazione della Convenzione anticorruzione Ocse in Italia hanno riguardato anche la necessità di evitare che l'applicazione della fattispecie della concussione possa funzionare quale strumento di possibile esonero da responsabilità per la corruzione internazionale, e che il rapporto "Greco" ha segnalato la necessità di evitare che la previsione, non conosciuta nelle restanti codificazioni europee, consenta al corruttore di sfuggire a sanzioni presentandosi come vittima di concussione, la introduzione del nuovo reato appare frutto di una scelta in linea con le istanze internazionali, benché foriera di non poche complicazioni stante, a questo punto, la compresenza, nel sistema, di ben tre previsioni delittuose tra loro contigue (corruzione, induzione indebita e concussione).

Anche non considerando quanto appena osservato sul piano sistematico, i criteri già valorizzati dalla giurisprudenza per tracciare una linea di demarcazione tra concussione e corruzione potrebbero avvalorare quanto prospettato. Infatti, scartati i parametri della paternità dell'iniziativa e della conformità o contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto, nonché, ancora, quello dell'ingiustizia del vantaggio perseguito dal privato, è stata infatti ritenuta determinante al fine considerato soltanto la presenza, nella concussione, di una volontà prevaricatrice del pubblico ufficiale cui consegua il condizionamento della volontà del privato (Sez. 6, n. 4898/04 del 03/11/2003, P.G. e Di Giacomo, Rv. 227945), per effetto del quale quest'ultimo versa in stato di soggezione di fronte alla condotta del pubblico ufficiale, venendo invece, nella corruzione, i

due soggetti a trovarsi in posizione di sostanziale parità (Sez. 6, n. 8651 del 01/02/1993, Cardillo ed altri, Rv. 195529; Sez. 6, n. 44761 del 30/10/2003, Spinelli, Rv. 228188).

L'elemento distintivo tra le due figure criminose è stato pertanto individuato nel tipo di rapporto intercorrente fra le volontà dei soggetti, che nella corruzione è paritario e implica la libera convergenza delle medesime verso un comune obiettivo illecito, mentre nella concussione esprime la volontà costringitiva o induttiva dell'agente pubblico condizionante il libero esplicarsi di quella del privato, il quale, per evitare maggiori pregiudizi, deve sottostare alle ingiuste pretese del primo (da ultimo, Sez. 6, n.38650 del 05/10/2010, Di Stasi, 248522).

In tal senso la nozione di "induzione" non poteva essere ricostruita esclusivamente in relazione alla differente modalità dell'azione del pubblico ufficiale, ma altresì all'intensità dell'effetto di coartazione psicologica che determina e tale impostazione sembra essere stata accolta dal legislatore atteso che proprio in ragione dell'entità di tale effetto e della persistenza o meno di una residua libertà di autodeterminazione del soggetto privato la novella sembra aver tracciato il confine applicativo tra concussione e induzione indebita¹. Insomma, anche in tal caso, e simmetricamente a quanto si è sopra esposto con riferimento alla gradazione delle sanzioni, la induzione parrebbe situarsi a mezza strada tra coercizione assoluta da un lato, tipicamente caratterizzante la concussione, e pienamente libera volontà dall'altra, tipicamente caratterizzante la pari partecipazione all'accordo illecito proprio della corruzione.

Diverso ed ulteriore problema è a questo punto quello dell'interpretazione del fenomeno successorio al fine di stabilire se sussista o meno continuità normativa tra la previgente fattispecie di concussione comprensiva anche della condotta di induzione e quella introdotta all'art. 319-quater c.p.

In proposito potrebbe infatti sostenersi che la diversa caratterizzazione della nuova ipotesi di reato rispetto alla fattispecie, precedentemente contenuta nell'art. 317 c.p., di concussione "per induzione", renda tutt'altro che scontato il riconoscimento del menzionato rapporto di continuità normativa tra le due previsioni incriminatrici, anche al di là delle eventuali intenzioni del legislatore.

Per contro la conservazione della condotta di induzione nella fattispecie di nuovo conio legittima anche conclusioni di segno diametralmente opposto, potendosi sostenere che la relativa nozione accolta in precedenza nell'art. 317 già presentava una accezione sufficientemente lata da comprendere il significato che il legislatore sembra avergli attribuito nella disposizione di nuovo conio, nella quale peraltro è stato replicato anche il requisito per cui comunque la condotta del pubblico agente deve connotarsi per l'abuso di poteri o di qualità. Sul punto va allora ricordato che, se è vero che, con riferimento alla precedente figura di concussione per induzione, la giurisprudenza ha specificato che l'attività di induzione non è vincolata a forme tassative, in essa rientrando ogni comportamento che sia comunque

¹ Vanno, in tal senso richiamate, in sede di presentazione degli emendamenti al disegno di legge da parte del Ministro della Giustizia, le argomentazioni per cui "la punibilità è estesa anche al privato che, non essendo costretto ma semplicemente indotto alla promessa o dazione, mantiene un margine di scelta tale da giustificare una pena seppure in misura ridotta rispetto al pubblico agente".

