

SULL'ENNESIMA RIFORMA DEL SISTEMA PENALE ANTICORRUZIONE*

di Francesco Cingari

(Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Firenze)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Uno sguardo d'insieme alle innovazioni introdotte dalla l. 9.1. 2019, n. 3. - 3. Il *restyling* del delitto di traffico di influenze illecite e la problematica abrogazione dell'art. 346 Cp. - 4. Il rafforzamento dell'apparato sanzionatorio dei reati anticorruzione: l'incremento delle pene principali. - 4.1. Il potenziamento delle pene accessorie. - 4.2. La riforma della riparazione pecuniaria. - 4.3. La riforma del sistema sanzionatorio degli enti per i reati contro la pubblica amministrazione. - 5. La nuova misura premiale per corrotto e corruttore "pentiti". - 6. L'inserimento dei reati contro la P.A. nell'ambito di quelli di cui all'art. 4-bis O.P., "ostativi" dell'accesso ai benefici penitenziari.

1. Con la l. 9.1. 2019, n. 3, (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), a distanza di quasi quattro anni dall'ultimo intervento riformatore della l. 27.5.2015, n. 69, e dopo sette anni dalla l. 6.11.2012, n. 190, il legislatore interviene nuovamente sul sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, con un ampio ventaglio di disposizioni di natura "sostanziale" e "processuale".

Limitando qui la nostra attenzione esclusivamente agli interventi di carattere "sostanziale" che hanno inciso sull'apparato repressivo a contrasto dei fenomeni corruttivi, va rilevato come il legislatore, per un verso, continui a puntare tutto sullo strumento penalistico allontanandosi definitivamente dalla strategia di contrasto alla corruzione "integrata" tra strumenti repressivi e preventivi, intrapresa dalla l. 190/2012. Ed infatti, se si escludono le disposizioni in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici, l'azione riformatrice si è concentrata esclusivamente sull'apparato repressivo. Per un altro verso, gli interventi riformatori della l. 3/2019 si collocano nel solco della tendenza legislativa alla costruzione di un sistema penale anticorruzione di "lotta" ai fenomeni corruttivi sempre più "differenziato" ed "emer-

* Commento alla L. 9 gennaio 2019, n. 3. In particolare, all'art. 1, co. 1, lett. c,g,h,i,m,n,o,q,r,s,t; co. 4, lett. d,e; co. 6, co. 7, co. 9 lett. a,b.

genziale"¹. In effetti, nell'azione di contrasto ai fenomeni corruttivi lo strumento penalistico appare utilizzato, non già come mezzo sussidiario di tutela in presenza della insufficienza degli altri rimedi alternativi, ma come strumento "primario" di "lotta" al fenomeno criminoso, volto, più che alla tutela di beni giuridici da significative modalità aggressive, a promuovere un messaggio di stigmatizzazione socio-culturale dei fenomeni corruttivi².

Questa logica di fondo - che porta ad elevare ad autentiche esigenze di politica criminale meri "indici di percezione sociale dei fenomeni criminali"³ - permea la fisionomia dell'intervento riformatore della l. 3/2019.

In primo luogo, l'azione riformatrice si allontana sempre di più dal crisma caratterizzante il diritto penale moderno e segnatamente dal principio di tipicità e dalle garanzie a cui esso assolve⁴. In effetti, nel tentativo di fare "terra bruciata" intorno al fenomeno corruttivo, è stato esteso ulteriormente il raggio d'azione della fattispecie di traffico di influenze illecite, che risulta sempre più indeterminata ed eterogenea⁵.

In secondo luogo, allo scopo di rafforzare l'efficacia simbolica del messaggio di "lotta alla corruzione", l'apparato sanzionatorio anticorruzione è stato potenziato in maniera irragionevole: non solo perché gli incrementi sanzionatori non risultano proporzionati rispetto al reale contenuto di disvalore dei fatti incriminati, ma anche in quanto la funzione di prevenzione generale (negativa) della pena ha obliterato completamente quella rieducativa. Si allude, ad esempio, agli incrementi delle pene principali per i reati di traffico di influenze illecite e di corruzione per l'esercizio della funzione e al rafforzamento delle pene accessorie della interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione⁶.

Infine, ulteriore pernicioso conseguenza della logica di fondo che ha ispirato l'azione riformatrice del sistema penale anticorruzione è il consolidamento del processo di osmosi tra l'apparato repressivo anticorruzione e quello a contrasto della crimi-

¹ Cfr. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPC*, 27.5.2019, 232 ss.

² Cfr. V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP* 2018, 1132.

³ Cfr. la Relazione del Ministro della Giustizia Bonafede al d.d.l. A.C. 1189 presentato alla Camera dei Deputati il 24.09.2018, 1 s., che pone a fondamento dell'intervento riformatore sull'apparato repressivo anticorruzione proprio gli elevati livelli di corruzione percepita. Sul punto, v. T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *AP* 2018, n. 3, 1 ss.

⁴ Sul principio di tipicità v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*⁷, Torino 2018, 76 ss.

⁵ In generale sul deficit di "tipicità" delle fattispecie corruttive v. A. Gargani, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *DPP* 2014, 1033; V. Manes *Corruzione senza tipicità*, op. cit., 1129.

⁶ Cfr. G. Flora, *La nuova riforma dei delitti di corruzione. Verso la corruzione del sistema penale?*, in *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti")*, a cura di Giovanni Flora e Antonella Marandola, Pisa 2019, 11.

nalità organizzata⁷. Da questo punto di vista, esemplare è l'inserimento dei reati di corruzione, concussione e peculato ordinario nell'ambito di quelli "ostativi" dell'accesso ai benefici penitenziari, di cui all'art. 4-bis, co. 1, l. 26.7.1975, n. 354.

2. L'intervento riformatore della l. 9.1. 2019, n. 3 è piuttosto articolato.

In primo luogo, la legge interviene su alcune fattispecie incriminatrici anticorruzione al fine di ampliarne il raggio di azione e di agevolarne l'applicazione. Sotto il primo profilo, e cioè quello relativo all'ampliamento del raggio d'azione delle fattispecie incriminatrici anticorruzione esistenti, per un verso, viene in gioco la fattispecie disciplinata dall'art. 322-bis, co.1, Cp, la cui sfera soggettiva viene estesa anche ai soggetti che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio nell'ambito delle organizzazioni pubbliche internazionali e ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali o sovranazionali e ai giudici e funzionari delle Corti internazionali, nonché la fattispecie di corruzione internazionale attiva di cui all'art. 322-bis, co. 2, dalla quale è stato espunto il dolo specifico che consisteva nel «fine di procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali, ovvero nel fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria»⁸; e per un altro verso, viene in evidenza il traffico di influenze illecite, il cui raggio d'azione è stato sensibilmente ampliato anche per effetto dell'assorbimento (parziale) dei fatti di millantato credito previsti dall'art. 346 Cp che è stato abrogato.

Sotto il secondo profilo, e cioè quello relativo alla più agevole applicazione delle fattispecie incriminatrici già esistenti, da un lato, viene in evidenza l'eliminazione dagli artt. 9 e 10 del Cp della necessità della richiesta del Ministro della Giustizia o della istanza o della querela della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione commessi all'estero rispettivamente dal cittadino oppure dallo straniero che si trovino nel territorio dello Stato⁹; dall'altro lato, viene in gioco l'introduzione del regime della procedibilità d'ufficio per tutte le ipotesi di istigazione alla corruzione tra privati e di corruzione tra privati.

In secondo luogo, la l. 3/2019 interviene sull'apparato sanzionatorio dei delitti anticorruzione, al fine di potenziarne l'efficacia general-preventiva e il livello di effettività.

⁷ Nel processo di osmosi tra criminalità organizzata e corruzione si colloca anche, ad esempio, la l. 17.10.2017, n. 161, che ha esteso le confische di prevenzione anche agli indiziati di alcuni reati contro la P.A. realizzati in forma associativa ex art. 416 CP.

⁸ Cfr. S. Manacorda, *Corruzione internazionale*, in *DPP* 2019, n. 7, 895 s.

⁹ Cfr. S. Manacorda, *Corruzione internazionale*, in *op. cit.*, 897 s.

Sotto il primo profilo, e cioè quello del rafforzamento dell'efficacia general-preventiva del sistema sanzionatorio, viene in considerazione l'incremento delle pene principali per i delitti corruzione per la funzione e di traffico di influenze illecite, l'estensione del raggio d'azione della riparazione pecuniaria e il rafforzamento del sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. 8.6.2001, n. 231 per la responsabilità punitiva amministrativa degli enti.

Sotto il secondo profilo, ovvero quello volto al potenziamento del livello di effettività delle pene accessorie, viene in gioco il rafforzamento della interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, realizzato intervenendo non solo sugli artt. 32-*quater* e 317-*bis* Cp, ma anche sulle discipline della sospensione condizionale della pena, del patteggiamento, dell'affidamento in prova ai servizi sociali e della riabilitazione.

In terzo luogo, nella prospettiva di agevolare l'emersione dal sommerso dei fatti corruttivi e di favorirne l'accertamento, la l. 3/2019, sul versante "sostanziale", ha introdotto una causa di non punibilità che si va ad aggiungere alla circostanza attenuante prevista dall'art. 323-*bis* c.p., introdotta dalla l. 69/2015; sul versante "processuale", ha reso utilizzabili indagini sotto copertura e il captatore informatico anche per l'accertamento dei fatti corruttivi.

