TRACCE DI DISTOPIA LEGISLATIVA NELLA "SPAZZACORROTTI". FUNZIONI SIMBOLICHE E DETERRENZA "LATENTE" NELL'USO DELLA NON PUNIBILITÀ*

di Stefano Fiore
(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi del Molise)

SOMMARIO. 1. La non punibilità tra premialità e *law enforcement;* 2. L'art. 323 *ter* Cp Pentimento, abiura e (forse) premio*;* 2.1. L'emersione della deterrenza "latente". Una prima ma evidente conferma; 3. Collaborazione *in vinculis* e premialità esecutiva; 4. La vuota suggestione degli agenti infiltrati; 5. Un'amara notazione finale

1. Nel panorama, certamente non esaltante, della recente legislazione penale non è inusuale che i commenti critici sulla produzione normativa prevalgano nettamente su quelli favorevoli, o almeno possibilisti; eppure, nonostante ogni disincanto, colpisce e sconforta scorrere la rassegna delle opinioni che ha preceduto e seguito l'approvazione della famigerata legge c.d. "spazzacorrotti"[1]. Colpisce la omogenea durezza delle critiche rivolte alle scelte operate; sconforta il rilievo della totale e ostentata sordità del legislatore.

Il coro di critiche rivolto alla legge che può vantare il poco invidiabile primato della denominazione più becera nella storia della comunicazione istituzionale, non ha infatti prodotto, *in itinere*, alcuna ripensamento, né, all'esito, alcuna resipiscenza, tanto che, già dopo le primissime esperienze applicative, si è inevitabilmente avviato il tristemente consueto - e in questo caso largamente prevedibile - percorso di revisione costituzionale da parte della Consulta, volto ad eliminare almeno alcune delle più intollerabili storture della legge 3/2019.

---

* Saggio destinato agli *Studi in onore di Antonio Fiorella*.

[1] V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPenCont* 5/2019, 231 ss.; T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni ed illusioni della riforma*, in *AP*, fasc. n. 3, 2018; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *DPenCont* 3/2019, 235 ss.; 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 G. Flora e A. Marandola, Firenze, 2019, 3ss.; nonché gli altri contributi raccolti nel volume; N. Pisani, *Il disegno di legge spazzacorrotti: solo ombre*, in *CP*, fasc. 11, 3589; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *CP*, fasc. 1, 2019, 44 ss.

Insieme alla conoscenza dei contenuti di quel provvedimento, sembra però essersi sedimentato anche lo sdegno che ha accompagnato la comparsa e gli esordi applicativi della riforma. La sola cosa a non essere già "passato" sono invece gli effetti di una "cattiva novella", che, purtroppo, è ancora tra di noi. C'è dunque da domandarsi se ancora valga (o addirittura se mai sia valsa) la pena occuparsene scientificamente, presentandosi quel provvedimento (non meno di altri a dire il vero) come il frutto di un programmatico e protervo rifiuto della razionalità.

La complessità dell'intervento, una vera e propria miniriforma, sconsiglia di coltivare pretese ricognitive, ma per fortuna l'abbondanza dei commenti esistenti - certamente il risultato più significativo prodotto dalla l. 3/2019 - mette comunque a disposizione un vastissimo materiale dal quale attingere anche il più minuzioso dettaglio per la conoscenza e la decodificazione di questo provvedimento normativo e dei suoi effetti sul sistema.

Per la meticolosa analisi e la spietata critica di questa legge sono state utilizzate anche chiavi di lettura meno consuete di quelle che, nelle fasi iniziali, hanno indotto a concentrare l'attenzione e poi la discussione su alcuni aspetti inevitabilmente dotati di maggiore evidenza. Tra le letture di "secondo livello" - se ci è consentita questa espressione - vi è stata anche quella che ha utilizzando come specifico punto di osservazione della "spazzacorrotti" la categoria della *non punibilità.* Come vedremo, anche le scelte operate dal legislatore in questo ambito rivelano e confermano la tetragona coerenza repressiva che ispira in maniera peraltro chiarissima l'intervento, evidenziandone però, allo stesso tempo, anche i difetti progettuali che inficiano la sua tenuta strutturale[2].

