

Le novità legislative introdotte dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, nell'ambito della repressione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.

ROMA 28 febbraio 2013
Relazione¹ del dott. Achille Bianchi (magistrato)

SOMMARIO. **1. Premessa** **A.** L'evoluzione del fenomeno corruttivo. **B.** Gli obblighi internazionali. **2. La legge anticorruzione nella parte repressiva** **A.** Il ruolo degli intermediari e l'introduzione del reato di traffico di influenze illecite. **B.** La corruzione per l'esercizio della funzione. **C.** La corruzione privata. **D.** L'innalzamento delle pene edittali e le ulteriori disposizioni innovative anche in ambito processuale. **E.** La "nuova" concussione. **3. Le ulteriori prospettive di intervento necessarie per l'efficacia del contrasto repressivo.** **A.** La prescrizione. **B.** I reati collegati. **C.** Le pene accessorie. **D.** La protezione dei soggetti che denunciano.

1. Premessa.

A. L'evoluzione del fenomeno corruttivo.

La metamorfosi quantitativa e qualitativa che il fenomeno della corruzione ha subito negli ultimi anni nel nostro Paese, richiede oltre che un'energica politica di prevenzione, un adeguamento e rafforzamento dei mezzi di repressione che siano coerenti con il mutato contesto sociale e criminale e garantiscano una maggiore efficacia operativa.

Il fenomeno infatti si manifesta non più in forma episodica e occasionale, ma quale realtà sistemica e di larga diffusione largamente percepita dalla collettività. Pur nella consapevolezza della difficoltà di misurare la corruzione (sia amministrativa sia politica) intesa come abuso di ruoli e risorse (per lo più pubblici, ma anche privati) al fine di ottenere vantaggi personali, deve essere ricordato che le indicazioni disponibili a livello internazionale (Banca Mondiale e Transparency International) concordano nel collocare il nostro Paese in posizione negativa e di retroguardia nelle classifiche che misurano la percezione del fenomeno corruttivo. Inoltre, in relazione al fenomeno si evidenzia la sussistenza di un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione "praticata" ed avvertita dalla popolazione e corruzione "denunciata e sanzionata"²: mentre la seconda si è in modo robusto ridimensionata, la prima è ampiamente lievitata.

In secondo luogo, si deve registrare una *metamorfosi* del fatto corruttivo di tipo "qualitativo", essendo cambiati, rispetto al passato, i soggetti del patto corruttivo e il contenuto del *pactum sceleris*.

¹ La presente relazione costituisce una sintesi e rielaborazione dell'articolo apparso nel numero 2/2013 della rivista Nel Diritto

² Per un'ampia analisi della diffusione del fenomeno corruttivo nei dati giudiziari ed in quelli relativi alla percezione dello stesso nelle fonti internazionali si v. il *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, Roma 2012 pag. 7 e ss. recentemente pubblicato a cura del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione

Con riferimento ai *soggetti*, la corruzione si presenta di frequente come fattispecie a carattere non più solo “duale”, connotandosi per il coinvolgimento di soggetti ulteriori, destinati a svolgere funzioni di *intermediazione e di filtro*.

Quanto al *contenuto* del patto corruttivo, le inchieste hanno messo in evidenza che non di rado: il pubblico agente corrotto si impegna non già ad adottare un atto del proprio ufficio, quanto piuttosto a far valere il suo peso istituzionale su un altro pubblico agente, competente all’emanazione dell’atto cui è interessato il corruttore, esercitando un’attività di influenza; la prestazione resa dal corrotto, lungi dal materializzarsi in un’attività ben determinata, quale l’adozione di uno specifico atto amministrativo, finisce per “rarefarsi”, avendo ad oggetto la generica funzione o qualità del pubblico agente, il quale si impegna ad assicurare protezione al corruttore nei suoi futuri rapporti con l’amministrazione; la stessa tangente, anziché consistere nella classica dazione di denaro, è sempre più di frequente occultata da articolati meccanismi di triangolazione.

B. Gli obblighi internazionali.

Non era inoltre ulteriormente procrastinabile l’adeguamento della normativa vigente in materia, ai precisi obblighi internazionali vincolanti per l’Italia, vale a dire la *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003*, c.d. Convenzione di Merida, ratificata dall’Italia dopo circa sei anni con la legge 3 agosto 2009 n. 116 e la *Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa*, del 27 gennaio 1999, ratificata solo con la l. n. 110 del 28 giugno 2012 in Gazz. Uff., 26/07/2012, n. 173. Entrambe le convenzioni citate imponevano espressamente l’incriminazione del traffico di influenze indebite. Le stesse fonti internazionali, unitamente alla decisione quadro 2003/568/GAI dell’Unione europea (soggetta, come è noto, alla procedura di infrazione in forza dell’art. 10 del protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona sulle disposizioni transitorie) impongono agli Stati membri di punire penalmente la corruzione tra privati (tra l’altro come reato di mera condotta a dolo specifico e, quindi, a consumazione anticipata, strutturato sulla falsariga dei delitti di corruzione pubblica). Infine, un’ulteriore ipotesi di opportuno adeguamento alla normativa sovranazionale, pur se non discendente da obblighi convenzionali ma solo da raccomandazioni sia pure autorevolissime, riguardava l’incriminazione della concussione estesa anche al soggetto indotto, ritenuta dagli organismi internazionali³ quale possibile causa di non punibilità del privato in ipotesi di corruzione internazionale.

2. La legge anticorruzione nella parte repressiva.

L’esigenza di ridisegnare la strategia di contrasto alla corruzione, imposta dal doveroso adeguamento agli impegni sovranazionali assunti, ha, dunque, indotto il legislatore ad intervenire.