3. Tra gli interventi riformatori che hanno inciso sulla struttura delle fattispecie incriminatrici anticorruzione spicca indubbiamente il *restyling* della fattispecie incriminatrice di traffico di influenze illecite. In effetti, la l. 3/2019 ha ampliato sensibilmente il raggio d'azione del delitto di traffico di influenze illecite attraverso alcuni interventi che ne hanno modificato profondamente il volto. In primo luogo, i pubblici agenti internazionali indicati dall'art. 322-*bis* Cp sono stati inseriti tra i destinatari dell'influenza illecita. In secondo luogo, è stato esteso l'ambito della prestazione del committente della mediazione, che non è più circoscritta al vantaggio di carattere patrimoniale, essendo stata estesa a qualsiasi utilità. In terzo luogo, legislatore, per un verso, recependo le sollecitazioni internazionali¹⁰, ha sganciato la fattispecie incriminatrice dal requisito implicito della necessaria idoneità della influenza venduta ad incidere effettivamente sul pubblico agente e, per un altro verso, ha abrogato l'art. 346 Cp che prevedeva il delitto di millantato credito. In quarto luogo, il legislatore, riformulando il co. 1 dell'art. 346-*bis* Cp, ha ampliato la direzione finalistica del traffico di influenze illecite (sia c.d. oneroso che c.d. gratuito), attribuendo rilevanza an-

¹⁰Si allude al Rapporto (*Addenda Second Compliance Report*) del GRECO (*Group of States against Corruption*) del 18.7.2018, in DPC, 10.7.2018.

che alla corruzione per l'esercizio della funzione¹¹.

Tra i summenzionati interventi riformatori spiccano indubbiamente il disancoramento della fattispecie incriminatrice dal requisito (implicito) della "esistenza di relazioni con il pubblico agente idonee a condizionarne efficacemente l'attività", che delimitava i confini "esterni" del traffico di influenze illecite rispetto al millantato credito, e la conseguente abrogazione dell'art. 346 Cp, che prevedeva per l'appunto il reato di millantato credito. In effetti, il delitto di traffico di influenze illecite nella formulazione originaria si considerava applicabile esclusivamente alle ipotesi in cui si raggiungeva la tutt'altro che agevole prova che il mediatore al momento del patto poteva contare su una effettiva relazione con il pubblico agente concretamente idonea ad influenzarne l'attività, mentre nelle ipotesi in cui le relazioni con il pubblico agente non risultavano concretamente idonee a condizionarne i poteri o il servizio si riteneva applicabile il previgente delitto di millantato credito¹².

Ebbene, il disancoramento del traffico di influenze illecite dalla esistenza di relazioni con il pubblico agente idonee a condizionarne efficacemente l'attività ha comportato la creazione di una (mini-)macro-fattispecie incriminatrice nell'ambito della quale finiscono per rientrare patti d'influenza illecita connotati da un contenuto di disvalore non proprio omogeneo. Da un lato, il traffico di influenze "effettivo", nel quale il patto illecito ha ad oggetto una relazione effettivamente esistente e un potere di influenza capace di condizionare realmente il pubblico agente, ed in cui disvalore consiste nel pericolo concreto di "contatto illecito" con il pubblico agente; e dall'altro lato, il traffico di influenze "potenziale", nel quale il patto illecito non ha ad oggetto un potere di influenza effettivamente idoneo a condizionare il pubblico agente, in cui indubbiamente la anticipazione della tutela è più accentuata e il disvalore più rarefatto. Così, ad esempio, si pensi al caso in cui il mediatore al momento del patto illecito non possa contare su una relazione realmente esistente con il pubblico agente e si faccia remunerare per instaurarla in vista di una eventuale mediazione illecita.

Più problematico invece è stabilire se alla nuova (mini-)macro-fattispecie sia riconducibile anche il traffico di influenze "putativo/impossibile", in cui mediatore, privo di qualsiasi possibilità di influenza sul pubblico agente, ingannando il committente, si faccia dare o promettere utilità. In effetti, la punibilità del traffico di influenze "putativo/impossibile" sembra compatibile sia con l'espressione del riformulato

¹¹ Sulla differenza tra traffico di influenze c.d. gratuito e traffico di influenze c.d. oneroso, v. V. Maiello, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione*, a cura di B.G.Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 424.

¹² Sul punto v. S. Seminara, sub art. 346-bis CP, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Forti, Seminara, Zuccalà, Padova 2017, 1135; V. Maiello, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, op. cit., 428. In giurisprudenza, v. Cass., 23.11. 2017, T, in *DPP* 2018, 1051 ss.

art. 346-bis Cp “vantando relazione asserite”¹³ sia con la *voluntas legis*, che emerge chiaramente dalla Relazione del Ministro della Giustizia Bonafede al d.d.l. A.C. 1189 nella parte in cui si afferma che «...nelle normative sovranazionali, l'eventuale “inganno” di una parte ai danni dell'altra ed il conseguente buon esito dell'operazione non incidono in alcun modo sulla configurabilità della fattispecie e sulla responsabilità dei soggetti coinvolti...»¹⁴. Sennonché, alla riconducibilità del traffico di influenze illecite “putativo/impossibile” al riformato art. 346-bis Cp osta il principio di offensività e prima ancora di materialità del reato¹⁵. Ed infatti, mentre il disvalore della condotta del “venditore di fumo” potrebbe essere colto sul versante del prestigio della pubblica amministrazione, offeso dalla millanteria rivolta al committente, che fa apparire il pubblico agente sensibile alle ingerenze indebite, al contrario, il disvalore della condotta del committente della mediazione è privo di reale consistenza materiale concentrandosi essenzialmente sul fine illecito perseguito. Conseguentemente, per rendere compatibile la riformata fattispecie incriminatrice con il principio di materialità e di offensività, occorre interpretare “vantando relazioni asserite” come relazioni con il pubblico agente non esistenti al momento del patto ma che è possibile instaurare in vista di una eventuale mediazione illecita.¹⁶

Ma problematica appare anche la riformulazione del co. 1 dell'art. 346-bis Cp e segnatamente la sostituzione del periodo «...ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio»¹⁷ con «... ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri»¹⁸. In effetti, sulla base della precedente formulazione

¹³Sul punto v. C. Rizzo, *La “spazzafaccendieri” della “spazzacorrotti”*. *Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in *AP* 2019, n.1, 20.

¹⁴ Cfr. Relazione del Ministro della Giustizia Bonafede al d.d.l. A.C. 1189, cit., 16.

¹⁵Sul principio di offensività e di materialità del reato v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*⁷, cit., 58 ss. e 210 s.

¹⁶In questo senso v. M. Gambardella, *Il grande assente nella “nuova legge spazza corrotti”*. *Il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *CP* 2019, 72.

¹⁷Il co. 1° dell'art. 346-bis Cp prima della riforma recitava: «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 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 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...».

¹⁸Il riformato co. 1° dell'art. 346-bis Cp recita: «Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri...».

della fattispecie incriminatrice, si riteneva che sia la mediazione a titolo gratuito che quella a titolo oneroso dovessero essere indirizzate al compimento da parte del pubblico agente di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio¹⁹.

Ebbene, se, per un verso, la riformulazione del co.1 dell'art. 346-bis Cp amplia chiaramente la direzione finalistica del traffico di influenze illecite c.d. gratuito fino al compimento di atti funzionali remunerati riconducibili al delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 Cp). Per un altro verso, più complicata risulta la delimitazione dei confini del traffico di influenze illecite c.d. oneroso, in quanto venendo meno il riferimento "al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio", la selezione delle mediazioni c.d. onerose rilevanti è affidata unicamente ai due incerti requisiti del carattere indebito della prestazione del committente e della illiceità della mediazione. In particolare, non è agevole stabilire se nel riformato traffico di influenze c.d. oneroso l'illiceità della mediazione riguardi esclusivamente le "modalità" che il mediatore si impegna ad usare per influenzare il pubblico agente oppure anche lo "scopo" della mediazione. In sostanza, ci si chiede se, a seguito della riformulazione della fattispecie incriminatrice, a concorrere a fondare il contenuto di disvalore del reato sia ancora lo "scopo" dell'attività di influenza oppure il contenuto di disvalore si fondi esclusivamente sui "mezzi" di persuasione che il mediatore si propone di usare per influenzare la decisione del pubblico agente.

La riformulazione del co. 1 dell'art. 346-bis Cp potrebbe spingere a ritenere che il traffico di influenze c.d. oneroso abbia cambiato paradigma funzionale e si incentri esclusivamente sulle "modalità" di pressione che il mediatore si propone di utilizzare per persuadere il pubblico agente a compiere l'atto funzionale. Secondo questa prospettiva interpretativa, la punibilità del traffico di influenze non dipenderebbe dalla natura della decisione del pubblico agente, che potrebbe essere indifferentemente legittima o illegittima, ma dai "mezzi" che il mediatore si impegna ad utilizzare per influenzare il pubblico agente. A questo modello funzionale sono riconducibili, ad esempio, le fattispecie di traffico di influenze illecite previste dal codice penale francese²⁰, che puniscono per l'appunto il traffico di influenze per il fatto che il mediatore

¹⁹Si allude al fatto che, nella precedente formulazione, il periodo «...in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio...», essendo preceduto da una virgola, veniva collegato ad ambedue le sottofattispecie di traffico di influenze illecite oneroso e gratuito.