caratterizzato da un abuso dei poteri che valga ad esercitare una pressione psicologica sulla vittima, in forza della quale quest'ultima si convinca della necessità di dare o promettere denaro od altra utilità per evitare conseguenze dannose (Sez. 6, n. 33843 del 19/06/2008, Lonardo, Rv. 240795) e se è vero altresì che l'induzione è stata individuata in relazione a contegni e comportamenti molteplici, quali l'esortazione, la sollecitazione, la persuasione, gli impliciti messaggi comportamentali, i silenzi, in considerazione anche del diverso contesto in cui i soggetti si muovono e della loro maggiore o minore conoscenza di certi moduli operativi e dei relativi codici di comunicazione (tra le tante v., Sez. 6, 1 ottobre 2003, n. 49538, P.G. in proc. Bertolotti, Rv. 228368), tuttavia non sono mancate pronunce, specie in sede di applicazione dell'art. 629 c.p. (ove la necessità di "curare" il limite tra induzione e costrizione non a caso non si pone in termini stringenti), secondo cui la minaccia, oltre ad essere palese ed esplicita, può essere manifestata anche in maniera implicita ed indiretta, essendo solo necessario che sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali in cui questa opera (tra le altre, Sez. 2, n. 19724 del 20/05/2010, P.M. in proc. Pistolesi, Rv. 247117; Sez. 5, n. 41507 del 22/09/2009, Basile e altri, Rv. 245431).

Quanto in particolare alla differenziazione con la condotta di costrizione, è opportuno ricordare come si sia sottolineato che, mentre in tale ultimo caso il "metus" consiste nel timore di un danno minacciato dal pubblico ufficiale, nel caso di induzione esso si risolve nella soggezione alla posizione di preminenza del pubblico ufficiale medesimo, il quale, abusando della propria qualità o funzione, faccia leva su di essa, per suggestionare, persuadere o convincere a dare o promettere qualcosa allo scopo di evitare un male peggiore. In tale ipotesi, la volontà del privato è repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale il quale, sia pure senza avanzare aperte ed esplicite pretese, opera di fatto in modo da ingenerare nel soggetto privato la fondata persuasione di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale per evitare il pericolo di subire un pregiudizio eventualmente maggiore (vedi, tra le altre, Sez. 6, n. 2986 del 22/10/1993, Catapano, Rv. 197717, in fattispecie di induzione per persuasione; Sez. 2, n. 2809 del 01/12/1995, Russo, Rv. 204363).

In ogni caso il "crinale" che divide le tre diverse figure di reato (dalla più lieve alla più grave : corruzione - induzione indebita - concussione) appare di non immediata individuazione, risultando impegnativo il compito dell'interprete (specie considerando che, nell'esperienza quotidiana, il comportamento di esplicita intimidazione del privato risulta essere, in definitiva, il meno frequente) di inquadrare nella corretta cornice giuridica il fatto concreto. Anzi, è forse il caso di sottolineare che i maggiori problemi, sotto questo profilo, potrebbero sorgere non tanto relativamente alla distinzione tra concussione e induzione indebita, ove l'oggettiva diversa caratterizzazione della condotta attuata sul privato, in un caso di induzione e nell'altro di coercizione, offre comunque, un criterio in grado di orientare l'interprete, quanto con riguardo alla necessità di distinguere tra induzione indebita e corruzione posto che in tale seconda figura

le modalità della condotta del soggetto pubblico che riceve l'utilità o accetta la promessa sono lasciate indeterminate, sicché, in definitiva, l'unico elemento, peraltro impalpabile, di discriminare, rimarrebbe l'abuso della qualità o dei poteri, presente unicamente, come ricordato, nella figura di induzione indebita.

Da ultimo merita di essere nuovamente ricordato come l'art. 319-quater esordisca con una clausola di riserva relativamente indeterminata finalizzata ad escludere la punibilità per induzione indebita qualora il fatto costituisca un più grave reato. La funzione di tale clausola non è di immediata evidenza, atteso che non è chiaro quali possano essere i diversi reati realizzabili dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio attraverso la condotta di induzione (salvo forse quello di truffa aggravata ai danni dello Stato). Sorge allora il sospetto che in tal modo il legislatore abbia voluto legittimare non già l'alterità concettuale dell'induzione rispetto alla costrizione, quanto piuttosto la riconducibilità alla nozione generale di "induzione" tanto di quella che determina una costrizione assoluta, quanto di quella che invece tale effetto non produce, attribuendo però la punizione della prima esclusivamente all'art. 317 c.p., con contestuale irrilevanza penale della condotta di colui che è vittima dell'induzione.

2.3.2. Quanto all'esclusione dell'incaricato di pubblico servizio dal novero dei soggetti attivi del reato di concussione (fondata, come evincibile dalle motivazioni fornite dal Ministro della Giustizia durante la seduta del 22 maggio 2012 delle Commissioni riunite I e II della Camera in risposta a richieste di chiarimenti, sull'assunto, che aveva fondato la versione originaria della norma sino alla già ricordata modifica del 1990, della non riferibilità a tale figura del *metus* caratterizzante la concussione), già alcune prime "letture" della nuova norma hanno segnalato la riconducibilità della condotta eventualmente tenuta da quest'ultimo nella previsione dell'estorsione aggravata, ex art. 61 n. 9 c.p., dalla qualifica del reo. Tuttavia tale conclusione, oltre a risultare difficilmente conciliabile con il sistema "chiuso" dei reati contro la pubblica amministrazione, condurrebbe del tutto irragionevolmente, stante la pena che in tal modo sarebbe applicabile, a punire più gravemente, sia nel minimo che nel massimo, per una condotta in definitiva caratterizzata dalla medesima "carica" prevaricatoria, l'incaricato di pubblico servizio rispetto al pubblico ufficiale.