La legge 3/2019 è d'altra parte frutto di quel letale *mix* legislativo di insipienza, approssimazione, populismo e demagogia, che nella genesi della recente legislazione penale svolge un ruolo certamente superiore a quello che invece dovrebbero avere gli essenziali supporti empirici di ogni buona (perché razionale e tecnicamente appropriata) legislazione - come l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), premessa per la necessaria verifica di impatto della regolamentazione (VIR) - spesso ridotti, quando utilizzati, a meri adempimenti formali.

L'uso della non punibilità potrebbe apparire una scelta se non eccentrica, quanto meno disallineata rispetto alle direttrici lungo le quali si muove un intervento normativo che si autodefinisce e intende accreditarsi sul piano politico criminale attraverso l'affermazione del valore della *punibilità*; anzi, ancor di più, per la ricerca della *punizione* come unico e auspicato esito applicativo.

---

[2] Per questa specifica chiave di lettura cfr. in particolare, D. Pulitanò, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis,* in *DPP* 5/2019, 600 ss.; M. N. Masullo, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *RIDPP* fasc.3 2019, 1257 ss.

In realtà, sappiamo bene che non c'è nulla di incongruo - e d'altra parte nulla di nuovo - nell'utilizzo integrato di strumenti di tipo premiale, o che fanno comunque ricorso a tecniche che utilizzano *in negativo* la punibilità per il perseguimento degli stessi obiettivi che vengono perseguiti, in via primaria, mediante la minaccia della pena. L'uso della leva punitiva, tuttavia, qualsiasi sia la modalità tecnica adottata, compresa dunque la rinuncia al suo utilizzo o la sua modulazione per ragioni strumentali ad obiettivi di politica criminale, richiede sempre la necessaria verifica della sua conformità ai principi, sovraordinati e cogenti, che, delimitandone la legittimità, contribuiscono a definire ambiti e modi del loro possibile utilizzo.

Nel caso della "spazzacorrotti", il contrasto con quei principi, oltre che con la razionalità normativa e le regole (anche elementari) della buona legislazione, è tuttavia un dato strutturale e come si vedrà - ma è d'altra parte facile immaginare - anche l'uso che della non punibilità viene fatto nella l.3/2019 non sfugge a questo stigma.

L'inefficacia delle misure adottate non appare, allora, il difetto peggiore di una riforma che coltiva pervicacemente la rozza visione repressiva che la anima, distribuendo l'ardore punitivo del legislatore populista su tutto l'arco che dalla minaccia della punizione arriva fino alla esecuzione della pena, Questa logica, che nella "spazzacorrotti" cannibalizza ogni altra prospettiva teleologica, finisce per piegare ai suoi scopi anche la non punibilità.

Adottare questo specifico punto di vista, dunque, può aiutare nella lettura critica di una normativa che, nonostante la spudorata chiarezza sugli scopi perseguiti, osservata attraverso la sola lente della punibilità forse non restituisce una immagine completa.

Maneggiare la *punibilità* è certamente pericoloso, ma il suo significato è univoco: immettere punibilità o maggiore punibilità nel sistema, non ne aumenta il tasso di efficacia – anzi, sappiamo che certamente non è così e solo il nostro legislatore mostra una diabolica perseveranza nel coltivare la convinzione contraria -, ma senza dubbio accentua la connotazione repressiva del sistema stesso, anche quando questo non accresce effettivamente il grado della repressione attuata.

D'altra parte, la "spazzacorrotti" è innanzitutto il veicolo di un messaggio simbolico di *overdeterrence* comunicato nel modo più chiaro, esplicito e comprensibile a tutti: lo scopo dichiarato della legge è quello di mettere e poi tenere in carcere più condannati per i reati contro la pubblica amministrazione, di farlo per più tempo e in peggiori condizioni rispetto al passato, amplificando inoltre la portata e la durata degli effetti accessori della condanna.