²⁰Si allude ai delitti di traffico di influenze passivo e attivo del privato artt. 433-2, comma 1 e 433-2, comma 2, Cp e al traffico di influenze attivo e passivo qualificato artt. 432-II, comma 2 e 433-1, comma 2, Cp. Sul traffico di influenze in Francia, v. Y. Mayaud - C. Gavet, *Code pénal. Anotations de jurisprudence et bibliografie*, Paris 2014, 1238 ss.; M. Vèron, *Droit penal special*, Paris 2012, 394 ss.; P. Semeraro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano 2000, 135 ss.

si impegna ad influenzare il comportamento del pubblico agente mediante “mezzi di persuasione abusivi”.

Senonché, in assenza di una disciplina organica del lobbismo, a cui ancorare il profilo di illiceità modale della mediazione, non solo i confini della riformata fattispecie incriminatrice risulterebbero davvero inafferrabili, visto che spetterebbe al giudice penale individuare di volta in volta le modalità “abusive” rilevanti²¹, ma si correrebbe il rischio di punire fatti connotati da un contenuto di disvalore eccessivamente rarefatto²². Così, ad esempio, incentrando il disvalore della mediazione onerosa su indeterminate “modalità abusive” di “contatto” con il pubblico agente, si potrebbe giungere ad attribuire rilevanza penale anche alla mediazione onerosa con la quale il mediatore si impegna ad influenzare l'esercizio legittimo delle funzioni del pubblico agente utilizzando non solo le proprie capacità professionali ma anche pregresse relazioni personali.

Ecco allora che, al fine di conferire al traffico di influenze c.d. oneroso un sufficiente livello di determinatezza e un contenuto di disvalore pregnante ed omogeneo a quello del traffico di influenze c.d. gratuito, in primo luogo, è necessario ancorare l'illiceità della mediazione onerosa allo “scopo” dell'attività d'influenza; in secondo luogo, occorre identificare l'obiettivo finale dell'influenza compravenduta, non già nel mero esercizio illegittimo delle funzioni o dei poteri del pubblico agente a vantaggio del committente della mediazione, ma in un illecito penale idoneo a produrre indebiti vantaggi al committente²³, compreso il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione cui all'art. 318 Cp, che prima della riforma non rientrava tra i reati scopo né del traffico di influenze illecite c.d. gratuito né del traffico di influenze illecite c.d. oneroso.

Sul versante del diritto intertemporale, la riformulazione del traffico di influenze illecite e l'abrogazione dell'art. 346 Cp pone il problema del regime giuridico dei fatti pregressi riconducibili al previgente art. 346 Cp. Più precisamente, occorre chiedersi quale sia il regime giuridico dei fatti pregressi di traffico di influenze “potenziale” e di traffico di influenze “putativo/impossibile”.

Con riferimento alle ipotesi di traffico di influenze “potenziale”, in cui il mediatore si impegna ad influenzare il pubblico agente in assenza di un effettivo potere di influenza nei confronti del pubblico agente, occorre distinguere tra la condotta del

²¹ Nel nostro sistema manca una disciplina generale del lobbismo. Una disciplina generale dell'attività di *lobbying* era stata progettata con il d.d.l. A.S. n. 1866 del 2007 presentato durante la XV legislatura. Sulle proposte di legge in materia di *lobbying*, v. G. Segueo, *Lobbying e lobbismi. Le regole del gioco in una democrazia reale*, Milano 2012, 145 ss.

²² Sul punto v. C. Rizzo, *La “spazzafaccendieri”*, op. cit., 26 ss.

²³ Per questa interpretazione della illiceità della mediazione prima della riforma v. V. Maiello, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, cit., 426 ss.

mediatore e quella del committente della mediazione. Ed infatti, mentre l'assorbimento della condotta del mediatore, punita dall'abrogato art. 346 Cp, nell'ambito del traffico di influenze illecite, determina una successione meramente modificativa, con conseguente applicazione ai fatti pregressi della disciplina più favorevole ai sensi dell'art. 2, co. 4, Cp; con riferimento alla condotta del committente, in virtù del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, non potrà trovare applicazione il riformulato art. 346-bis Cp, che introduce una nuova incriminazione.

Per quanto riguarda il traffico di influenze "putativo o impossibile", se si ritiene che esso non possa rientrare nella sfera applicativa del riformato delitto di traffico di influenze illecite, allora l'abrogazione dell'art. 346 Cp ha determinato una vera e propria *abolitio criminis* con conseguente applicazione dell'art. 2, co. 1, c.p. ai fatti pregressi. Peraltro, non essendo individuabile un rapporto di specialità unilaterale tra l'abrogata fattispecie di millantato credito e quella di truffa (art. 640 Cp), sulla base di un consolidato indirizzo giurisprudenziale²⁴, non pare possibile individuare un rapporto di continuità normativa neppure tra l'abrogato art. 346 Cp e il delitto di truffa.²⁵ Al contrario, se si ritiene che il traffico di influenze "putativo/impossibile" sia riconducibile alla neonata (mini-)macro-fattispecie di traffico di influenze illecite, occorre distinguere tra la condotta del mediatore e quella del committente della mediazione. Ed infatti, mentre l'assorbimento della condotta del mediatore, punita dall'abrogato art. 346 Cp, nell'ambito del traffico di influenze illecite, determina una successione meramente modificativa, con conseguente applicazione ai fatti pregressi della disciplina più favorevole ai sensi dell'art. 2, co. 4, Cp; con riferimento alla condotta del committente, non punita dall'abrogato art. 346 Cp, in virtù del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, non potrà trovare applicazione il riformulato art. 346-bis Cp, che introduce una nuova incriminazione.

Ebbene, la nuova (mini-)macro-fattispecie di traffico di influenze illecite appare davvero problematica sul versante dei principi di garanzia e non particolarmente appagante sul versante politico-criminale.

Sul versante dei principi di garanzia, la riformulata fattispecie incriminatrice di traffico di influenze illecite appare ancora più indeterminata e disomogenea di quella elaborata dalla l. 190/2012.

Sul versante politico-criminale, va osservato come la costruzione della nuova (mini-)macro-fattispecie di traffico di influenze non possa neppure essere caricata di eccessive aspettative. Ed infatti, se, per un verso, la costruzione di una macro-fattispecie può produrre una certa semplificazione probatoria, in quanto ai fini dell'accertamento del delitto di traffico di influenze illecite non sarà più necessario

²⁴Cfr. Cass., 6.01.2009, n. 24468, R., in *CP* 2009, 413 ss.

²⁵Sul punto, v. M. Gambardella, *Il grande assente*, op. cit., 73.

dimostrare la esistenza di un effettivo potere di influenza sul pubblico agente; per un altro verso, non potranno essere adoperati i mezzi di ricerca della prova utilizzati per l'accertamento del previgente delitto di millantato credito, visto che la incrementata pena edittale non consente le intercettazioni. Senza considerare che la punibilità di ambedue le parti del patto illecito e l'esclusione del traffico di influenze illecite dal novero dei reati ai quali è applicabile la nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter, co. 1, Cp non favorirà l'emersione del patto di influenze illecite²⁶.

Inoltre, si consideri che, essendo il limite massimo edittale inferiore a cinque anni di reclusione, il riformato traffico di influenze illecite rientra tra i reati per i quali è possibile applicare la causa di non punibilità della speciale tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis Cp.

In realtà, l'azione riformatrice si sarebbe potuta muovere secondo itinerari diversi più appaganti sia sul versante dei principi di garanzia che su quello politico-criminale. In effetti, il legislatore anziché costruire una macro-fattispecie indeterminata e poco omogenea avrebbe potuto cogliere l'occasione, per un verso, per costruire una organica disciplina dell'attività di *lobbying*²⁷e, per un altro verso, per differenziare il modello di incriminazione del traffico di influenze del privato da quello del pubblico agente, il cui disvalore è più omogeneo a quello dei patti autenticamente corruttivi riconducibili al delitto di cui all'art. 318 Cp. In particolare, il traffico di influenze del pubblico agente si sarebbe potuto ricondurre nell'ambito del delitto di cui all'art. 318 Cp, la cui sfera di operatività potrebbe essere estesa anche al mercimonio della "carica" pubblica²⁸. Ciò avrebbe consentito, oltre alla repressione degli accordi volti a ottenere dal pubblico agente competente un qualsiasi atto d'ufficio, l'adeguamento del trattamento sanzionatorio al reale contenuto di disvalore di questi patti d'influenza illecita, l'utilizzabilità di mezzi di ricerca della prova come le intercettazioni, l'applicabilità della nuova causa di non punibilità della collaborazione prevista dall'art. 323-ter Cp e l'inapplicabilità della causa di non punibilità della speciale tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis Cp.

²⁶Cfr. R. Cantone, A. Milone, *Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, in *DPC*, 3.12.2018, 4.

²⁷Sui possibili modelli di disciplina del lobbismo, v. P.L. Petrillo, *Lobbying e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati*, in *DPC*, 2019, n. 3, 190 ss.; P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano 2011, 1 ss.; R. Alagna, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino 2018, 119 ss.

²⁸Come è noto, il traffico di influenze del pubblico agente non è riconducibile al delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) la cui sfera di operatività è circoscritta al mercimonio di "attività" inerenti all'ufficio o al servizio del pubblico agente. Sul punto, v. F. Cingari, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 410.