³ Si pensi in particolare al Rapporto sulla fase 3 dell’applicazione della Convenzione anticorruzione Ocse in Italia, proteso ad evitare che l’applicazione della fattispecie della concussione possa essere utilizzata per esonerare da responsabilità i privati in casi di corruzione internazionale, nonché al rapporto “Greco”, approvato a Strasburgo il 23 marzo 2012, che, evidenziata la singolarità della previsione incriminatrice del 317 c.p., non conosciuta nel resto d’Europa, ha illustrato diffusamente il medesimo rischio.

Pertanto, dopo un lungo e faticoso iter di approvazione parlamentare, lo scorso 28/11/2012 è entrata in vigore la L. 6 novembre 2012, n. 190, pubblicata in G.U. 13/11/2012 n.265 recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”.

L’intervento normativo in parola nel versante repressivo si caratterizza per l’introduzione di nuove figure di reato, per la sensibile rivisitazione di alcune delle ipotesi già previste nel nostro ordinamento e per un diffuso innalzamento delle pene, con le conseguenti novità in termini processuali per quegli istituti connessi ai limiti edittali di pena (intercettazioni, misure cautelari, pene accessorie, etc.)

A. Il ruolo degli intermediari e l’introduzione del reato di traffico di influenze illecite.

Il primo elemento di novità da segnalare, in relazione all’intermediazione nella conclusione dell’accordo corruttivo per fare fronte all’esigenza evidenziata sub 1.A, è costituito dalla nuova figura di reato di *traffico di influenze illecite*, non conosciuta in precedenza nella normativa italiana ma oggetto di precisi obblighi di incriminazione di matrice internazionale (l’art. 18 della Convenzione di Merida e l’art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo già richiamate) nell’ottica di perseguire condotte prodromiche a successivi accordi corruttivi, destinate a coinvolgere il titolare di pubbliche funzioni sul quale illecitamente influire per il tramite di un mediatore.

Tali previsioni normative rimaste non recepite per anni, avevano visto l’autorevole indiretta sollecitazione della Cassazione che “*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”*⁴

La nuova norma incriminatrice introdotta nel codice penale (art. 346 bis) punisce con la pena della reclusione da 1 a 3 anni “*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 se’ 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....”*.

Va in primo luogo segnalato che la norma, nel testo approvato in via definitiva ha superato i dubbi sollevati sul testo originariamente proposto e garantisce che ad essere colpito dall’incriminazione sia il solo esercizio illecito dell’attività di rappresentazione degli interessi.

⁴ RELAZIONE a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione (da ora in avanti RELAZIONE), pag. 14.,

L'introduzione- su emendamento governativo- della necessità che scopo dell'autore del reato sia quello di remunerare il pubblico funzionario per il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o per ottenere l'omissione o il ritardo di un atto dell'ufficio consente, quindi, di fugare i timori da taluni manifestati di far ricadere nel precetto penale anche attività lecite di lobby (critiche per la verità non del tutto sopite, fra i primi commentatori, anche in relazione al testo in effetti approvato).

La clausola di riserva relativa all'esclusione dei casi di corruzione, implica che l'attività punita da tale incriminazione sia esclusivamente quella preparatoria al contatto. Infatti, nel caso in cui il contatto illecito tra il pubblico ufficiale e il privato sia avvenuto attraverso il mediatore o via sia stato anche un semplice tentativo di porre in essere tale contatto, si verterebbe nelle ipotesi di concorso del terzo (mediatore) nel delitto di corruzione consumata o tentata.

Nel caso in questione, invece, l'attività punita non ha rilevanza causale rispetto a una specifica fattispecie corruttiva, ma è sanzionabile penalmente perché meramente preparatoria ad essa. Senza entrare nel merito delle evidenti difficoltà in termini probatori per distinguere le due ipotesi, vi è dunque un'anticipazione della punibilità di una condotta che il legislatore (internazionale prima e nazionale adesso) ha ritenuto riprovevole perché diretta a predisporre un terreno favorevole per singoli atti di corruzione vera e propria.

Per questa figura il legislatore ha introdotto due specifiche aggravanti. L'una per l'ipotesi in cui il soggetto indebitamente promittente sia un pubblico ufficiale il quale, pur non utilizzando i propri poteri istituzionali per esercitare il proprio intervento, comunque si avvalga della sua qualità e dell'ascendente derivante dalla sua carica per influire sull'operato di pubblici ufficiali terzi in posizione indipendente gerarchicamente e funzionalmente dalla propria. L'altra (in coerenza con il differente e più severo regime sanzionatorio dell'art. 319 ter rispetto all'art. 319 c.p.) per l'ipotesi in cui il traffico sia commesso in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.

Un'ulteriore peculiarità da rilevare è costituita dall'individuazione, accanto al pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio quale soggetto attivo del reato, senza la specificazione che si tratti di pubblico impiegato (come invece è previsto nell'art. 346 c.p.), nell'evidente intento di sanzionare la condotta anche di estranei alla P.A. che, altrimenti, anche se rivestiti dalla qualifica di incaricati di pubblico servizio, sarebbero sfuggiti alla sanzione.

Pur se va valutata positivamente la volontà del legislatore di adeguarsi finalmente ai parametri internazionali con questa novità incriminatrice, è necessario dare conto dei dubbi (già espressi da più voci nel dibattito scientifico) relativi ai problemi sistematici e interpretativi che la nuova norma può suscitare.

Ciò innanzi tutto in relazione alle difficoltà *“di coniugare il contenuto della nuova norma con i necessari principi di determinatezza e tassatività della fattispecie penale”*⁵ dal momento che le locuzioni *“indebitamente”* ed *“illecita”* utilizzate dal legislatore, implicano un rinvio ad un catalogo di norme extra-penali, che determinino le situazioni in cui i comportamenti sono dovuti e leciti, non immediatamente identificabile, ma rimesso al lavoro dell'interprete che deve stabilire quando ricorre una delle situazioni indebite o illecite .