Non è invece detto che la *non punibilità,* qui o altrove, sia usata o comunque serva per attenuare il grado di severità o comunque ridurre il tasso (anche percepito) di repressione del sistema; o, almeno, non si può semplificare la questione in termini così netti. Se cioè è sempre vero che l'uso espansivo della punibilità (nuove incriminazioni,

incrementi punitivi, riduzione delle alternative alla punizione, etc.), soprattutto quando opera al di fuori di una logica sussidiaria, designa sempre una scelta in senso repressivo, meno automatica è la lettura del significato che assumono le scelte basate su meccanismi di esenzione o attenuazione della punibilità. In ogni caso, un effetto di attenuazione del carattere repressivo del sistema si produce solo se le norme che consentono di non punire, punire meno o meno severamente si applicano in una misura minimamente apprezzabile.

A differenza della punibilità, la non punibilità è infatti un universo assai complesso. Gli istituti riconducibili sotto la generica qualificazione che descrive esteriormente l'effetto della loro applicazione, lascia invero impregiudicata la definizione della loro natura e della funzione che sono chiamati a svolgere. Per utilizzare la non punibilità ci vuole dunque altrettanta, se non maggiore, perizia, attenzione e consapevolezza di quanta ne richiede l'uso della punibilità ed è inutile dire che il legislatore usa invece con imperdonabile leggerezza entrambe[3].

La cosa è ulteriormente complicata dal fatto che i meccanismi della non punibilità sono non di rado condizionati dalla presenza condizionante di elementi "valutativi", a volte di tipo discrezionale; la loro attivazione, inoltre, dipende spesso da una scelta del soggetto che è destinato a beneficiarne, variamente collocata nel tempo rispetto alla commissione del reato e al suo accertamento, proprio in ragione della diversa funzione ad essi assegnata.

Lasciando da parte l'ormai consistente presenza, anche nella parte generale del codice, di istituti basati sulla non punibilità con finalità tendenzialmente deflative (si pensi in particolare all'art. 131 *bis* c.p.), ci sono settori come ad esempio il diritto penale delle attività economiche (inteso in senso ampio, comprensivo cioè diritto penale dell'impresa, del diritto penale societario, di quello del lavoro, del diritto penale tributario e così via) dove la non punibilità, declinata in forme diverse e chiamata a svolgere funzioni differenziate, riveste un ruolo non marginale nel definire la struttura e il "carattere" dell'intervento regolativo.

Orbene, l'uso che nella "spazzacorrotti" viene fatto della non punibilità, pur non potendosi certo dire "connotativo" della disciplina nel suo complesso, certamente partecipa in maniera coerente alla costruzione del modello proposto dalla l. 3/2019. Come infatti si proverà a mostrare, gli istituiti che si fondano su meccanismi di esenzione dalle o attenuazione delle conseguenze punitive, lungi dal rappresentare un fattore di bilanciamento della inusitata severità delle scelte punitive, si rivelano in

[3] Per chi volesse avventurarsi nelle «lande poco esplorate [...] che segnano il *Grenzengebiet zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit*, la terra di confine tra punibilità e impunità», il percorso può proficuamente iniziare da A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena.* Milano 1998 (dalla cui "Premessa" è tratto il passo citato che riprende una felice espressione di Nauke).

realtà strumentali al progetto di intransigente deterrenza e rigore vendicativo perseguito dal legislatore.

2. Nel quadro delle misure di contrasto ai fenomeni corruttivi o para corruttivi, la non punibilità viene declinata dalla l. 3/2019 lungo tre direttrici: la principale è, ovviamente, quella dell'art. 323 *ter* c.p., che introduce una causa di non punibilità sopravvenuta a base collaborativa; vi è, poi, la direttrice della premialità da "spendere" in sede esecutiva, collegata agli irrigidimenti introdotti anche su questo piano e volta a stimolare la collaborazione post condanna; su di un piano parzialmente diverso, ma, come vedremo collegato, troviamo infine, la figura, di non facile collocazione, dell'agente infiltrato, che utilizza la non punibilità in maniera direttamente funzionale allo svolgimento delle indagini.