Vale peraltro la pena di segnalare che la giurisprudenza di questa Corte, non sembrerebbe, contrariamente alle ragioni che avrebbero determinato la modifica ricordata - e pur a fronte, naturalmente, di una norma (il previgente art. 317 c.p.) che presupponeva implicitamente un tale aspetto -, avere mai dubitato del fatto che anche l'incaricato di pubblico servizio sia in grado di porre in essere atti di costrizione sul privato (cfr. Sez. 6, n. 3403 dell'11/04/1997, Cunico, Rv. 207539; Sez. 6, n. 11480 del 15/12/1997, Pellegrini e altro, Rv. 209472).

In conclusione appare effettivamente problematico stabilire quale sia il "destino" dei fatti pregressi di costrizione posti in essere dall'incaricato di pubblico servizio.

2.3.3. La introduzione della nuova fattispecie di cui all'art. 319-quater ha poi necessariamente comportato, per ragioni di coordinamento, la modifica di tutte quelle ipotesi che, per molteplici finalità, facevano riferimento al reato di concussione mediante il richiamo dell'art. 317 c.p.; in tutti detti casi, pertanto, la novella ha provveduto ad inserire il richiamo anche alla nuova figura di reato. Tale integrazione ha interessato, segnatamente, l'art. 32-quater c.p. relativo alla pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, l'art. 32-quinquies c.p., riguardante la pena accessoria dell'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, l'art. 322-bis, riguardante il peculato, la concussione, la corruzione e l'istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri, e l'art. 323-bis c.p. riguardante la circostanza attenuante del fatto di particolare tenuità. Resta da capire, evidentemente in relazione ai rapporti della nuova norma rispetto a quella dell'art. 317 c.p., se tali disposizioni operino o meno anche per il passato.

2.4. Infine, un terzo, più elevato, grado di novità è dato dall'inserimento, nel codice penale, di una ulteriormente inedita nuova figura delittuosa. La novella ha infatti introdotto all'art. 346-bis c.p., in adempimento delle indicazioni provenienti dalle Convenzioni internazionali in materia di corruzione ratificate dall'Italia², la nuova fattispecie, punita con la reclusione da uno a tre anni, di "Traffico di influenze illecite" consistente nel fatto di "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".

La stessa pena si applica, secondo quanto prevede il comma secondo della nuova disposizione, "a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale", mentre la pena è, dal comma terzo, aumentata "se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad

² Si vedano, con riferimento appunto alla figura di "trading in influence", l'art.18 della Convenzione Onu di Merida contro la corruzione del 31/10/2003, ratificata dalla legge 3 agosto 2009, n. 116, in *Gazz. Uff.*, 14 agosto 2009, n.188 ("ciascuno Stato parte esamina l'adozione di misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando tali atti sono stati commessi intenzionalmente : a) al fatto di promettere, offrire o concedere a un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona; b) al fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato parte"), nonché l'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 27/01/1999, ratificata dalla legge 28/06/2012, n. 110, in *Gazz. Uff.*, 26/07/2012, n. 173 ("ciascuna Parte adotta i provvedimenti legislativi e di altro tipo che si rivelano necessari per configurare in quanto reato in conformità al proprio diritto interno quando l'atto e' stato commesso intenzionalmente, il fatto di proporre, offrire o dare, direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio a titolo di remunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni delle persone indicate agli articoli 2, 4 a 6 e 9 ad 11, a prescindere che l'indebito vantaggio sia per se stesso o per altra persona, come pure il fatto di sollecitare, di ricevere, o di accettarne l'offerta o la promessa di remunerazione per tale influenza, a prescindere che quest'ultima sia o meno esercitata o che produca o meno il risultato auspicato").

altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio”.

Infine, rispettivamente in forza del comma quarto e quinto, le previste pene “sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie”, e sono invece diminuite “se i fatti sono di particolare tenuità”.

Va ricordato che, sino ad oggi, proprio in considerazione della mancata attuazione delle Convenzioni menzionate, la giurisprudenza di questa Corte aveva sottolineato come il c.d. “trading in influence”, vale a dire l'utilizzo della carica pubblica per fini privati, fosse posto al di fuori della tipicità delle norme incriminatrici della corruzione contemplate dall’ordinamento, presupponendo, questa, “un nesso tra il pubblico ufficiale e l'atto d'ufficio oggetto del mercimonio” e non potendo essere dilatata “fino al punto da comprendervi, con una operazione analogica non consentita in materia penale.....anche la mera venalità della carica” (Sez. 6, n. 33345 del 04/05/2006, Battistella, non massimata sul punto; si vedano anche Sez. 6, n. 5781 del 06/11/2006, Simonetti e altri, non massimata sul punto; Sez. 6, n. 8043 del 12/05/1983, Amitrano, non massimata sul punto).