Con riferimento alla repressione del traffico di influenze del privato, una volta elaborata una organica disciplina extrapenale dell'attività di lobbying in grado di garantire maggiore democraticità delle decisioni degli apparati pubblici in un quadro di trasparenza e integrità, si sarebbe potuta valutare la reale praticabilità dell'abbandono del modello di incriminazione incentrato sullo "scopo" a vantaggio di quello incentrato sui "mezzi", tipizzando in maniera sufficientemente determinata la fattispecie incriminatrice e calibrando in modo adeguato il trattamento sanzionatorio.

4. Ma la parte più consistente della riforma dell'apparato repressivo anticorruzione ha riguardato il versante sanzionatorio. Ed infatti, la l. 3/2019 è intervenuta sia sulle pene principali che sulle pene accessorie dei reati anticorruzione.

Con riferimento alle pene principali, sono state inasprite le pene dei delitti di traffico di influenze illecite e di corruzione per la funzione.

Per quanto riguarda il delitto di traffico di influenze illecite, è stato incrementato il limite massimo della pena principale che passa da tre anni a quattro anni e sei mesi di reclusione. Si tratta di un incremento sanzionatorio che non produce significative conseguenze sul piano processuale visto che, ad esempio, continuerà a non essere possibile il ricorso alle intercettazioni.

Per quanto riguarda il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione, la cornice edittale è stata completamente ridisegnata incrementando sia il limite minimo, che è passato da un anno a tre anni di reclusione, che quello massimo, che è passato da sei a otto anni di reclusione. L'incremento del limite minimo: anzitutto, rendendo meno agevole l'accesso alla sospensione condizionale, mira a potenziare il livello di effettività della pena detentiva; in secondo luogo, rafforza l'effettività delle riformate pene accessorie perpetue dell'interdizione dai pubblici uffici e dalla incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, visto che esse scatteranno in caso di condanna per il delitto di corruzione per la funzione non inferiore a due anni; in terzo luogo, incide sulla effettività della sanzione amministrativa dell'incandidabilità e della decadenza a ricoprire cariche elettive o incarichi di Governo, previste dal d.lgs. 31.12.2012, n. 235, che conseguono a condanne a pene detentive superiori a due anni per i delitti di cui al titolo II del Libro II del codice penale.

L'incremento del limite massimo della pena - oltre a comportare un incremento dei termini di prescrizione - avvicinandosi a quello del delitto di corruzione propria, a ben vedere, si colloca in un processo di omologazione tra le due fattispecie in grado di produrre un effetto di semplificazione probatoria analogo a quello che produrrebbe l'introduzione di una vera e propria macro-fattispecie incriminatrice. Ed infatti, in

un sistema di incriminazioni differenziato ma sostanzialmente omogeneo sul versante sanzionatorio sarà sempre meno decisiva per la pubblica accusa la analitica individuazione dell'oggetto specifico del patto corruttivo essendo sufficiente dimostrare l'esistenza dell'accordo illecito tra privato e pubblico agente.²⁹

Ma in realtà l'obiettivo dell'incremento della cornice edittale del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione - espressamente indicato nella Relazione del Ministro della Giustizia al d.d.l. anticorruzione³⁰ - dovrebbe essere di favorire la riconduzione dei fatti di corruzione per asservimento della funzione nell'ambito dell'art. 318 Cp.³¹ In effetti, una parte della giurisprudenza, ritenendo il disvalore dei fatti di corruzione per asservimento della funzione più grave rispetto a quello espresso dalla cornice edittale dell'art. 318 Cp e più omogeneo a quello di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 Cp)- individuando i doveri tipici del delitto di corruzione propria, non già nei doveri specifici d'ufficio diretti a disciplinare l'atto oggetto del mercimonio, bensì nei generici doveri di correttezza, di imparzialità e di fedeltà che gravano su tutti i pubblici agenti - riconduce all'art. 319 Cp sia i casi di asservimento della funzione ad interessi privati mediante il ricorso atti contrari ai doveri d'ufficio ma non predefiniti né individuabili ex post³², sia i casi di asservimento della funzione mediante atti discrezionali, formalmente legittimi ma orientati alla realizzazione di interessi diversi da quelli pubblici³³.

Senonché, l'incremento sanzionatorio previsto per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione lascia perplessi, per un verso, per la disomogeneità del "tipo criminoso" selezionato e l'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice³⁴. Da un lato, il "tipo criminoso" selezionato dall'art. 318 Cp appare davvero eterogeneo, abbracciando comportamenti dal contenuto di disvalore e anche dai connotati criminologici profondamente eterogenei. In particolare, rientrano nel "tipo criminoso" sia la corruzione impropria per atto conforme ai doveri d'ufficio, in cui il disvalore non è particolarmente pregnante, sia la corruzione per reale "asservimento della funzione", che, oltre ad apparire particolarmente "spregevole", mette in pericolo concretamente il buon andamento della pubblica amministrazione³⁵. Dall'altro lato, il requisito

²⁹ Cfr. F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *DPP* 2019, 4.

³⁰ Cfr. Relazione al d.d.l. A.C. 1189 presentato il 24.09.2018, 6.

³¹ Sul rapporto tra gli artt. 318 e 319 Cp, v. A. Gargani, *La riformulazione dell'art. 318 c.p.: la corruzione per l'esercizio della funzione*, in *LP* 2013, n. 3, 628.

³² Cfr. Cass. 25.09.2014, n.47271, in *CP* 2014, n.4, 1419.

³³ Cfr. Cass., 20.10.2016, n. 3606, in *CEDCass*, m. 269347.

³⁴ Della eterogeneità dei fatti riconducibili al delitto di corruzione per l'esercizio della funzione pare consapevole anche la stessa Relazione al d.d.l. A.C. 1189, cit., 6.

³⁵ Cfr. F. Palazzo, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 19.

dell'esercizio delle funzioni o dei poteri non perimetra con sufficiente precisione i confini della prestazione del pubblico agente e conseguentemente la sfera applicativa della disposizione incriminatrice. Così, ad esempio, non risulta agevole individuare il confine tra l'art. 318 Cp e l'illecito disciplinare previsto dall'art. 4 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che disciplina l'accettazione di doni connessa all'esercizio delle funzioni del pubblico agente³⁶.

In realtà, se non c'è dubbio che la corruzione per asservimento della funzione rappresenti una forma di corruzione di gran lunga più grave di quella per atto conforme ai doveri d'ufficio, pare altrettanto indubbio che essa sia più grave anche di quella per atto contrario ai doveri d'ufficio. Conseguentemente, la corruzione per asservimento della funzione andrebbe sottratta sia alla sfera applicativa dell'art. 318 Cp sia a quella dell'art. 319 Cp e ricondotta ad una nuova ed autonoma incriminazione. In particolare, si potrebbe pensare di introdurre una fattispecie incriminatrice *ad hoc* costruita in modo da reprimere la corruzione del pubblico agente "a libro paga", ovvero di colui che viene sistematicamente retribuito per la realizzazione futura di atti d'ufficio oppure d'"influenza" che di volta in volta si renderanno necessari per la realizzazione dei diversi programmi criminosi. In sostanza, occorrerebbe costruire una fattispecie incriminatrice munita di elementi che consentano di selezionare le com-

³⁶ Cfr. d.P.R. 16.04.2013, n. 62 Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che all'art. 4 "Regali, compensi e altre utilità" stabilisce: « 1. Il dipendente non chiede, né sollecita, per sé o per altri, regali o altre utilità. 2. Il dipendente non accetta, per sé o per altri, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore effettuati occasionalmente nell'ambito delle normali relazioni di cortesia e nell'ambito delle consuetudini internazionali. In ogni caso, indipendentemente dalla circostanza che il fatto costituisca reato, il dipendente non chiede, per sé o per altri, regali o altre utilità, neanche di modico valore a titolo di corrispettivo per compiere o per aver compiuto un atto del proprio ufficio da soggetti che possano trarre benefici da decisioni o attività inerenti all'ufficio, né da soggetti nei cui confronti è o sta per essere chiamato a svolgere o a esercitare attività o potestà proprie dell'ufficio ricoperto. 3. Il dipendente non accetta, per sé o per altri, da un proprio subordinato, direttamente o indirettamente, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore. Il dipendente non offre, direttamente o indirettamente, regali o altre utilità a un proprio sovraordinato, salvo quelli d'uso di modico valore. 4. I regali e le altre utilità comunque ricevuti fuori dai casi consentiti dal presente articolo, a cura dello stesso dipendente cui siano pervenuti, sono immediatamente messi a disposizione dell'Amministrazione per la restituzione o per essere devoluti a fini istituzionali. 5. Ai fini del presente articolo, per regali o altre utilità di modico valore si intendono quelle di valore non superiore, in via orientativa, a 150 euro, anche sotto forma di sconto. I codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni possono prevedere limiti inferiori, anche fino all'esclusione della possibilità di riceverli, in relazione alle caratteristiche dell'ente e alla tipologia delle mansioni...». Sul punto v. Cass., 6.3.2014, n. 10889, M.G., in *DPP* 2014, 961.

pravendite di funzioni o qualità abituali, continuative, durature e realizzate in vista di uno scopo criminoso sufficientemente determinato³⁷.

4.1 Per quanto riguarda le pene accessorie, si è proceduto ad un significativo rafforzamento della disciplina della interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, muovendosi in diverse direzioni.