Le tre direttrici convergono in direzione del comune obiettivo di favorire l'emersione e facilitare l'accertamento dei reati di tipo corruttivo, contribuendo in questo modo anche alla loro prevenzione. Tuttavia, va detto subito, secondo l'unanime giudizio dei commentatori nessuno degli strumenti predisposti dal legislatore appare in grado di fornire alle agenzie di *law enforcement* un contributo realmente apprezzabile su nessuno dei piani interessati; d'altra parte anche le opinioni favorevoli, o almeno possibiliste, provenienti prevalentemente dalla magistratura, sono state espresse più che altro in termini di auspicio. La prassi, certo ad oggi ancora casisticamente limitata, non sembra smentire la prognosi negativa.

I contenuti normativi che si muovono lungo queste tre direttrici sono stati, come accennato e d'altronde noto, oggetto di attenta e approfondita disamina in molti eccellenti contribuiti dedicati sia ai singoli aspetti che al disegno generale[4]. La disponibilità di una piattaforma esegetica molto solida e affidabile consente dunque, in questa sede, di puntare in maniera più diretta alla verifica che ci siamo proposti di condurre.

La verifica prende ovviamente le mosse dall'art. 323 *ter* c.p., vale a dire la norma che, nell'ambito di un intervento di riforma caratterizzato della ricerca esasperata (a volte solo declamativa, altre volte drammaticamente effettiva) della *punizione*, ancor più che della *punibilità,* promette invece impunità[5]. La causa di non punibilità introdotta nel sottosistema dei reati a schema corruttivo richiede, come noto, sostanzialmente

[4] Si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti, ai contributi citati *supra* nota 1.

[5] Sul tema, oltre alle osservazioni, sempre molto puntuali, contenute nei contributi sulla "spazzacorrotti" a più ampio spettro di analisi già citati (*supra* note 1 e 2) cfr. L. Sturzo, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.* in www.archiviopenale.it 2/2019; A. Alberico, *Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione*, in www.archiviopenale.it 1/2020; R. Cantone – A. Milone, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all art. 323-ter c.p.*, in *DPenCont .*, 6/2019, 5 ss.

un'autodenuncia (ma trattandosi di reati a struttura bilaterale questo implica comunque sempre anche una delazione), accompagnata da comportamenti di tipo collaborativo sul piano processuale e condotte reintegratorie.

La causa di non punibilità è applicabile a chi ha commesso non solo una qualsiasi ipotesi di corruzione, inclusi i fatti di rilievo internazionale (art. 322-*bis* c.p.), ma anche reati corrispondenti a fattispecie para-corruttive, come l'induzione indebita a dare o promettere utilità, nonché delitti lesivi della libera concorrenza nelle procedure contrattuali pubbliche (artt. 353, 353-*bis* e 354 c.p.), mentre un po' incomprensibilmente è escluso il traffico di influenze illecite (anch'esso fattispecie a struttura bilaterale e certamente ascrivibile alla costellazione correttiva sia pure in una accezione ampia). L'autore potrà avvalersi del beneficio «*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*»; per potersi giovare della causa di non punibilità, il soggetto deve inoltre mettere a disposizione l'utilità percepita o, nel caso di impossibilità, una somma di denaro di valore equivalente, ovvero indicare entro il medesimo termine elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo.

In un contributo che ha fornito alla presente riflessione utilissimi spunti, Domenico Pulitanò[6] ha scritto, forse provocatoriamente ma senza mezzi termini, che non vale la pena analizzare la norma perché, prevedibilmente, essa non troverà applicazione. Si tratterebbe dunque di un esercizio interpretativo inutile, tanto più che rimarrebbe privo di riscontri nella realtà[7].

Pur condividendo la disincantata e realistica previsione di una sostanziale irrilevanza applicativa, non si può tuttavia negare che la norma presenti comunque un certo interesse, sia per ragioni storiche e sistematiche (invero da molti ricordate e valorizzate), sia perché attraverso alcune, forse non superflue, puntualizzazioni sull'uso che il legislatore ha fatto della non punibilità, è possibile illuminare meglio aspetti meno visibili della riforma.