2.4.1. La nuova fattispecie, che nelle intenzioni del legislatore – e, si ripete, in adempimento per l’appunto degli obblighi internazionali – appare volta a sanzionare condotte propedeutiche rispetto a successivi accordi corruttivi, presenta, a prima vista, nella sua prima parte, evidenti tratti del reato di millantato credito di cui al primo comma dell’art. 346 c.p., topograficamente posto subito prima, ove l’utilità o la promessa appaiono collegate, nella rappresentazione dei fatti da parte dell’intermediario, alla necessità, per costui, di esercitare opera di “mediazione” verso il soggetto pubblico rispetto alle attese e richieste del privato. Sembra tuttavia differenziarsene essenzialmente per il fatto che le relazioni con il pubblico funzionario vantate dall’intermediario devono essere, come segnalato dall’aggettivo “esistenti”, reali e non invece meramente vantate dall’agente. In tal senso, dovrebbe quindi anzitutto valutarsi la “tenuta” degli orientamenti giurisprudenziali che hanno ritenuto configurabile il reato di cui all’art. 346 c.p. anche laddove il credito vantato presso il pubblico ufficiale o impiegato sia effettivamente sussistente, ma venga artificiosamente magnificato e amplificato dall'agente in modo da far credere al soggetto passivo di essere in grado di influire sulle determinazioni di un pubblico funzionario e correlativamente di poterlo favorire nel conseguimento di preferenze e di vantaggi illeciti in cambio di un prezzo per la propria mediazione (Sez. 6, n. 11317 del 18/05/1989, Canz., 181968; Sez. 6, n. 5071 del 04/02/1991, Manuguerra, Rv. 187561).

Allo stesso tempo la differenza della nuova figura, nella sua prima parte, rispetto ad un mero concorso nel reato di corruzione parrebbe individuabile nel fatto che il denaro o gli altri vantaggi patrimoniali non rappresentano il prezzo da corrispondere al pubblico ufficiale per far sì che lo stesso pubblico ufficiale ometta o ritardi o abbia omissso o ritardato un atto dell’ufficio ovvero compia od abbia compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, ma vengono rappresentati e destinati a retribuire unicamente l’opera di una mediazione.

Con riferimento invece alla seconda parte della norma, ove il denaro o altro vantaggio (o la loro promessa) sono, nella rappresentazione dell'intermediario, il prezzo da corrispondere non per l'opera di mediazione, ma per remunerare (evidentemente sempre in presenza di un reale rapporto di conoscenza con il soggetto pubblico atteso che, diversamente, si continuerebbe a ricadere nella figura del secondo comma dell'art. 346 c.p., costantemente ritenuta dalla giurisprudenza quale reato autonomo rispetto a quello del comma primo) il pubblico ufficiale in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, parrebbe necessario che tali utilità non vengano corrisposte o la loro promessa non venga accettata, posto che, diversamente, si ricadrebbe nel reato di concorso in corruzione propria.

Ed in tal senso sembrerebbe dover essere inteso l'inciso «fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter», che individuando un presupposto negativo del fatto tipico – come nel caso dell'analogica formula utilizzata per disciplinare i rapporti tra ricettazione e concorso nel reato presupposto della stessa - rivela la volontà del legislatore di conferire alla nuova incriminazione una funzione residuale di "chiusura del sistema" nei casi in cui non siano applicabili le fattispecie della corruzione "ordinaria", nelle due diverse forme della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, e della corruzione in atti giudiziari. In particolare va segnalato come la volontà del legislatore non sia stata tanto quella di tipizzare autonomamente la condotta del "mediatore" nella corruzione (altrimenti punibile per il concorso in tale ultimo reato), per riservare a quest'ultimo un incomprensibile trattamento sanzionatorio di favore, quanto piuttosto e per l'appunto quello di punire condotte prodromiche alla corruzione medesima per il caso che l'accordo corruttivo non si perfezioni. In tal senso non solo depongono le indicazioni ricavabili dal complesso degli obblighi internazionali cui attraverso l'inedita figura di reato si è voluto corrispondere, ma altresì proprio la peculiare configurazione della clausola di riserva, che esclude la stessa tipicità del fatto qualora la condotta di mediazione (e quella di colui che lo "finanzia") sia specificamente inquadrabile nel concorso in corruzione propria o in atti giudiziari, quando cioè l'azione del mediatore (e a maggior ragione del suo finanziatore) abbia effettivamente esplicitato una efficienza causale nella corruzione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Né d'altra parte risulterebbe condivisibile una lettura diversa dell'impianto normativo, tesa a sottrarre il mediatore alla responsabilità per la corruzione consumata in forza della menzionata tipizzazione della sua condotta, atteso che tale franchigia dovrebbe essere riconosciuta anche al suo finanziatore (concorrente necessario nel reato di traffico di influenze), con l'irragionevole conseguenza per cui qualora il corruttore si serva di un intermediario verrebbe punito in maniera meno grave rispetto al caso in cui si rapporti direttamente al corrotto.

Piuttosto, la mancanza di qualsiasi riferimento all'art. 318 c.p., previsto in una prima stesura della norma e poi soppresso durante il passaggio al Senato, contestualmente alla introduzione della specificazione che il denaro è dato o promesso al fine di mediare con o remunerare il

pubblico ufficiale per un atto contrario ai doveri di ufficio, potrebbe indicare come invece possibile il concorso tra la nuova fattispecie e la corruzione per l'esercizio delle funzioni.