In primo luogo, la l. 3/2019 è intervenuta sull'art. 317-bis Cp. Per un verso, è stata introdotta – accanto alla interdizione dai pubblici uffici - la pena accessoria della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione e ampliato il catalogo dei reati ai quali consegue sia l'interdizione dai pubblici uffici che la neo-introdotta incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. In particolare, le due pene accessorie previste dal riformato art. 317-bis Cp conseguono – oltre alle condanne per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 319, 319-ter – anche a quelle per i delitti di cui agli artt. 318, 319-bis, 319-quater, co.1, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis Cp. Per un altro verso, il legislatore è intervenuto sulla durata dell'interdizione dai pubblici uffici e della neo-introdotta incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, stabilendo che esse sono perpetue salvo che: a) nel caso di condanna non superiore a due anni o di applicazione della circostanza attenuante della particolare tenuità, in cui la durata delle pene accessorie non può essere inferiore a cinque anni né superiore a sette anni; b) nel caso di collaborazione, in cui la durata delle pene accessorie non può essere inferiore ad un anno né superiore a cinque anni³⁸.

In secondo luogo, il legislatore è intervenuto sull'art. 32-quater Cp, estendendo il novero dei reati ai quali consegue l'incapacità temporanea di contrarre con la pubblica amministrazione, inserendovi anche i delitti di peculato ordinario (art. 314, co.1, Cp) e di traffico di influenze illecite (art. 346-bis Cp).

In terzo luogo, la legge n. 3/2019 è intervenuta anche sulla disciplina della sospensione condizionale della pena e del patteggiamento.

Per quanto riguarda la sospensione condizionale della pena, per un nutrito numero di reati contro la pubblica amministrazione, in deroga a quanto prescritto dall'art. 166 Cp che, come è noto, estende anche alle pene accessorie l'effetto sospensivo ed estintivo, è stata rimessa alla valutazione discrezionale del giudice la sospensione/estinzione della interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

³⁷ In quest'ordine di idee si colloca A. Spina, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano 2003, 588 ss., e, volendo, F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino 2012, 161 ss.

³⁸ Prima della riforma in esame l' art. 317-bis Cp in caso di condanna non superiore a tre anni per uno delitti ivi indicati prevedeva la interdizione temporanea dai pubblici uffici per un tempo non inferiore ad un anno e non superiore a cinque anni.

Con riferimento alla disciplina del patteggiamento, per il gruppo di reati contro la pubblica amministrazione selezionati: a) il giudice può comunque applicare le pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione anche se la pena irrogata non supera i due anni di reclusione; b) la parte può subordinare la richiesta di cui all'art. 444, co.1, Cpp alla esenzione dalle pene accessorie della interdizione dai pubblici uffici o della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione oppure all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene accessorie, e il giudice, qualora ritenga di dovere applicare tali pene accessorie oppure che l'estensione degli effetti della sospensione condizionale non possa essere concessa, rigetta la richiesta di patteggiamento.

In quarto luogo, il rafforzamento delle pene accessorie del sistema anticorruzione è stato completato elevando il livello di effettività delle pene accessorie perpetue: per un verso, modificando la disciplina generale della riabilitazione, prevedendo che essa non estingue più le pene accessorie perpetue, che invece si estinguono dopo sette anni dalla concessione della riabilitazione e a condizione che il condannato abbia dato effettiva e costante prova di buona condotta; per un altro verso, intervenendo sulla disciplina dell'affidamento in prova ai servizi sociali, sottraendo le pene accessorie perpetue al previsto effetto estintivo.

Ebbene, se la valorizzazione delle pene accessorie per il contrasto alla corruzione appare certamente utile, va osservato come il rafforzamento realizzato dalla l. 3/2019 appaia problematico. In effetti, esasperando la valenza afflittiva e neutralizzante delle pene accessorie e obliterando del tutto la dimensione rieducativa³⁹, il legislatore della riforma si è spinto davvero oltre i limiti imposti «dalla ragionevolezza, anche costituzionalmente intesa». ⁴⁰

Anzitutto, e con riferimento alla incapacità temporanea di contrarre con la pubblica amministrazione prevista dall'art. 32-*quater* e a quella perpetua introdotta all'art. 317-*bis* Cp, va osservato come l'assetto delineato dal legislatore non paia per niente ragionevole. In effetti, la neo-introdotta pena accessoria della incapacità in perpetuo di contrarre con la pubblica amministrazione in caso di condanna a pena non inferiore a due anni risulterà applicabile nel caso meno grave in cui reati indicati dall'art. 317-*bis* non siano commessi a danno o a vantaggio di una attività imprenditoriale oppure in relazione ad essa, e non nel caso più grave in cui i reati indicati dall'art. 317-*bis* siano stati commessi a danno o a vantaggio di una attività imprenditoriale oppure in relazione ad essa. Ed infatti, poiché il catalogo di reati ai quali consegue l'incapacità temporanea di contrarre con la pubblica amministrazione prevista

³⁹Cfr. G. Flora, *La nuova riforma dei delitti di corruzione*, op.cit., 12.

⁴⁰Cfr. F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, op. cit., 3 ss.

dall'art. 32-quater si sovrappone a quello dei reati ai quali consegue l'incapacità in perpetuo di contrarre con la pubblica amministrazione prevista dall'art. 317-bis, in caso di condanna a pena detentiva superiore a due anni, nel caso in cui il reato sia stato commesso a danno o a vantaggio di una attività imprenditoriale oppure in relazione ad essa, per il principio di specialità, al reo risulterà applicabile la meno grave pena accessoria temporanea prevista dall'art. 32-quater Cp e non quella più grave di cui all'art. 317-bis Cp⁴¹.

In secondo luogo, e sotto il profilo del principio di uguaglianza e di quello rieducativo della pena, lascia fortemente perplessi il nuovo regime delle pene accessorie perpetue della interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Ed infatti, il catalogo di reati per i quali la condanna a pena superiore a due anni di reclusione comporta la interdizione perpetua dai pubblici uffici e la incapacità perpetua di contrarre con la pubblica amministrazione è estremamente eterogeneo. In particolare, si consideri che accanto alla corruzione propria e alla concussione vi sono reati come ad esempio il traffico di influenze illecite connotato da un contenuto di disvalore eterogeneo e più rarefatto. Da questo punto di vista, la nuova disciplina appare in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale a proposito delle pene "fisse" che possono essere considerate legittime costituzionalmente a condizione che la sanzione risulti ragionevolmente proporzionata all'intera gamma dei comportamenti riconducibili allo specifico reato al quale è collegata la pena fissa. In effetti, la previsione di trattamenti sanzionatori uniformi e indifferenziati in relazione a fatti con un contenuto di disvalore eterogeneo non solo contrasta con il principio di uguaglianza ma anche con la funzione rieducativa della pena, visto che la sua effettiva realizzazione è condizionata al fatto che il reo non avverta la sanzione penale come sproporzionata rispetto alla gravità del fatto e dunque ingiusta⁴².

In terzo luogo, non convince neppure la esclusione della interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrarre con la Pubblica amministrazione dall'effetto sospensivo/estintivo previsto in caso di sospensione condizionale della pena, in quanto non si comprende come mai la deroga all'art. 166 Cp non debba valere anche con riferimento a reati più gravi rispetto a quelli anticorruzione.

In quarto luogo, il meccanismo estintivo delle pene accessorie perpetue successivo alla riabilitazione appare difficilmente conciliabile con il fatto che il provvedimento giudiziale di riabilitazione presuppone un giudizio di pieno recupero sociale

⁴¹ Cfr. M. Cataldo, *Il nuovo regime delle pene accessorie introdotto dalla legge 9.01. 2019, n. 3*, www.discrimen.it, 8.4.2019, 3.

⁴²Cfr. C. cost., 5.12.2018, n. 222. Sul punto v. P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *DPP* 2019, 217 ss.; M. Mantovani, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *DPP* 2019, 612.

del condannato. In effetti, continuare a punire (per altri sette anni) il condannato riabilitato e quindi pienamente recuperato/rieducato, significa emancipare del tutto le pene accessorie perpetue dalla dimensione rieducativa.⁴³ E analoghe perplessità suscita la esclusione della pene accessorie perpetue dal raggio d'azione degli effetti estintivi dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, visto che non pare coerente con la *ratio* dell'istituto alternativo ispirato a finalità rieducative.

Infine, va osservato come il rafforzamento delle pene accessorie rischi di risultare non solo problematico sul versante dei principi di garanzia ma anche non particolarmente appagante sul versante politico-criminale. Si allude in particolare al rafforzamento della pena accessoria della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione che, avendo come destinatari le persone fisiche, avrà non solo scarsa capacità deterrente ma anche scarsa capacità ostativa rispetto alla reiterazione del reato, visto che nell'ambito delle organizzazioni complesse sarà agevole "neutralizzare" l'effetto della pena accessoria redistribuendo i compiti dell'interdetto ad una persona fisica diversa⁴⁴. Da questo punto di vista, più appagante risulta certamente il rafforzamento delle pene accessorie interdittive applicabili agli enti⁴⁵.