⁵ RELAZIONE, op. cit. pag. 17

In secondo luogo in relazione alla scelta (peraltro mossa, come già detto, dall'esigenza di non far ricadere nella previsione le attività lecite di *lobbying*) di limitare l'incriminazione, rispetto a quanto previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa già citata, ai soli atti prodromici della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio anziché estenderla a tutti i casi di promessa o dazione di vantaggi indebiti a chiunque sostenga di poter esercitare un'influenza sull'operato di un pubblico funzionario anche laddove ciò non integri un atto contrario ai doveri d'ufficio ovvero un omissione o ritardo nell'adozione dell'atto.

Desti, poi perplessità la scelta di affiancare la nuova figura al millantato credito. Come è noto il nostro codice, fra i reati commessi dal privato contro la pubblica amministrazione, punisce all'art. 346 c.p. •il fatto di chi, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un incaricato di pubblico servizio che sia pubblico impiegato, riceve, fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o i.p.s. e •il fatto di chi riceve, fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio che sia pubblico impiegato, ovvero di doverlo remunerare.

Bene giuridico tutelato da tale norma è il prestigio dei pubblici uffici, leso dalla condotta di colui che vanta la capacità di influenzare le decisioni dell'ente pubblico, facendone apparire i funzionari come corrotti o corruttibili o sensibili alle altrui raccomandazioni.

La nuova fattispecie dell'art. 346 bis si distinguerebbe dal millantato credito in primo luogo perché il contatto con il pubblico ufficiale sarebbe esistente⁶, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 346 c.p. sarebbe inesistente o almeno l'influenza vantata non sarebbe effettiva. In proposito è stata messa in dubbio la ragionevolezza del differente trattamento sanzionatorio (decisamente più severo per l'ipotesi dell'art. 346 c.p. pure in astratto meno grave se solo si pone mente ai beni giuridici tutelati⁷), così come la coerenza della decisione legislativa di tenere in vita un'ipotesi di reato che (in contrasto con le convenzioni internazionali più volte richiamate) non prevede la punizione per colui il quale dà o promette la somma di danaro perché reputato alla stregua di una vittima del raggio da parte del millantatore.

Con maggiore impegno esplicativo, la nuova previsione incriminatrice, se certo colma un vuoto normativo laddove prevede la punibilità del privato il quale dà o promette denaro o altra utilità (non punibile a titolo di millantato credito *ex art. 346 c.p.*), tuttavia, con l'espressione "*sfruttando relazioni esistenti*", evidentemente distingue la nuova figura del traffico di influenze dal millantato credito, nel quale le relazioni sono dunque soltanto falsamente rappresentate da chi riceve la promessa o la dazione.

Il legislatore, pertanto, considera il millantato credito una speciale figura di truffa in atti illeciti a consumazione anticipata, collocandolo tra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione in considerazione dell'offesa al prestigio della pubblica amministrazione

⁶ Pur se non possono nascondersi le incertezze interpretative su tale locuzione ("esistenti") definita "*indistinta aggettivazione*" nella RELAZIONE già citata, pag. 17.

⁷ Nel 346 c.p. come detto il prestigio dei pubblici uffici, nella nuova incriminazione l'esercizio, corretto e non distorto delle pubbliche funzioni

determinata da una condotta destinata ad offrire un'immagine corruttibile dei pubblici funzionari.

Se l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di affermare il principio che non si deve ricevere, né dare o promettere ad alcuno denaro o altra utilità, allo scopo di influire indebitamente sull'attività dei pubblici funzionari, sarebbe apparsa più opportuna una sostituzione del vecchio artt. 346 c.p. ovvero, almeno, una equiparazione del trattamento sanzionatorio. Tale ultima scelta legislativa, oltre ad ovviare alla diversità di trattamento, avrebbe anche consentito di certo una maggiore efficacia investigativa, consentendo il ricorso anche a strumenti più sofisticati di indagine, quali le intercettazioni, particolarmente opportune in reati, quale quello in questione, evidentemente perpetrabili in special modo attraverso comunicazioni e contatti personali.

B. La corruzione per l'esercizio della funzione.

Un'ulteriore aspetto rilevante dell'intervento normativo in questione è dato dalla introduzione della *corruzione per l'esercizio della funzione*.

La nuova figura di reato – prevista dal riscritto art. 318 c.p. - consiste nel fatto del “*pubblico ufficiale che, in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa*” il quale “*e` punito con la reclusione da uno a cinque anni*”.

La fattispecie, elaborata sul modello di analoghe previsioni di altri ordinamenti europei e di fatto già “anticipata” in via interpretativa dalla costante giurisprudenza della Cassazione- pur se non specificamente imposta dalle Convenzioni internazionali già richiamate- è stata accolta con molto favore nel dibattito tecnico-dogmatico sviluppatosi subito dopo l'approvazione quale segnale positivo nel panorama della lotta alla corruzione, anche se non sono mancate alcune voci critiche.

Con l'intervento normativo in questione, che va ad integrare le previsioni degli attuali artt. 319 e ss c.p., infatti, la reazione dell'ordinamento penale sarà consentita ogni volta che si concretizzi il pericolo di asservimento della pubblica funzione ad interessi privati senza legare la punibilità alla precisa individuazione di una specifica condotta oggetto dell'illecito mercato, consentendo la punizione di entrambe le parti del *pactum sceleris*, in ragione del semplice mercimonio della pubblica funzione. Viene dunque meno il necessario collegamento tra l'utilità ricevuta o promessa e l'atto, da adottare o già adottato, dell'ufficio. Si è notato che in tal modo il legislatore ha inteso recepire quegli orientamenti giurisprudenziali di legittimità che giungevano a riconoscere il reato anche prescindendo dall'individuazione di un atto corruttivo affermando la sussistenza della corruzione propria laddove l'accordo sia finalizzato al compimento di un atto non individuato "ab origine", ma collegato ad un "genus" preventivamente individuabile nonché quando il privato “... *prometta o consegna al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori*”⁸. Tanto è vero, che da più parti, la norma in parola è stata definita come introduttiva nell'ordinamento della figura dell' “asservimento della funzione”.