Va poi segnalato come, nella nuova norma, a differenza del millantato credito, venga punito anche il soggetto privato che dà o promette il denaro o il vantaggio patrimoniale sia per il fine della prima parte che per quello della seconda. A differenza poi dell'art. 346 c.p. in cui la millanteria viene riferita al rapporto con un pubblico ufficiale ovvero un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, l'art. 346-bis riferisce la mediazione illecita ad un rapporto intercorrente con il pubblico ufficiale o con l'incaricato di un pubblico servizio, non importa se impiegato o meno.

2.4.2. Così inquadrati i rapporti con le altre figure di reato, un primo problema consiste proprio nell'elemento di diversificazione dato, rispetto alla figura del millantato credito, dalla "esistenza" delle relazioni che, nella struttura della nuova norma, devono essere oggetto dello "sfruttamento" da parte dell'intermediario quale presupposto dell'opera di mediazione. La norma infatti non chiarisce quale sia il grado di relazione con il soggetto pubblico necessario affinché l'esistenza della stessa possa ritenersi realizzata, in particolare in tale indistinta aggettivazione ("esistenti") ben potendo ricomprendersi, a prima vista, sia rapporti estrinsecatisi in una sola occasione, sia rapporti sporadici, sia rapporti stabili e consuetudinari. In ogni caso, facendo parte detta "esistenza" dell'elemento oggettivo del reato, e tanto più in quanto, appunto, indice di diversificazione rispetto alla ipotesi di millantato credito di cui al comma primo dell'art. 346 c.p., dovrebbe incombere sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare l'effettività delle predette relazioni.

1.4.3. Quanto poi alla "mediazione", è necessario comprendere se il reato sia configurabile anche nel caso in cui la stessa sia effettivamente esercitata nei confronti del soggetto pubblico (senza che peraltro allo stesso venga promesso o corrisposto alcunché, posto che, diversamente, si ricadrebbe nella ipotesi della istigazione alla corruzione, in caso di mancata accettazione, e di corruzione in caso, invece, di accettazione) o debba invece restare unicamente a livello di prospettazione, senza che poi l'intermediario abbia effettivamente ad agire. Tale seconda soluzione parrebbe lasciare scoperti tuttavia i casi in cui appunto l'esercizio effettivo della mediazione non giunga ad integrare la corruzione, neppure nella forma della istigazione.

2.4.4. In terzo luogo non può sfuggire che tanto l'avverbio "indebitamente" che accompagna la condotta di dazione o di promessa, quanto l'aggettivo "illecita" che definisce il presupposto della mediazione rivestono, nella struttura della norma incriminatrice, una funzione determinante: l'illiceità penale della condotta viene infatti conclusivamente a dipendere, come normalmente avviene nelle ipotesi in cui è configurata una clausola di anti giuridicità od illiceità

speciale, dalle norme extrapenali che concorrono a determinare le condizioni in cui i comportamenti considerati risultano altrimenti leciti.

E' dunque presupposto, anche per la necessaria componente di consapevolezza dell'agire richiesta dal dolo, che, esplicitamente od implicitamente, sussistano, nell'ordinamento, previsioni in grado di definire il confine tra il consentito ed il non consentito, alla stessa stregua, del resto, di quanto accade in altri paesi, ove è riconosciuta la liceità di attività di mediazione e rappresentanza esercitate in forma professionale specie presso istituzioni politiche o amministrazioni pubbliche. Nella specie, tuttavia, un simile catalogo non è rinvenibile con la conseguente possibilità, tutt'altro che remota, di ritenere sanzionate condotte altrove ritenute del tutto lecite (si pensi all'azione, appunto, di gruppi di pressione per conto di portatori di interessi particolari a favore dell'introduzione o, viceversa, dell'abrogazione di leggi).

In definitiva le problematiche di tipo interpretativo sin qui segnalate sembrano essere indici evidenti della difficoltà di coniugare il contenuto della nuova norma con i necessari principi di determinatezza e tassatività della fattispecie penale.

3. Il delitto di corruzione tra privati. Una delle più evidenti lacune lasciate dalla legge 3 agosto 2009, n. 116 nel dare attuazione alla Convenzione di Merida era costituita dalla mancata incriminazione della corruzione tra privati, imposta altresì dalla Decisione quadro UE 2003/568/GAI del 22 luglio 2003 e dalla Convenzione di Strasburgo.

La fattispecie descritta nell'art. 21 della Convenzione di Merida o negli artt. 7 e 8 di quella di Strasburgo, infatti, solo in parte poteva ritenersi corrispondere a quella di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità di cui all'art. 2635 c.c., introdotta dal d. lgs. n. 61/2002 al fine di ottemperare agli obblighi imposti dalla Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997 sulla lotta contro la corruzione e alle sollecitazioni contenute nell'Azione comune europea sulla corruzione nel settore privato del 22 dicembre 1998.

A tacer d'altro, infatti, la norma da ultima menzionata individuava un reato proprio degli organi gestionali e di controllo delle società, mentre le due Convenzioni citate rivolgono la loro attenzione a tutti i fatti commessi da chiunque svolga funzioni direttive o lavorative per conto di una persona giuridica o fisica operante nel settore privato.