4.2 Nel quadro del rafforzamento dell'apparato sanzionatorio anticorruzione si colloca anche il potenziamento della riparazione pecuniaria, introdotta all'art. 322-*quater* Cp dalla l. 69/2015. In primo luogo, l'obbligo della riparazione pecuniaria che gravava esclusivamente sul pubblico agente corrotto è stato esteso anche al privato corruttore. Alla estensione della sfera applicativa della riparazione pecuniaria ha corrisposto la revisione dell'art. 165, co. 4, Cp e l'estensione al privato corruttore della disciplina della sospensione condizionale ad accesso "condizionato". Al contrario, non è stato modificato l'art. 444, co. 1, Cpp che, per i reati di corruzione propria, impropria o in atti giudiziari, non richiamando l'art. 321 Cp non limita l'accesso al patteggiamento al privato corruttore, mentre richiamando integralmente l'art. 319-*quater* e l'art. 322-*bis* Cp pare limitare l'accesso al patteggiamento sia al privato corruttore per il delitto di cui all'art. 322-*bis* che al privato "indotto" per il reato di cui all'art. 319-*quater*, co 2, Cp. In secondo luogo, la l. 3/2019 ha commisurato il *quantum* della riparazione pecuniaria non già alla "tangente" bensì ad una somma "equivalente al prezzo o al profitto del reato".

Il nuovo criterio di quantificazione della riparazione pecuniaria, che rende ancora più evidente di prima la sovrapponibilità tra l'oggetto della riparazione pecuniaria e la confisca prevista dall'art. 322-*ter* Cp, ripropone il problema della cumulabilità

⁴³Cfr. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, op.cit., 281.

⁴⁴Sul punto v. M. Mantovani, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, op. cit., 615.

⁴⁵ Sul punto v. *infra* § 4.3.

delle due misure. A questo proposito, va osservato che il cumulo tra la confisca e la riparazione pecuniaria potrebbe essere escluso in considerazione del fatto che il pagamento a titolo di riparazione pecuniaria farebbe venire meno la funzione della confisca, che è di ablare "l'illecito arricchimento" conseguito dal reo⁴⁶. Conseguentemente, applicando la confisca cumulativamente alla riparazione pecuniaria, essa (la confisca) finirebbe per colpire non l'illecito arricchimento conseguente al reato ma una ulteriore parte del patrimonio del reo, andando ad eccedere il valore del profitto del reato⁴⁷. In secondo luogo, e con riferimento alla confisca per equivalente, la cumulabilità con la riparazione pecuniaria andrebbe esclusa, in base ai principi del *ne bis in idem* e di proporzione, in considerazione della natura sostanzialmente punitiva delle due misure⁴⁸.

4.3 Il rafforzamento dell'apparato sanzionatorio dei reati anticorruzione si è completato con il potenziamento della disciplina della responsabilità punitiva degli enti. In particolare, tre sono gli interventi della l. 3/2019 che vengono in rilievo. In primo luogo, viene in gioco l'inserimento del riformato traffico di influenze illecite nel novero dei reati presupposto della responsabilità degli enti. A questo proposito, va osservato come qualora si ritenesse - contrariamente a quanto da noi ritenuto - riconducibile al riformato art. 346-bis Cp anche il c.d. traffico di influenze impossibile/putativo il requisito "dell'interesse o del vantaggio per l'ente" di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001 andrebbe interpretato in chiave meramente soggettiva, visto che dalla commissione del delitto di traffico di influenze impossibile/putativo non potrebbe derivare un oggettivo vantaggio per l'ente.

In secondo luogo, in caso di condanna per i reati previsti dagli artt. 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, co. 2 e 4, 317, 319 aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, co. 2, 319-quater e 321 Cp, è stata incrementata la durata delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, co. 2, d.lgs. 231/2001. In particolare la durata delle sanzioni interdittive, nel caso in cui i summenzionati reati siano commessi da soggetti "apicali", va da due a sette anni, mentre nel caso in cui essi vengano commessi da soggetti "non apicali", la durata va da due e a quattro anni.

⁴⁶ Cfr. C. Benussi, "Riparazione pecuniaria": una riscoperta o la metamorfosi di un remoto istituto?, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione*, in Studi in onore di Emilio Dolcini, a cura di C.E. Paliero, Francesco Viganò, Fabio Basile, Gian Luigi Gatta, II, Milano 2018, 754.

⁴⁶ Cfr. Cass., 1.12. 2010, n. 10120, in *CEDCass*, m. 249752, in tema di reti tributari, secondo la quale la confisca non può mai essere superiore al profitto del reato.

⁴⁸ Per la natura punitiva della riparazione pecuniaria, V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, op. cit., 288; C. Benussi, "Riparazione pecuniaria": una riscoperta o la metamorfosi di un remoto istituto?, op.cit., 754. In questo senso v. Cass., 30.01.2019, n. 16872, in *De Iure Online*.

Il potenziamento delle sanzioni interdittive lascia perplessi almeno per due ragioni. Da un lato, l'inasprimento delle sanzioni interdittive per i reati contro la pubblica amministrazione appare poco ragionevole se si considera che analogo incremento non è stato previsto con riferimento a più gravi delitti. Dall'altro lato, un simile inasprimento delle sanzioni interdittive appare poco coerente con la logica di fondo che ispira il sistema della responsabilità degli enti delineata dal d.lgs. 231/2001 e con il conseguente ruolo di *extrema ratio* assegnato alle sanzioni interdittive⁴⁹. Ed infatti, la logica di fondo del sistema sanzionatorio degli enti è essenzialmente preventiva, nel senso che le sanzioni pecuniarie ed interdittive previste e le misure premiali sono funzionali, *ex ante*, ad evitare una situazione di deficit organizzativo capace di favorire la commissione dei reati, *ex post*, a favorire la riparazione degli effetti del reato e la riorganizzazione dell'ente, in vista del proseguimento dell'attività d'impresa in un quadro di legalità. Conseguentemente l'entità delle sanzioni interdittive non dovrebbe mai essere tale da rischiare di annientare l'ente. Al contrario, le incrementate sanzioni dell'interdizione dall'attività d'impresa e del divieto di contrarre con la P.A. potrebbero rischiare di paralizzare e annientare l'impresa con significative ripercussioni economiche ed occupazionali⁵⁰.

In terzo luogo, all'art. 25 d.lgs. 231/2001 è stato inserito il co. 5-bis che prevede una speciale misura premiale, che comporta una riduzione della incrementata durata delle misure interdittive (che torna ad essere quella ordinariamente prevista dall'art. 13, co. 2, d.lgs. 231/2001), applicabile a condizione che prima della sentenza di primo grado l'ente: a) si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite; b) abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Questa nuova misura premiale si va ad aggiungere a quella già prevista in via generale dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, che esclude l'applicabilità all'ente delle sanzioni interdittive a condizione che prima dell'apertura del dibattimento l'ente abbia: a) risarcito integralmente il danno e eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

⁴⁹ Sul punto v. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, op. cit., 305.

⁵⁰ Sul punto v. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, op. cit., 306.

La due summenzionate misure premiali - che hanno in comune il presupposto applicativo della eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificato - si distinguono, per un verso, per il limite temporale entro il quale si debbono realizzare le condizioni per l'accesso al premio e, per un altro verso, per la consistenza del premio .

Sotto il primo profilo, cioè del termine entro il quale debbono realizzarsi le condizioni legali per accedere al benefico, mentre le condizioni per la concessione della nuova misura premiale speciale, prevista dall'art. 25, co. 5-bis, d.lgs. 231/2001, debbono essere realizzate entro la sentenza di primo grado, quelle per la applicazione della misura premiale generale, prevista dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, debbono essere realizzate entro la apertura del dibattimento. Sotto il secondo profilo, e cioè quello della consistenza della misura premiale, il premio previsto dall'art. 17 d.lgs. 231/2001 è decisamente più vantaggioso di quello previsto dalla neonata misura premiale speciale, consistendo non nella mera riduzione della durata delle misure interdittive ma nella loro completa disapplicazione.

5. Ma la l. 3/ 2019, di fronte alle peculiari caratteristiche assunte soprattutto dalle nuove forme di manifestazione della corruzione sistemica che ne rendono sempre più difficile l'emersione e l'accertamento giudiziario, al fine di svellere il sodalizio criminoso tra corrotto e corruttore, ha introdotto all'art. 323-ter Cp una causa di non punibilità per la collaborazione processuale del corrotto e del corruttore, sul modello di quella elaborata dal Progetto Cernobbio più di vent'anni fa⁵¹, che si aggiunge alla circostanza attenuante introdotta, all'art. 323-bis Cp, dalla l. 69/2015. Più precisamente, la nuova causa di non punibilità è applicabile quando colui che « ...ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-

⁵¹ La c.d. "Proposta Cernobbio" presentata il 14.09.1994 a Cernobbio, che con le relative note illustrative è pubblicata, in *RTrimDPenEc* 1994, 911 ss., subordinava l'applicabilità della causa di non punibilità al fatto che il reo avesse denunciato: a) per primo un episodio di corruzione propria o impropria; b) entro tre mesi dalla realizzazione dell'illecito; c) prima che la notizia di reato fosse stata iscritta nel registro generale a suo nome; d) fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili. Peraltro, la non punibilità del corrotto veniva subordinata alla restituzione del prezzo della tangente, mentre quella del corruttore alla messa a disposizione di una somma pari all'importo della tangente versata. Sul punto, tra gli altri, v. C.F. Grosso, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *CP* 1994, 2341; D. Pulitanò, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *RTrimDPenEc* 1994, 948; S. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *RIDPP* 1996, 463; T. Padovani, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra corruzione e concussione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *RIDPP* 1999, 1316; G. Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *RIDPP* 2000, 897.

bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-*bis* e 354 *se*, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato... ».