Certo la riforma è caratterizzata da alcuni difetti di coordinamento ed ha posto anche alcuni problemi interpretativi di non poco conto. Sotto il primo profilo va evidenziato,

⁸ RELAZIONE cit. pag. 4 e s.

che il testo dell'art. 321 c.p. non risulta innovato dal legislatore e continua a contenere un riferimento al primo comma dell'art. 318 c.p. norma oramai sviluppata in un unico comma, data la riformulazione della vecchia "corruzione per un atto d'ufficio" in "corruzione per l'esercizio della funzione". In relazione al secondo aspetto, invece, va considerato che l'interpretazione giurisprudenziale sopra ricordata era stata per la sua portata innovativa anche drasticamente criticata da chi la riteneva, evidentemente, non legittima⁹ o comunque non condivisibile¹⁰. Sorge quindi ora il dubbio che, data l'asimmetria che si è venuta a determinare fra gli elementi oggettivi delle due norme, laddove il nuovo 318 c.p. non contiene più alcun esplicito riferimento all'atto d'ufficio, l'intervento normativo non costituisca "una sorta di interpretazione autentica implicita dell'art. 319 c.p." il che, ovviamente, impedirebbe per il futuro l'adozione per tale norma dei "menzionati orientamenti assunti dalla giurisprudenza di legittimità".¹¹

Il legislatore, inoltre, cancella la distinzione tra corruzione antecedente e susseguente, con conseguente punibilità del privato – in conformità con le Convenzioni internazionali già richiamate – anche nell'ipotesi in cui questi retribuisca il pubblico funzionario in relazione ad una condotta conforme ai doveri d'ufficio già compiuta (c.d. corruzione attiva impropria susseguente).¹² L'incriminazione del "corruttore improprio susseguente", per usare una terminologia destinata ad essere abbandonata, poiché in precedenza non punibile, deve ritenersi nuova, con le conseguenze ovvie in termini di successione di leggi penali nel tempo, mentre per quanto riguarda tutte le altre ipotesi, trattandosi di successione di leggi penali solo modificative, troverà applicazione l'art. 2, 4° comma, c.p.

Il messaggio esplicito della novità normativa, in definitiva, è quello dell'introduzione di un generale divieto per i pubblici funzionari di ricevere "denaro o altre utilità" dai privati (con innovazione semantica da sottolineare rispetto alla "... in denaro o altra utilità, retribuzione ..." del testo previgente) per qualunque ragione, anche dopo il compimento di un atto lecito nel compimento dei doveri d'Ufficio. Il che peraltro è perfettamente coerente con il nuovo testo dell'art. 54 del Dlgs 165/2001, come modificato dall'art. 1 comma 44 della L.190/2012, il quale introduce «per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia».

Mosso dall'intento di far scomparire ogni distinzione in tema di corruzione impropria fra la antecedente e la susseguente, il legislatore ha quindi ritenuto di dover eliminare ogni riferimento al concetto di retribuzione. Ciò, però, secondo alcuni, potrebbe incidere sulla rilevanza penale di quei casi (i c.d. munuscula, le regalie d'uso etc.)¹³ da sempre e

⁹ G. BALBI, Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, in www.penalecontemporaneo.it, 15.10.2012, e in precedenza F. CINGARI La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma in *Dir. pen. contemp.*, rivista trimestrale, n. 1, 2012 pag.8.

¹⁰ S. SEMINARA, , La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale, in *Dir. pen. e processo*, n. 10, 2012, 1236.

¹¹ RELAZIONE cit. pag. 5.

¹² Fra le posizioni nettamente critiche in dottrina su tale nuova incriminazione va menzionato G. BALBI, op. cit. pag. 5 il quale auspica anzi persino di "escludere, finalmente, la rilevanza penale della corrispondente ipotesi passiva".

¹³ RELAZIONE cit. pag.6.

costantemente esclusi dalla Giurisprudenza dall'ambito penalistico attraverso il ricorso al principio della proporzionalità del bene ricevuto rispetto all'atto compiuto, ovvero, quanto meno, renderebbe necessario il ricorso a criteri ermeneutici alternativi al fine di motivare l'irrilevanza penale di tale genere di condotta. Rispetto quindi a tale nuova figura che assume i caratteri di norma generale nel nuovo disegno del legislatore, la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio si pone quale norma speciale (così come peraltro la corruzione in atti giudiziari).

Sempre sul fronte sostanziale deve infine essere rilevato che come già visto nel nuovo 346 bis c.p., anche nella norma attualmente analizzata, il legislatore non ritiene necessaria la qualità di pubblico impiegato per l'autore del reato che abbia la qualifica di incaricato di pubblico servizio.

Le conseguenze in tema di procedura derivanti dal nuovo testo normativo sono quelle conseguenti agli aumenti edittali delle pene previste (stante la pacifica continuità normativa tra le ipotesi disciplinate dal vecchio e dal nuovo 318 ad eccezione di quanto già detto per la nuova incriminazione del corruttore improprio susseguente) che consentiranno anche per l'ipotesi in parola l'emissione di misure cautelari custodiali oltre che l'intercettazione di comunicazioni.

C. La corruzione privata.

Anche in tal caso sulla scorta di molteplici norme internazionali vincolanti per il nostro Paese (accanto alle Convenzioni più volte richiamate va menzionata la decisione quadro 2003/568/GAI del 22/7/2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato nonché la raccomandazione XIX del rapporto GRECO sull'Italia dall'ottobre 2009), il provvedimento normativo ha rivisitato la figura della *corruzione privata* in parte superando le inadeguatezze della disciplina vigente, concretizzata nel solo ambito societario dall'art. 2635 c.c. ("*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*") con riferimento ai soli soggetti di vertice). Era evidente, infatti l'inadeguatezza della norma citata a corrispondere agli obblighi che il nostro Paese si era impegnato a rispettare, non solo con riferimento al mondo societario ma in relazioni a fatti commessi da chiunque operasse (anche per conto di persone giuridiche) nel settore privato.