L'utilizzo della leva premiale nel contrasto alla corruzione è, infatti, una vecchia idea, che - come assai noto e variamente ricordato in occasione dell'introduzione

[6] Si tratta del già citato (*supra* nota 3), *Le cause di non punibilità dell autore di corruzione e dell infiltrato e la riforma dell art. 4 bis.*

[7] Testualmente: «Su eventuali problemi d'interpretazione di una norma prevedibilmente destinata a restare sulla carta, non c'è un grande interesse a soffermarsi. Sarebbero problemi di un improbabile pentito, o di un consulente interpellato da chi abbia dubbi sulla convenienza di pentirsi», *op. ult. cit. 602.*

dell'art. 323 *ter* c.p. - fu promossa all'epoca di Tangentopoli da un gruppo di noti magistrati e autorevoli docenti universitari[8].

La proposta aveva invero all'epoca un significato ulteriore, perché mirava anche alla "chiusura" di una stagione (che evidentemente non si è mai chiusa), ma nonostante la contingenza favorevole e il notevole credito di cui in quel momento godevano i suoi proponenti, le forti e diffuse perplessità circa la sua opportunità e la sua efficacia prevalsero sulle opinioni favorevoli e anche il suo periodico riemergere negli anni anche in sede legislativa è rimasto a lungo privo di sbocchi concreti[9].

La cosa potrebbe apparire per certi versi singolare se si considera che negli ultimi decenni, a partire dalla legislazione antiterrorismo e successivamente in quella in materia di criminalità organizzata, lo strumento della premialità collegato a scelte di collaborazione processuale, variamente modulato e a volte condizionato dalla richiesta di condotte di tipo reintegratorio, è stato utilizzato - in maniera crescente e con diseguale efficacia - negli ambiti più diversi del nostro sistema penale.

Si può ovviamente concordare in linea di principio con l'idea che, essendo i delitti appartenenti alla galassia corruttiva reati "a base razionale", per così dire, il loro controllo si presta ad essere gestito anche mediante strumenti di incentivo/disincentivo, che ridefiniscono il rapporto tra vantaggi e rischi della decisione. E' chiaro tuttavia che, se da un lato, non si può fare affidamento su meccaniche di contrappeso troppo elementari, dall'altro, proprio nella logica del contrappeso, il rapporto tra vantaggi (ipotetici) e rischi (concreti o prevedibili) di scelte di questo tipo è notoriamente molto variabile e gli equilibri (anche sul piano dei principi) molto delicati. Se, dunque, può apparire in astratto ragionevole proporre interventi che mirano a sollecitare una ponderata considerazione della "convenienza" dei comportamenti osservanti, allo stesso tempo non devono essere sottovalutati i rischi derivanti da un disinvolto utilizzo "mercantile" della punibilità e quelli connessi alla eventuale dis-misura degli interventi, alla loro scarsa appropriatezza tecnica e alla loro tendenziale eccentricità rispetto ai principi.

---

[8] Il riferimento è ovviamente alla c.d. Proposta della Statale o Progetto di Cernobbio, elaborato dai magistrati di punta dell'allora pool "Manipulite" della Procura di Milano e da illustri docenti della Università Statale di Milan («Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell illecito finanziamento dei partiti»), pubblicata in *RTDPenEc*, 1994, 911 ss.

[9] C.F. Grosso, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione fra utopia punitiva e suggestione penale*, in *CP*. 1994, 2347 s.; V. Zagrebelsky, *L iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, *ivi*, 1994, 2337 ss.; F. Sgubbi, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *RTDPenEc*, 1994, 941 ss.; G.M. Flick, *Come uscire da tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell emergenza?*, *ivi*, 945 ss.; S. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli,* in *RIDPP*, 1996, 465 ss.; G. Marra, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *RTDPenEc*, 1998, 1016 ss.;

La proposta di introdurre una simile previsione anche nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione ha comunque incontrato a lungo una forte resistenza. Si è in effetti guardato sempre con molta prudenza e altrettanta diffidenza alla possibilità di adottare questa strategia nel quadro di interventi anti corruzione, per una serie di fondate ragioni espresse già all'epoca della prima proposta, e che in verità appaiono tutt'oggi in massima parte condivisibili e certamente riferibili anche alla norma in vigore, che d'altra parte ricalca in misura significativa la struttura e i contenuti della proposta originaria[10].