Con riferimento all'ambito applicativo della nuova causa di non punibilità, per un verso, lascia perplessi l'esclusione del delitto di traffico di influenze illecite, che (come i delitti di corruzione) è un reato "contratto" e pone significative esigenze probatorie, non soddisfatte peraltro dall'incremento della cornice edittale che non consente l'utilizzo delle intercettazioni. Per un altro verso, problematico pare l'inserimento nel catalogo dei reati a cui è applicabile la nuova causa di non punibilità di quelli di cui agli artt. 353, e 353-*bis* Cp. In effetti, ad esempio, si pensi al caso in cui il delitto di turbata libertà degli incanti si realizzi senza effettivamente incidere sul regolare svolgimento della gara e senza che produca vantaggi per il reo e successivamente (entro quattro mesi) il responsabile si autodenunci per usufruire della impunità senza dovere restituire alcuna utilità e senza neppure dovere denunciare alcun altro correo che potrebbe non esistere. In questi casi la causa di non punibilità potrebbe addirittura essere criminogena, visto che potrebbe ingenerare in chi intende realizzare uno dei reati di cui all'art. 353, 353-*bis* Cp l'idea che se l'attività criminale non dovesse andare a buon fine vi sarebbe comunque la possibilità di uscire "puliti" dalla vicenda criminale.⁵²

Con riferimento ai presupposti applicativi della causa di non punibilità, qualche problema interpretativo paiono porre la "autodenuncia" e la "messa a disposizione dell'utilità percepita".

Per quanto riguarda la "autodenuncia", che deve intervenire prima che il responsabile abbia avuto notizia che nei suoi confronti sono iniziate indagini (e comunque entro quattro mesi dalla commissione del fatto), in primo luogo, occorrerà stabilire se vada intesa in senso restrittivo, come atto di cui all'art. 333 Cpp, oppure in senso estensivo, realizzabile anche mediante spontanee dichiarazioni a P.M. o alla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 350 Cpp. In secondo luogo, occorrerà stabilire se

⁵² Sul punto v. R.Cantone, A.Milone, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *DPC*, 3.6.2019, 13.

assumano rilevanza solamente le informazioni di indagini "ufficiali", ovvero acquisite ai sensi degli artt. 355 e 369 Cpp, oppure anche quelle "informalmente" assunte dal reo. Naturalmente qualora si ritenesse di attribuire rilevanza alle notizie di indagini "informali", si porrebbe il problema del livello di precisione della notizia di indagine in grado di escludere l'applicabilità della causa di non punibilità

Per quanto riguarda la messa a disposizione dell' "utilità percepita" (o della "somma di denaro di valore equivalente"), qualche problema sorge non solo con riferimento a quelle prestazioni non suscettibili di valutazione economica ma anche con riferimento ai reati (diversi da quelli di corruzione) che non prevedono nella struttura una controprestazione (ad esempio quello di cui all'art. 353 Cp) e rispetto ai quali occorrerà stabilire se per l'applicabilità della causa di non punibilità non sia necessaria alcuna restituzione oppure se occorra restituire il vantaggio comunque derivato dal reato⁵³.

Non c'è dubbio che l'utilizzo di una causa di non punibilità appaia più efficace di una mera circostanza attenuante a favorire l'emersione del patto corruttivo e coerente con l'incremento subito negli ultimi anni dall'apparato sanzionatorio dei reati anticorruzione. Sennonché, il ricorso allo strumento premiale allo scopo di favorire la collaborazione del reo non appare privo di controindicazioni per l'ambiguità del contesto nel quale si radicano le relazioni corruttive. In effetti, lo strumento premiale nei contesti corruttivi si può prestare a strumentalizzazioni in chiave di ricatto soprattutto del pubblico agente e addirittura rivelarsi criminogeno, ingenerando nel privato corruttore l'idea che se il patto corruttivo viene scoperto comunque esiste sempre una "via di fuga" dalla sanzione⁵⁴.

Ma al di là delle riserve di ordine generale sull'utilizzo dello strumento premiale in contesti corruttivi, la nuova causa di non punibilità non pare congegnata in modo adeguato a favorire effettivamente l'emersione dei fatti corruttivi⁵⁵. In primo luogo, non pare davvero realistico che entro quattro mesi dalla realizzazione di un reato corruttivo, specialmente in contesti di corruzione sistemica, l'autore del reato senza avere notizia di indagini a suo carico effettivamente decida di autodenunciarsi per garantirsi una eventuale impunità. A questo proposito, va anche considerato non solo che la nuova causa di non punibilità non opera per i reati che, soprattutto in contesti di corruzione sistemica, possono "accompagnare" quelli di corruzione (si pensi ad esempio a quelli tributari, all'autoriciclaggio, ecc.)⁵⁶, ma anche che l'autore del

⁵³ Sul punto v. R.Cantone, A.Milone, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., 19.

⁵⁴ Sui rischi del ricorso agli strumenti premiali volti a favorire la propensione alla denuncia v. C. F. Grosso, *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli: il progetto anticorruzione*, op. cit., 2345.

⁵⁵ Cfr. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, op. cit., 268.

⁵⁶ Cfr. R.Cantone, A.Milone, *Prime riflessioni*, op. cit., 21.

reato rischierebbe di andrebbe incontro al "clamore mediatico", visto che una volta presentata l'autodenuncia, il reo sarebbe comunque iscritto nel registro degli indagati e a suo carico inizierebbe una indagine volta a verificare la sussistenza dei presupposti applicativi della causa di non punibilità⁵⁷. Infine, va osservato anche che la scarsa determinatezza di taluni presupposti applicativi della neonata causa di non punibilità probabilmente non contribuirà a favorire realmente la propensione alla denuncia dei reati anticorruzione.

6. Infine, tra le più importanti novità della l. 3/2019 va segnalata la introduzione dei reati di corruzione, concussione e di peculato ordinario nel novero di quelli di cui all'art. 4-bis, co. 1, l. 354/1975, "ostativi dei benefici penitenziari".⁵⁸

L'inserimento dei reati di corruzione, concussione e di peculato ordinario nel catalogo di quelli ostativi alla concessione dei benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, l. 354/1975 - che mette in evidenza in maniera esemplare il processo di progressiva osmosi tra gli strumenti penali di contrasto alla criminalità organizzata e quelli anticorruzione⁵⁹ - ha due significative conseguenze. In primo luogo, per i condannati per i nuovi reati "ostativi dei benefici penitenziari" l'accesso alle misure alternative alla detenzione potrà avvenire solamente a condizione che intervenga la collaborazione *ex art. 323-bis Cp* (salvo i casi in cui essa sia impossibile)⁶⁰. In secondo luogo, nel caso di condanna per i reati di corruzione, concussione e peculato ordinario, per effetto del rinvio dell'art. 656, co. 9, Cpp all'art. 4-bis, co. 1, l. 354/1975, la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena che, ai sensi dell'art. 656, co. 5, Cpp, il Pubblico ministero deve disporre al fine di consentire al reo di proporre l'istanza di concessione dei benefici penitenziari in condizione di libertà, non potrà essere disposta. Con la conseguenza che vi sarà comunque l'entrata in carcere del condannato anche in presenza della astratta possibilità della concessione delle misure alternative alla detenzione e che la istanza di accesso ai benefici penitenziari dovrà avvenire *in vinculis*, durante l'esecuzione della pena detentiva.

Ebbene, l'inserimento dei reati di corruzione, di concussione e di peculato ordinario nel novero dei reati "ostativi" di cui all'art. 4-bis, co. 1, l. 354/1975, suscita più di una perplessità.

⁵⁷ Cfr. Direttive delle Procure della Repubblica di Napoli e di Roma, in *DPC*, 5.3.2019.

⁵⁸ Precisamente si tratta dei reati di cui agli artt. 314, co.1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, co.1, 320, 321, 322, 322-bis Cp.

⁵⁹ Sul processo di progressiva osmosi tra criminalità organizzata e corruzione nella più recente legislazione penale v. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, op. cit., 247 ss.

⁶⁰ Cfr. C. cost. 27.07. 1994, n. 357, in www.giurcost.org, che ha ritenuto incostituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione la preclusione dei benefici penitenziari nel caso in cui la collaborazione utile sia impossibile oppure sia irrilevante.

In primo luogo, la previsione dell'onere collaborativo *ex art. 323-bis Cp* per l'accesso alle misure alternative, con riferimento ai reati di corruzione, concussione e peculato ordinario, pare non tenere nella dovuta considerazione, non solo che talune condotte collaborative non possono essere realizzate nella fase di esecuzione della pena detentiva ma solamente in quella del processo di cognizione come ad esempio quella di "adoperarsi perché il reato sia portato a conseguenze ulteriori", ma soprattutto che la collaborazione *ex art. 323-bis Cp* pare strutturalmente poco compatibile con taluni dei nuovi reati "ostativi", come, ad esempio, il peculato ordinario e la concussione⁶¹.