In questo ambito la risposta del legislatore appare particolarmente insoddisfacente, poiché al di là della modifica del *nomen juris*, sembra sempre indirizzata a tutelare il patrimonio sociale più che la stabilità e la sicurezza della collettività, continuando ad atteggiarsi come una fattispecie a tutela degli obblighi di fedeltà del dipendente nei confronti della società, invece che, in via principale, quale strumento di tutela pubblicistica. Se infatti è positiva l'estensione della previsione dei soggetti attivi del reato così come il (sia pur) blando aumento di pena edittale, devono condividersi i dubbi espressi con riguardo al mancato intervento sulla restante parte della norma ed in special modo sull'inalterata necessità di accertare l'effettivo compimento di una condotta attiva od omissiva contraria ai doveri d'ufficio, nonché la determinazione di un pregiudizio per la società, requisito non del tutto coerente con lo spirito di tutela della concorrenza che avrebbe dovuto animare l'intervento legislativo. Poco significative appaiono le ulteriori novità introdotte dalla legge: il riferimento alla "*violazione degli obblighi di fedeltà*" appare di determinazione piuttosto incerta e l'espressa previsione del "*danaro*" accanto all'utilità è

da ritenersi superflua trattandosi di concetto di certo già ricompreso nell'ampio termine (“*utilità*”, appunto) già in precedenza previsto.

Da ultimo, giova ricordare che la procedibilità a querela di parte (al di fuori della circoscritta ipotesi che il fatto cagioni una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi) non pare inserirsi appieno in una logica di tutela generalizzata della collettività e di inasprimento degli strumenti di contrasto alla corruzione.

D. L'innalzamento delle pene edittali e le ulteriori disposizioni innovative anche in ambito processuale.

La riforma in parola, poi, è intervenuta in modo significativo anche in fase di riscrittura ed integrazione di norme sostanziali e processuali e soprattutto in relazione a ipotesi criminose già contemplate, ambito (affrontato specificamente nei paragrafi successivi) che per la particolare delicatezza della materia e per la coesistenza di impostazioni ed esigenze contrapposte, ha determinato dibattiti accesi ed evidenziato numerose questioni interpretative e dogmatiche.

In primo luogo, deve registrarsi un inasprimento di alcune delle pene previste per questo genere di reati (in particolare l'aumento della pena minima del peculato e della concussione per costrizione –sulla quale si tornerà più avanti- nonché gli aumenti nel minimo e nel massimo delle ipotesi di corruzione, di cui agli articoli 318, 319 e 319 ter e di abuso d'ufficio), con le conseguenti ricadute in termini di maggiore utilizzabilità degli strumenti di indagine (primo fra tutti quello dell'intercettazione delle comunicazioni) nonché con la facoltà del ricorso a misure cautelari anche per ipotesi in precedenza non suscettibili di provvedimenti restrittivi (come già visto per la corruzione nel nuovo testo dell'art. 318 c.p.).

Con l'aggiunta della locuzione “*o profitto*” nell'ultima parte del primo comma dell'articolo 322 ter in tema di confisca per equivalente, il legislatore della riforma ha colmato una vera e propria “*svista*”¹⁴ del legislatore del 2000, il quale omettendo tale menzione non aveva reso possibile la confisca per equivalente nelle ipotesi di reato quali il peculato e la concussione, nelle quali l'autore non ricava un prezzo bensì un profitto.

Un ulteriore ambito di intervento della legge anticorruzione ha poi riguardato le misure interdittive, che in relazione ai più gravi reati contro la pubblica amministrazione (peculato, malversazione, indebita percezione di erogazioni, concussione, indebita induzione e in tutti i casi di corruzione) sono state inasprite poiché avranno efficacia massima per sei mesi (in luogo dei due precedentemente previsti) e saranno anche rinnovabili dal Giudice per analogo lasso di tempo, purché emesse per esigenze cautelari probatorie.

E. La “nuova” concussione.

Oggetto di un incisivo intervento del legislatore è stato, come già accennato, anche il reato di concussione, istituto tipicamente italiano (neppure menzionato dalle fonti internazionali in precedenza citate) ed anzi più volte segnalato da autorevoli istituzioni internazionali – OCSE, GRECO etc. – come emblematico, nella sua ampia applicazione

¹⁴ VIGANO', La riforma dei delitti di corruzione, in Il Libro dell'anno del diritto 2013, Treccani, pag. 8,

giurisprudenziale, dell'intento di non perseguire il privato che ha effettuato un'indebita dazione di denaro o altra utilità per consentire in giudizio la collaborazione processuale del privato e la piena utilizzabilità delle sue dichiarazioni in quanto vittima-testimone, perché concusso anziché concorrente nel reato quale corruttore. Questa parte dell'intervento è quella che ha generato le maggiori polemiche anche per le ricadute su alcuni dei processi in corso in relazione ai quali le norme novellate (immediatamente applicabili per il principio del favor rei) sono destinate ad anticipare drasticamente i termini di prescrizione.

L'idea di fondo della riforma è quella di ovviare al problema sopra indicato scomponendo la concussione in due ipotesi, l'una di estorsione qualificata (nella quale si utilizza la locuzione "*costringe*") e l'altra di "*indebita induzione a dare o promettere utilità*" (nuovo 319 quater) meno gravemente sanzionata ma implicante la punibilità, sia pure in misura sensibilmente inferiore, anche chi dà o promette l'utilità.