Non solo, il delitto di cui all'art. 2635 c.c. richiedeva che l'atto corruttivo avesse cagionato nocumento alla società a cui appartiene il "corrotto", mentre tale requisito non è preso in considerazione dagli strumenti internazionali citati, che sostanzialmente promuovono l'adozione di fattispecie in tutto analoghe a quelle già vigenti per la repressione della corruzione nel settore pubblico.

L'esistenza dell'art. 2635 c.c. nella sua previgente formulazione, dunque, pur costituendo un primo tentativo di soddisfare la risalente aspirazione alla introduzione di una generale figura incriminatrice della corruzione privata, non liberava il legislatore dall'obbligo di intervenire in

maniera più decisa per allineare sul punto l'ordinamento penale ai vincoli internazionali, vincendo le tradizionali resistenze esistenti in proposito e che già avevano per l'appunto provocato, all'epoca della riforma del 2002, un ridimensionamento dell'originaria fattispecie configurata nel progetto Mirone.

A ciò si aggiunga che l'improcrastinabilità di un intervento normativo nel senso indicato era stata evidenziata dalla raccomandazione XIX del rapporto del GRECO (il Gruppo Stati contro la Corruzione del Consiglio d'Europa) sull'Italia dell'ottobre 2009, organismo che nel maggio 2011, in sede di verifica delle misure adottate dal nostro paese per adeguarsi ai contenuti del suddetto rapporto, aveva preso atto con rammarico della mancata attuazione della raccomandazione menzionata sottolineando come «nessun passo concreto» fosse stato fatto «per estendere efficacemente la responsabilità delle società a reati di corruzione attiva nel settore privato».

Al fine di porre rimedio a questa situazione la novella ha dunque provveduto a configurare nell'art. 2635 c.c. il delitto di «Corruzione tra privati» in sostituzione di quello di «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità».

3.1 Va subito detto che l'intervento del legislatore non ha comportato un radicale stravolgimento della fattispecie introdotta nel 2002, che anzi è stata sostanzialmente riproposta nel primo comma dell'art. 2635.

Infatti, anche nella sua nuova formulazione, l'incriminazione non rappresenta la mera trasposizione, con i necessari adattamenti, del modello pubblicistico della corruzione (soluzione questa che era stata invece da più parti caldeggiata in sintonia con le scelte operate in tal senso da numerosi ordinamenti europei), ma continua a presentare marcate caratteristiche autonome, frutto dell'ibridazione tra lo schema della corruzione propria antecedente e quello dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

Il fatto tipico è sostanzialmente rimasto quello oggetto dell'infedeltà a seguito di dazione, di cui ha conservato la struttura complessa caratterizzata da un duplice nesso di causalità.

La condotta oggetto di incriminazione è tuttora integrata, infatti, dal compimento o dall'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio a seguito della dazione o della promessa di utilità, la cui rilevanza penale continua a dipendere dalla causazione dell'evento costituito dal procurato nocumento alla società.

Né il profilo della fattispecie può ritenersi trasfigurato dalle uniche aggiunte introdotte dalla novella per cui l'illiceità dell'atto può dipendere dalla violazione «degli obblighi di fedeltà» e l'oggetto della dazione o della promessa può essere costituito anche dal danaro.

Quanto alla seconda si tratta di specificazione non realmente innovativa - atteso che certamente il "danaro" rientrava già nell'ampiezza semantica del termine utilità - e sembra più che altro finalizzata all'omogeneizzazione del linguaggio normativo con quello utilizzato negli artt. 318 e 319 c.p.

L'intervento sul catalogo degli obblighi la cui violazione qualifica l'atto oggetto della condotta, invece, apparentemente estende l'ambito applicativo della fattispecie, attribuendo rilevanza non solo alla violazione degli specifici doveri ricavabili dalle norme giuridiche o contrattuali che disciplinano la posizione del soggetto attivo tipico, ma altresì a quella di un più generico dovere di "fedeltà" nell'esercizio dell'ufficio privato, che peraltro appare di incerta determinazione nei suoi effettivi contenuti e che si preannuncia foriera di non pochi problemi in sede applicativa.

3.2 La novella, come già accennato, ha riproposto inoltre la corruzione tra privati come reato di evento, la cui consumazione dipende dalla causazione di quel nocumento per la società che già contribuiva a colorare in maniera indelebile il bene giuridico tutelato dall'incriminazione precedentemente contenuta nell'art. 2635 (sul punto si tornerà in seguito).

Conseguentemente alcuna variazione si registra quanto all'elemento soggettivo, che anche per la fattispecie di corruzione tra privati è rappresentato dal dolo generico, non altrimenti qualificato sotto il profilo dell'intensità, talché deve ritenersi che il reato sia punibile anche nella forma del dolo eventuale, essendo sufficiente a tal fine che l'agente si rappresenti il nocumento della società, accettandone il rischio di verifica in conseguenza della propria condotta illecita.

3.3 La prima rilevante novità introdotta dal legislatore riguarda invece i soggetti attivi del reato.

Nel primo comma dell'art. 2635 invero la corruzione tra privati continua ad essere configurata come reato proprio degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, dei sindaci e dei liquidatori di una società (oltre che reato a concorso necessario "corrotto-corruttore"). Si tratta cioè del medesimo elenco dei soggetti attivi contemplato nella previgente formulazione della disposizione per il reato di infedeltà a seguito di dazione, così come definito negli scorsi anni a seguito delle modifiche e delle aggiunte apportate dalla legge n. 262/2005 e dal d. lgs. n. 39/2010.