In secondo luogo, va osservato che il regime derogatorio, previsto dal combinato disposto degli artt. 4-*bis*, co 1, l. 354/1975 e 656, co. 9, del Cpp, si fonda sul fatto che, in relazione a taluni reati, considerati indici presuntivi della pericolosità dei relativi autori, è necessaria l'osservazione intramuraria prima di consentire al reo l'accesso alle misure alternative⁶². Sennonché, i nuovi reati inseriti nel catalogo, pur essendo sanzionati gravemente e pur tutelando beni giuridici di particolare rango, non pare possano essere considerati strutturalmente "evidenze empiriche" tali da fondare una presunzione di pericolosità dei relativi autori e da giustificare il regime derogatorio (emergenziale) di cui agli artt. 656, co. 9, Cpp e 4-*bis*, co. 1, l. 354/1975. Da questo punto di vista, la presunzione legale di pericolosità, che riguarda i condannati per i reati di corruzione, concussione e peculato ordinario, che potrebbe giustificare la scelta legislativa di sottrarli alla disciplina generale della sospensione dell'ordine di esecuzione anche quando vi sarebbero (in astratto) le condizioni per ottenere i benefici penitenziari, appare irragionevole, in quanto non risponde a evidenze empiriche generalizzate compendiabili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*⁶³. Conseguentemente, l'estensione del regime derogatorio, previsto dal combinato disposto degli artt. 4-*bis*, co.1, l. 354/1975 e 656, comma 9, Cpp ai condannati per i delitti di corruzione, concussione e peculato ordinario appare irragionevole in quanto, volta esclusivamente a garantire ai responsabili un "passaggio in carcere" sia in chiave general-preventiva che stigmatizzante⁶⁴.

In terzo luogo, lascia seriamente perplessi il mancato inserimento di una disciplina transitoria volta ad escludere l'applicabilità del regime derogatorio *ex artt. 4-bis* l. 354/1975 e 656, co. 9, Cpp ai condannati per i reati di corruzione, concussione e peculato ordinario commessi prima della entrata in vigore della l. 3/2019, analoga a

⁶¹ Cfr. V. Manes, *L'estensione dell'art. 4-bis ord.pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *DPC*, 14.2.2019, 112.

⁶²In questo senso con riferimento alla adeguatezza della custodia cautelare v. C. cost. 21.07. 2010, n. 265, in *GCos* 2010, 3169.

⁶³ Sul punto v. C. cost. 1.06.2016, n. 125, in www.lexscripta.it.

⁶⁴ Cfr. V. Manes, *L'estensione dell'art. 4-bis Ord.pen.*, op. cit., 109.

quella che venne inserita all'art. 4 l. 23.12.2002, n. 279 in relazione ai reati di cui agli artt. 600, 601, 602 Cp⁶⁵. In effetti, in assenza di una apposita disciplina transitoria si pone il problema della applicabilità del regime ostativo dei benedici penitenziari a coloro che hanno commesso i nuovi reati “ostativi” prima della entrata in vigore della l. 3/2019.

Per un consolidato orientamento giurisprudenziale confermato anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2006, il principio di irretroattività della legge penale non trova applicazione con riferimento alle modifiche peggiorative della disciplina dell'esecuzione penale⁶⁶. Secondo questa impostazione, infatti, le norme sull'esecuzione penale avrebbero natura “processuale” e non “sostanziale” e rispetto ad esse sarebbe applicabile il principio del *tempus regit actum* e non quello di irretroattività della legge penale sfavorevole, riservato alle norme di carattere “sostanziale”.

Senonché, va osservato che questo orientamento non può essere accolto con riferimento alla disciplina prevista dagli artt. 4-bis, co. 1, l. 354/1975 e 659 co. 9 Cpp, visto che essa non ha natura meramente processuale, non riguardando una modalità esecutiva della pena inflitta ma la dimensione qualitativa della pena concretamente inflitta, che da alternativa passa a detentiva. Conseguentemente, l'applicazione retroattiva della disciplina prevista dagli artt. 4-bis, co.1, l. 354/1975 e 659, co. 9, Cpp, per un verso, non pare compatibile con l'art. 7 della Cedu, giusto il quale il principio di irretroattività della legge penale (art. 7 Cedu) deve trovare applicazione anche relativamente a norme che non si limitano a disciplinare le modalità di esecuzione della pena ma che incidono sulla portata della pena⁶⁷ inflitta o sulla sua rideterminazione⁶⁸. Per un altro verso, la retroattività del nuovo regime ostativo non pare compatibile con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. così come interpretato dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, per la quale il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole riguarda tutte le disposizioni a contenuto intrinsecamente punitivo come, ad esempio, le sanzioni punitive amministrative, ponendosi anche rispetto a questo ambito la esigenza di evitare che il soggetto non sia colpito da una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto⁶⁹. A questo proposito, va osservato che di recente il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha sollevato questione di costituzionalità⁷⁰ - peraltro in precedenza ritenuta fondata anche dalla Corte di Cassazio-

⁶⁵ Sul punto v. l. 23.12.2002, n. 279 di riforma dell'art. 4-bis l. 354/1975.

⁶⁶ Cfr. Cass. S.U. 30.5.2006, n. 24561, in *Responsabilità. civ. e prev.* 2007, n. 1, 183 ss.

⁶⁷ Cfr. C.eur. GC, 21.12.2013, Del Rio Prada c. Spagna.

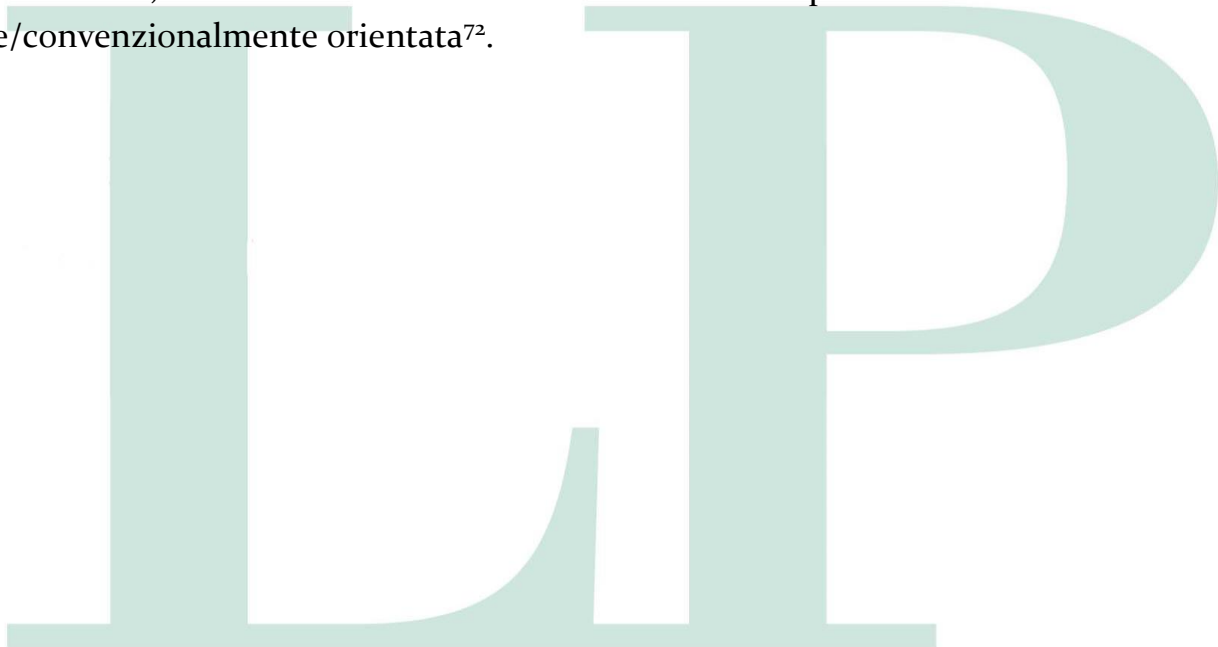
⁶⁸ Cfr. C.eur. GC, 17.9.2009, Scoppola c. Italia.

⁶⁹ Cfr. C. cost. 25.11.2018, n. 223, in *DPC*, 13.12.2018.

⁷⁰ Cfr. Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ord. 2 aprile 2019, n.1188, in *DPC*, 16 .5.2019.

ne⁷¹ - per contrasto tra la nuova disciplina dell'art. 4-*bis*, co. 1, l. 354/1975, così come riformata dalla l. 3/2019, e il principio di irretroattività/prevedibilità della legge penale sfavorevole.

In realtà, a ben vedere, per evitare la retroattività del regime derogatorio ex artt. 4-*bis*, co.1, l. 354/1975 e 659 co. 9 Cpp ai condannati per i reati di corruzione, concussione e peculato ordinario commessi prima della entrata in vigore della l. 3/2019, non pare necessario l'intervento della Corte Costituzionale, in quanto non esiste alcuna disposizione di legge che ne imponga la applicazione retroattiva. Piuttosto, si tratta di un orientamento della giurisprudenza che, per quanto autorevole, non avendo nel nostro ordinamento valore vincolante, non solo può essere modificato dalla giurisprudenza successiva, ma in quanto in contrasto con gli artt. 117, co. 1, della Cost., integrato dal parametro interposto dell'art. 7 della Cedu, e con l'art. 25/2 della Cost., andrebbe corretto attraverso una interpretazione costituzionalmente/convenzionalmente orientata⁷².



⁷¹ Si allude a C. 14.3.2019, n. 12541, F., in *DPC*, 26.3.2019. Sul punto v. la nota di G. Gatta, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord.penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato favorevole all'applicazione retroattiva*, in *DPC*, 26.3.2019, 1 ss.

⁷² Cfr. D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *DPC*, 26.3.2019, 606 ss.