Il legislatore, inoltre, ha adottato altre due novità di rilievo in tale ambito: da un lato ha escluso la punibilità per l'ipotesi della costrizione dell'incaricato di pubblico servizio, dall'altro ha inasprito la pena minima per la stessa (rispetto al vecchio testo dell'art. 317 c.p.) portandola a sei anni (fermo restando il massimo di dodici). L'ipotesi di induzione, viene invece meno gravemente punita rispetto al passato avendo un ambito edittale tra i tre e gli otto anni per l'induttore. Completano il quadro delle novità :

- l'estensione degli obblighi di informativa alla P.A. di appartenenza, del decreto che dispone il giudizio per il pubblico dipendente accusato del reato in questione,
- l'estensione allo stesso 319 quater delle particolari ipotesi di confisca ex art. 12 sexies della L.356/1992, nonché dell'elenco dei reati presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti, contemplata dal D. Lgs. 231/2001.

Le scelte principali operate dal legislatore si prestano ad alcuni rilievi critici, pur se va considerato che la distinzione dell'ipotesi della costrizione da quella dell'induzione, per la presenza del requisito della forza e della minaccia solo nella prima, era necessaria per adeguarsi alle raccomandazioni internazionali e per rispondere all'esigenza di assicurare "*un'equa graduazione delle risposte sanzionatorie in relazione a situazioni oggettivamente diverse*"¹⁵.

In primo luogo, la mancata estensione della concussione per costrizione all'incaricato di pubblico servizio lascia perplessi infatti, oltre a sottolineare la difficoltà investigativa e processuale conseguente in termini di individuazione del soggetto attivo, va segnalata la disparità di trattamento determinatasi, con il rischio di punire con pena anche più elevata l'ipotesi astrattamente configurabile in cui la costrizione avvenga mediante violenza o minaccia sussumibile nell'ipotesi di cui agli artt. 629 e 61 n. 10 c.p., con la paradossale applicabilità all'incaricato di pubblico servizio di una pena massima (anni dieci più un terzo) più elevata di quella prevista per lo stesso pubblico ufficiale. La giustificazione, desumibile dai chiarimenti del Ministero proponente, vale a dire che il ritorno all'epoca antecedente la riforma del 1990 traeva origine dalla non riferibilità a tale figura del *metus* caratterizzante la concussione, non può essere ritenuta soddisfacente, non solo per le ragioni già esposte, ma soprattutto perché nel vigore, del testo appena abolito, la

¹⁵ E.DOLCINI-F. VIGANO', Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione, in *Dir. pen. contemp.*, rivista trimestrale, n. 1, 2012. pag.17.

Giurisprudenza della Cassazione¹⁶, ha sempre affermato che anche l'incaricato di pubblico servizio era pacificamente in grado di porre in essere atti di costrizione sul privato. Di certo, data l'esplicita esclusione dell'incaricato di pubblico servizio quale soggetto attivo del reato di concussione per costrizione, e le divergenti opinioni già esposte, non appare di semplice soluzione la risposta al quesito se sia punibile (e, in caso positivo, in base a quale norma) per i fatti commessi prima della riforma un incaricato di pubblico servizio che abbia commesso un fatto di concussione mediante costrizione.

Non necessita di particolare analisi l'inasprimento delle pene nel minimo, dal momento che contrariamente ad altri casi esaminati non implica ricadute processuali di sorta, mentre va rilevato che la scelta di ridurre sensibilmente la pena per il nuovo 319 quater c.p., dettata verosimilmente dall'intento di adeguare la pena al diverso disvalore morale del fatto di mera induzione rispetto a quello di vera e propria costrizione, non tiene in debito conto la conseguenza di rendere assai più brevi i tempi di prescrizione del reato, per tutti i casi ancora in fase giudiziale. La semplice riduzione del solo minimo edittale per il 319 quater, rispetto al testo previgente del 317 c.p., magari accompagnato da un inasprimento della pena massima oggi prevista per il nuovo 317 c.p., avrebbe consentito di distinguere le due ipotesi, adeguando la pena al disvalore del fatto, senza compromettere la gran parte dei processi in corso (poiché il termine di prescrizione non si sarebbe modificato).

Le questioni maggiormente problematiche, però si pongono in relazione all'ipotesi dell'"induzione" ed alla scelta operata del legislatore fra le diverse opzioni di politica criminale astrattamente percorribili: assimilarla alla fattispecie di corruzione, con conseguente punibilità –differenziata- di entrambi i partecipi del *pactum sceleris*, con previsione di vantaggi –fino alla non punibilità per le condotte collaborative, ovvero abolirla rinunciando del tutto alla distinzione fra corruzione e concussione, etc. etc. La legge introdotta, infatti sembra intraprendere la prima delle strade ora indicate, senza però giungere fino alla logica e consueta conseguenza di premiare la collaborazione del soggetto indotto, con le immaginabili conseguenze in termini di difficoltà di dimostrare la perpetrazione del reato.

Comunque, il quadro normativo, una volta divise le due ipotesi del vecchio 317 c.p., si presenta con tre figure distinte di reato fra le quali l'induzione indebita si colloca "*su una linea intermediasu una posizione più prossima al reato di corruzione*"¹⁷ per molteplici ragioni. In primo luogo perché l'intervento normativo si adegua alle raccomandazioni internazionali¹⁸, dirette ad evitare che il ricorso alla figura della concussione potesse essere utilizzato quale strumento per sottrarre alla giusta punizione il soggetto corruttore. Inoltre, sempre nel medesimo senso può evidenziarsi che nella nuova figura non assume rilievo la natura dell'atto compiuto dal pubblico funzionario (se contrario o conforme ai doveri d'ufficio) e che la determinazione della pena è assai più prossima a quella del 319 c.p., rispetto all'inasprita previsione del nuovo 317 c.p.

¹⁶ Fra le altre, v. Cass. Sez. 6, Sentenza n.17902, del 22/1/2003, rv.224502

¹⁷ RELAZIONE, cit. pag.8

¹⁸ Rapporto sulla fase 3 dell'applicazione della Convenzione anticorruzione Ocse in Italia, e rapporto "Greco", approvato a Strasburgo il 23 marzo 2012 già citati in nota 2.