Il secondo comma dell'articolo prevede invece ora che il medesimo fatto venga punito – sebbene in maniera meno grave – anche qualora a commetterlo siano coloro che sono sottoposti alla direzione e alla vigilanza dei soggetti qualificati indicati nel comma precedente.

Trova dunque per la prima volta autonoma incriminazione anche l'infedeltà di soggetti che nell'ambito della società non ricoprono cariche apicali o non svolgono funzioni di controllo della gestione ovvero dei conti.

Ed in proposito la formula utilizzata dal legislatore sembra suggerire altresì che i soggetti attivi di questa seconda fattispecie non siano solo i lavoratori subordinati in senso proprio intesi, ma chiunque svolga per conto della società un'attività comunque sottoposta – per legge o per contratto – al potere di direzione o di vigilanza dei suoi vertici.

3.4 La novella è poi intervenuta sul trattamento sanzionatorio del reato, innalzando il minimo edittale della reclusione prevista per la fattispecie di cui al primo comma fino ad un anno e mantenendo invece il massimo fermo alla misura dei tre anni stabiliti in precedenza per l'infedeltà a seguito di dazione (le stesse pene si applicano anche all'autore della dazione o della promessa).

Per quanto riguarda la fattispecie prevista dal secondo comma il legislatore ha fissato invece solo il massimo edittale della pena (reclusione fino ad un anno e sei mesi), dovendosi pertanto guardare alla norma generale contenuta nell'art. 23, primo comma, c.p. per la determinazione del minimo (quindici giorni).

La novella ha poi riproposto, nel quarto comma dell'art. 2635, anche l'aggravante ad effetto speciale (raddoppio della pena) per il caso in cui la società "danneggiata" sia quotata in Italia o in un altro Stato dell'UE ovvero i cui titoli siano diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. n. 58/1998.

Ulteriore novità introdotta dalla legge n. 190/2012 è costituita dalla configurazione di una clausola di riserva, in forza della quale rimane esclusa la punibilità ex art. 2635 c.c. qualora il fatto integri già un più grave reato.

3.5 Ma la novità probabilmente più importante elaborata dal legislatore riguarda peraltro il regime di procedibilità del reato.

Il testo della novella licenziato in prima lettura dai due rami del Parlamento prevedeva infatti - innovando sensibilmente rispetto alla disciplina dell'infedeltà a seguito di dazione - che il delitto di corruzione tra privati fosse perseguibile d'ufficio, scelta tutt'altro che irrilevante sul piano della definizione dell'oggetto giuridico della fattispecie, ma che ha suscitato forti resistenze, soprattutto nel mondo imprenditoriale.

Nel prosieguo del processo di approvazione della legge - e dopo una estenuante mediazione - si è dunque adottata una soluzione di compromesso per cui il reato rimane procedibile a querela della persona offesa (e cioè la società che subisce il nocumento), com'era per l'appunto in precedenza previsto per l'infedeltà a seguito di dazione, a meno che «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».

La formula prescelta riecheggia le scelte operate in tal senso in alcuni ordinamenti europei, cercando altresì di adeguare l'ordinamento alle Convenzioni di Merida e di Strasburgo, la cui prospettiva è proprio quella di assicurare tutela ad interessi di carattere pubblicistico. Ma v'è da dire che laddove la repressione della corruzione privata è stata ancorata all'alterazione delle regole della libera concorrenza, si è tendenzialmente attribuita rilevanza penale a comportamenti idonei a determinare un pericolo in tal senso (così ad esempio era previsto nel ddl S2058 con cui era stata proposta l'introduzione del reato nel codice penale all'art. 513-ter).

La novella invece sembra aver configurato - peraltro all'esclusivo fine di definire il regime di procedibilità - un vero e proprio ulteriore evento del reato, dal problematico (a dir poco) accertamento e ambiguamente posto in rapporto di derivazione causale non già con la

condotta illecita, bensì con il "fatto" oggetto di incriminazione nel suo insieme, talché si potrebbe giungere a sostenere che la distorsione della concorrenza debba dipendere dal documento patrimoniale subito dalla società persona offesa, la cui produzione comunque resta imprescindibile anche qualora il reato diventi perseguibile d'ufficio.

3.6 In definitiva, come già accennato, l'intervento legislativo presenta un modesto carattere innovativo, che sotto il profilo del fenomeno successorio non dovrebbe comportare particolari problemi con riguardo alla previgente fattispecie di infedeltà a seguito di dazione, salvo per quelle modifiche apportate dal legislatore che hanno determinato di fatto un'estensione dell'orizzonte applicativo del reato (così è ad esempio per la fattispecie che vede protagonisti della corruzione passiva i sottoposti all'altrui vigilanza o direzione).