Pur senza nascondere le obiettive difficoltà di distinguere le tre figure di reato, perché non sempre nitidamente distinte per le mille sfaccettature che i rapporti tra pubblici funzionari e privati possono assumere nella realtà quotidiana, l'interprete dovrà, dunque, fare ricorso ai criteri distintivi, già da tempo elaborati dalla Giurisprudenza della Cassazione¹⁹ per distinguere la corruzione dalla concussione. Anche dopo la riforma, quindi bisognerà analizzare la natura del rapporto tra i protagonisti della vicenda: laddove gli stessi si collocano in posizione paritaria, ci troveremo di fronte ai reati di corruzione ovvero della nuova induzione indebita (con le specificazioni su cui subito dopo ci si soffermerà); laddove il privato sia in posizione di soggezione di fronte al Pubblico Ufficiale, si realizzerà una concussione. Ciò naturalmente non risolverà l'intrinseca difficoltà ermeneutica degli operatori del diritto, in special modo in relazione alla distinzione fra le figure della corruzione e dell'induzione indebita, per le ragioni già illustrate figure contigue, mentre appare destinata a restare ipotesi più teorica che riscontrabile nella realtà, o quanto meno assai infrequente, quella della concussione mediante costrizione o esplicita intimidazione. Infatti dalla lettura delle due norme (319 e 319 quater c.p.) emerge che, oltre al requisito dell'induzione, i dati letterali di diversità sono: la clausola di riserva iniziale della nuova norma (*“salvo che il fatto costituisca più grave reato”*) e, circa la condotta del pubblico funzionario, la previsione *“dell'abuso della sua qualità o dei suoi poteri”* comunque di difficile individuazione o comunque implicitamente pressochè costantemente ricorrente (pur se non menzionato) anche nel 319 c.p. Sarà pertanto necessario fare ricorso alla valutazione dell'intensità dell'effetto di coartazione psicologica presente nell'induzione, nella quale deve comunque residuare una libertà di autodeterminazione del soggetto, laddove invece la facoltà di scelta del privato nella corruzione è del tutto libera e la sua volontà congiunta a quella del corrotto nel perseguimento esclusivo del fine illecito.

Certo non appare facile fornire una risposta soddisfacente alle critiche a questa parte della riforma da parte di alcuni commentatori²⁰ per non aver tenuto nel giusto conto i fenomeni assai diffusi nella nostra realtà *“di situazioni di coartazione ‘latente’ o ‘ambientale’, non esplicitata attraverso condotte violente o minacciose, ma neppure esplicitamente induttive, nelle quali però il privato è ben consapevole che i suoi interessi saranno gravemente pregiudicati ove egli non si adegui al volere del pubblico funzionario”*²¹. Appare concreto il rischio, in tali ipotesi, di sottrazione alla punizione penale del pubblico funzionario che si astenga dal prendere iniziative in termini di induzione (quindi non abusando della propria qualità), ma semplicemente sfruttando a proprio ingiusto vantaggio la situazione di debolezza o fragilità del privato conscio di non poter usufruire di un trattamento imparziale per una serie di segnali taciti ma di certo non equivoci.

Infine controversa appare anche la questione di diritto intertemporale relativa alla successione delle due norme nel tempo (319 quater c.p. rispetto al 317 c.p.), in relazione al pubblico funzionario. La soluzione verosimilmente preferibile è che mentre per il

¹⁹ Si V. da ultimo Cass. Sez.6, Sentenza n.38650, del 5/10/2010 rv. 248522

²⁰ S. SEMINARA, op. cit, pag 1244, che illustra le difficoltà di collocazione dei casi di concussione ambientale nell'attuale assetto normativo, rammentando che nel Progetto Pagliaro tale reato, come l'indebita accettazione di utilità, non prevedeva la punibilità del privato.

²¹ E.DOLCINI-F. VIGANO', op.cit. pag.16

privato si tratti senza dubbio di nuova incriminazione, per il pubblico funzionario si tratti di una successione meramente modificativa di leggi penali²² anche se c'è chi sostiene che la risposta in tal senso non sia affatto scontata²³.

3. Le ulteriori prospettive di intervento necessarie per l'efficacia del contrasto repressivo.

Tutti i commentatori ed operatori del diritto interessati all'argomento, sia che reputino la legge appena approvata un'occasione mancata, sia che invece la considerino una valida risposta all'esigenza di combattere il fenomeno corruttivo nel nostro Paese, concordano con la necessità di compiere ulteriori passi sul cammino del contrasto alla corruzione con mirati interventi normativi. Diversi sono gli ambiti sui quali sarà necessario ancora intervenire perché la repressione dei reati possa risultare in concreto davvero efficace.

A. La prescrizione.

Il primo e più importante fronte è quello della prescrizione, con la precisazione, peraltro, che il tema non riguarda certo i soli reati degli agenti pubblici contro l'amministrazione pubblica, ma l'intero sistema penale.

In primo luogo, non può non mettersi in evidenza l'inadeguatezza della odierna durata della prescrizione con riguardo ai reati di cui ci si occupa, come noto molto ridimensionata dal legislatore nel 2005, considerata la complessità delle indagini e dei procedimenti aventi ad oggetto fatti corruttivi.

Merita considerare, al riguardo, che nel corso dell'ultima riunione del 2011 del Gruppo di Lavoro sulla Corruzione Internazionale dell'OCSE (Working Group Bribery - WGB) è stato discusso ed approvato il Rapporto di valutazione di terzo ciclo sull'Italia.

Il Rapporto pone un particolare accento critico sul tema dei termini di prescrizione in Italia, ritenuti la principale causa dell'elevato tasso di procedimenti penali non conclusi con un accertamento della responsabilità, nonostante l'impegno profuso dalle forze di polizia e di magistratura. Conseguenza di tale criticità è l'obbligo imposto al nostro Paese di riferire, *semestralmente e per iscritto*, al WGB sui seguiti offerti alla Raccomandazione in materia.

Si raccomanda, in particolare, l'"urgente" adozione delle azioni necessarie ad estendere il termine "ultimo" di prescrizione.

Ebbene, il nuovo sistema della prescrizione delineato dalla legge n. 251/2005 (nota come *ex Cirielli*), nell'ancorare i termini ai limiti massimi di pena, ha reso molto più rilevante il rischio che non si giunga ad un accertamento della sussistenza o meno del reato.

La prescrizione, come è noto, aumenta il senso di impunità generale, rappresenta una grave sconfitta per le istituzioni repressive e lascia comunque sull'imputato, che può voler evitare, per varie ragioni, di rinunciarcisi, un ingiusto alone di sospetto.

Tenendo presente che i reati in esame molto spesso richiedono accertamenti particolarmente complessi (intercettazioni telefoniche, rogatorie internazionali, consulenze tecniche ed accertamenti bancari) è necessario incidere sulla disposizione che regola i tempi entro i quali matura la causa di estinzione del reato in esame.

²² Come esplicitamente sostiene F. VIGANO', op. cit. pag. 4

²³ Come sembra preferire la Cassazione nella RELAZIONE cit. pag. 10

L'aspettativa della prescrizione, inoltre, disincentiva il ricorso ai riti speciali, quali il patteggiamento e l'abbreviato e, con la scelta generalizzata del rito ordinario, rende ancora più problematico il raggiungimento di una decisione di accertamento definitivo.

Diverse le opzioni da tempo prospettate con l'intento di non vanificare gli sforzi punitivi dello Stato: -evitare che la prescrizione continui a decorrere anche dopo che lo Stato ha manifestato chiaramente il proprio interesse ad esercitare la pretesa punitiva, ad esempio, con l'esercizio dell'azione penale ovvero con l'emissione della sentenza di condanna in primo grado; - far decorrere l'inizio del termine di prescrizione dalla scoperta della notizia di reato ovvero dall'iscrizione della stessa nell'apposito registro; -distinguere due termini di prescrizione l'uno "sostanziale" decorrente dalla data di consumazione del reato e non più decorrente dopo l'esercizio dell'azione penale o dopo l'iscrizione della notizia di reato e l'altro "processuale" diretto a regolare i tempi di celebrazione dei diversi gradi di giudizio; - prevedere dei nuovi termini decorrenti ad ogni passaggio processuale con limiti temporali massimi legati a ciascuna singola fase, etc. etc. In sostanza, ogni soluzione normativa che sia diretta a disincentivare i comportamenti di parte strumentali al prolungamento dei tempi del processo sarebbe auspicabile e porrebbe rimedio alla gravità della situazione attuale nella quale sempre più di frequente l'intervento della prescrizione anche dopo diversi gradi di giudizio, vanifica il lavoro comunque svolto ed impedisce l'individuazione di eventuali responsabilità per i ritardi accumulatisi, proprio perché unitariamente e non separatamente calcolata.

B. I reati collegati.

Un'efficace contrasto della corruzione non può, inoltre, non passare per il ripensamento di taluni reati "avamposto".

Il riferimento, è, in primo luogo, al reato di falso in bilancio, negli anni scorsi oggetto di una riforma contraddittoria con una seria politica di contrasto della corruzione.

Ulteriori margini di intervento invocati da più parti ineriscono sia all'introduzione di ulteriori figure di reato (quale ad esempio l'autoriciclaggio) sia il completamento e l'integrazione di ipotesi già vigenti (ad es. l'estensione dell'ipotesi del voto di scambio anche al passaggio di altra utilità oltre che del danaro già previsto nell'attuale norma).

C. Le pene accessorie.

E' ancora necessario stimolare una riflessione nel settore delle pene accessorie.

La modifica normativa introdotta dalla legge n. 19 del 1990, che ha reso applicabile la sospensione condizionale della pena anche a tali sanzioni, ha comportato di fatto l'inapplicabilità di gran parte delle comminate interdizioni ai pubblici uffici, lasciando alle scelte dell'azione disciplinare interna di valutare le conseguenze della condanna sul piano lavorativo.

Alla luce dell'esperienza certamente non particolarmente positiva dell'applicazione della legge in questione, si potrebbe ripensare l'intero sistema di pene accessorie sia prevedendo come obbligatoria l'interdizione perpetua per ogni fattispecie corruttiva sia introducendo una disposizione speciale che non consenta la sospensione quantomeno di questa specifica ipotesi di pena accessoria.

D. La protezione dei soggetti che denunciano.

Infine, il sistema di protezione dei soggetti che denunciano.

Nella parte dedicata alla prevenzione dell'intervento normativo in questione, si prevede un sistema che tende a tutelare i soggetti che consentano di evitare la commissione di fatti corruttivi; un meccanismo in qualche modo analogo andrebbe pensato anche sul piano penale per coloro che, anche non essendo pubblici ufficiali e prima che sia iniziato un procedimento penale, denuncino fatti di corruzione.

Anche senza voler optare per soluzioni radicali di non punibilità - come pure previsto in altri Paesi - la strada percorribile potrebbe essere quella di prevedere un'attenuante speciale, significativa sul piano sanzionatorio, ancorandola alla rilevanza e novità della collaborazione prestata. Ragionando diversamente, infatti, la separazione delle due ipotesi di concussione, potrebbe rilevarsi del tutto inefficace nella lotta ai fenomeni corruttivi, in quanto la punibilità (senza riserve per l'eventuale collaborazione) anche del privato indotto, crea un nesso di solidarietà criminale tra i protagonisti il che rischia di rendere estremamente difficoltoso (se non quasi impossibile) dimostrare la commissione del reato (come peraltro accaduto fino ad oggi per le ipotesi di corruzione) con strumenti di indagine diversi dalle intercettazioni.