Sotto il profilo strutturale – già se ne è fatto cenno – nella "nuova" figura di reato echeggiano i geni del modello pubblicistico della corruzione propria antecedente, atteso che la dazione o la promessa della "tangente" deve precedere la commissione dell'atto illecito. Ma di tale modello non replica l'anticipazione della soglia di penale rilevanza all'accettazione dell'offerta corruttiva, attendendo invece per la sua consumazione l'effettivo compimento dell'atto antidoveroso e la realizzazione di un evento (il documento per la società) e finisce così – esattamente com'era stato evidenziato dalla dottrina con riguardo alla fattispecie di infedeltà a seguito di dazione – per punire non la corruzione, bensì il comportamento infedele tenuto verso la persona giuridica nel quale si materializza quel conflitto d'interessi di cui la corruzione è mero sintomo e che costituisce una sorta di requisito "ombra" della fattispecie di nuovo conio, allo stesso modo in cui lo era di quella precedentemente contemplata dall'art. 2635.

In tal senso l'attitudine del *novum* legislativo a soddisfare pienamente i vincoli internazionali gravanti sul legislatore è quantomeno dubbia. Al mutamento del *nomen iuris* del reato configurato nell'art. 2635 non è corrisposta una effettiva trasformazione del suo contenuto, se non per gli aspetti illustrati in precedenza.

Non siamo dunque di fronte alla generalizzata incriminazione della corruzione privata, come annunciato, atteso che l'intervento rimane circoscritto alle società commerciali e continua a punire la corruzione solo nella misura in cui essa determini una lesione del patrimonio di queste ultime e non in quanto tale. Né l'eventualità che il fatto risulti procedibile d'ufficio laddove si determini una distorsione della concorrenza sembra argomento spendibile in senso contrario, atteso che anche in tal caso deve comunque verificarsi l'evento lesivo degli interessi patrimoniali della società.

Alla luce di tali considerazioni appare a questo punto agevole concludere che il bene giuridico tutelato della corruzione tra privati, così com'era per l'infedeltà a seguito di dazione, sia il patrimonio sociale, in quanto l'estraneità dell'atto ai doveri sociali oggetto di scambio non rileva per sé, ma in quanto comporti per l'appunto un documento alla società, la quale ultima conserva nella maggior parte dei casi il potere di decidere se i comportamenti corruttivi debbano o meno essere puniti.

In altri termini siamo nuovamente di fronte ad una vera e propria privatizzazione della tutela che appare difficilmente coincidere con gli obiettivi degli strumenti internazionali che erano quelli della repressione *tout court* della corruzione privata in quanto minaccia per la stabilità e la sicurezza sociali.

Certamente, quando il reato diviene procedibile d'ufficio, l'oggetto giuridico si colora di venature pubblicistiche, ma senza abbandonare la sua vocazione di proteggere innanzi tutto l'interesse societario, rispetto al quale quello alla tutela della libera concorrenza appare comunque recessivo.

4. Le disposizioni in materia processuale. Alla disciplina delle misure cautelari interdittive il codice di procedura penale dedica – come è noto – le disposizioni contenute negli artt. 287 – 290.

Si tratta delle norme che prevedono la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori (art. 288), la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (art. 289) ed il divieto di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese (art. 290).

Dette misure interdittive – come si legge nel comma 1 dell'art. 308 - perdono efficacia alla scadenza del termine di due mesi, decorrente dall'inizio dell'esecuzione.

Tuttavia, qualora siano state disposte per esigenze probatorie, possono essere rinnovate ad opera del giudice per un periodo di tempo «pari al doppio dei termini previsti dall'articolo 303», disposizione che disciplina i termini di durata massima della custodia cautelare.

Ora l'art. 1, comma 78, della legge n.190/2012, introducendo il comma 2-*bis* dell'art. 308, ha dilatato detti termini con riguardo ai procedimenti per i delitti di peculato (artt. 314 e 316 c.p.), malversazione (art. 316-*bis* c.p.), indebita percezione di erogazioni (art. 316-*ter*), concussione (art. 317 c.p.), corruzione (artt. 318, 319, 319-*ter*, 320 c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater*, primo comma): le misure interdittive perdono efficacia decorsi sei mesi (non due) dall'inizio della loro esecuzione e, qualora siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione anche oltre sei mesi dall'inizio dell'esecuzione, fermo restando che comunque la loro efficacia viene meno se dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al triplo (non del doppi) dei termini previsti dal menzionato art. 303.

Il legislatore è poi intervenuto sui rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare. Come è noto, l'art. 133, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p., aggiunto dall'art. 3, comma 5, della l. 27 marzo 2001, n. 97, stabilisce che il decreto che dispone il giudizio, previsto dall'art. 429 c.p.p., sia comunicato alle amministrazioni o agli enti di appartenenza quando è emesso nei confronti di dipendenti di amministrazioni pubbliche o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*ter* e 320 del codice penale e dell'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383

L'art. 1, comma 79, della novella ha esteso l'obbligo anche in relazione al menzionato delitto di cui all'art. 319-*quater*, introdotto dall'art. 1, comma 75, lett. i), della legge medesima.

5. La confisca ex art. 12-*sexies*. Infine il successivo comma 80 ha incluso il delitto di cui all'art. 319- *quater* tra quelli per i quali è consentita la particolare ipotesi di confisca di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

6. Le modifiche al d. lgs. n. 231/2001. Conclusivamente va ricordato che la novella ha altresì inserito nei cataloghi dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti sia il delitto di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p., sia quello di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c., peraltro in tal caso la responsabilità è limitata all'ente del quale è vertice apicale o dipendente il corruttore.

Redattori: Gastone Andreazza, Luca Pistorelli

Il vice direttore
(Domenico Carcano)