A distanza di quasi venti anni da quella proposta e dopo molte incertezze, solo nel 2015 si era più cautamente ripiegato sulla introduzione di una circostanza attenuante, quella dell'art. 323 *bis* comma secondo c.p.[11], le cui tracce applicative sono peraltro pressoché inesistenti e che proprio la l. 3/2019, come vedremo (*infra* § 3), ha cercato in qualche modo di rianimare.

Le premesse sulle quali si fondavano allora le proposte di introduzione e oggi si fonda la vigenza della norma che offre il premio più alto, vale a dire l'impunibilità, a chi rompe il patto corruttivo, sono assai note e in realtà anche molto semplici. La premessa fondamentale, quella più "reclamizzata" ed enfatizzata, in sé riflette una considerazione in astratto non errata: le corruzioni sono difficili da far emergere perché i protagonisti della vicenda hanno tutto l'interesse a coprirsi reciprocamente. In mancanza di interferenze dovute a occasionali fattori esterni, la corruzione si esaurisce fenomenicamente in un contesto chiuso, che si rende o cerca di rendersi inaccessibile dall'esterno, tanto è vero che una forma di accertamento ricorrente è quella che vede gli organi investigativi intervenire mentre l'atto corruttivo materialmente si compie con il passaggio del denaro; superato quel momento, lo spiraglio accertativo in molti casi si richiude e tutto diventa più difficile in proiezione probatoria.

L'idea è che sia quindi necessario che qualcuno apra dall'interno, per così dire, consentendo l'accesso cognitivo al fatto. L'art. 323 *ter* c.p., come la proposta originaria alla quale esso chiaramente si ispira, si fonda dunque sull'idea - che in realtà è solo una « una speranza, perseguita sul piano della politica criminale »[12] - che il vincolo di omertà che lega i protagonisti di ogni vicenda corruttiva, rinsaldato dall'interesse alla reciproca copertura, possa essere spezzato grazie alla prospettazione di una

[10] Ammonisce opportunamente contro le «*Le insidie di una politica criminale che ripropone soluzioni ciclicamente scartate in passato*», A. Alberico, *op.cit*., 12 ss., che sottolinea comunque la maggiore organicità della proposta di allora rispetto alle approssimazioni della norma vigente.

[11] cfr. C. Benussi, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323*-bis *c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*., 6 giugno 2015

[12] S. Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *DPP*, 10/2012, 1235 ss.

contropartita realmente allettante, che renda davvero conveniente la scelta antagonista rispetto all'accordo.

Appare invero pericoloso sostituire le evidenze criminologiche con le speranze, soprattutto se, a fronte di esiti incerti, appare invece certa, anche perché sperimentata, l'attitudine di questi strumenti a mettere a rischio e non di rado a compromettere il difficile equilibrio tra ricerca dell'efficacia e tenuta di principi in materia penale[13].

In ogni caso, l'art. 323 *ter* c.p. si preoccupa di trasformare la speranza in una illusione, pari peraltro a quella che la legge coltiva, come più avanti vedremo, riguardo la possibile efficacia di agenti infiltrati per il contrasto al malaffare nella pubblica amministrazione.

Chi si è preoccupato di fare l'analisi delle singole condizioni poste dall'art. 323 *ter* c.p. e della loro "somma", per così dire, ha potuto dimostrare facilmente che – al di fuori dei casi, ragionevolmente molto limitati se non quasi inesistenti, riconducibili a un repentino pentimento in senso stretto - una volta applicati tutti i filtri che condizionano il riconoscimento della causa di non punibilità, di quella speranza resta realisticamente ben poco, anzi probabilmente nulla.

Intendiamoci, le condizioni poste dal legislatore hanno un riconoscibile senso cautelativo ed è abbastanza intuitiva la loro funzione correttiva di possibili distorsioni applicative, e tuttavia la loro presenza non solo condiziona, ma, ove avviato, rende anche incerto il raggiungimento del "premio" seguendo il percorso a ostacoli disegnato dal 323 *ter* c.p.

L'incertezza relativa al riconoscimento nel caso concreto della sussistenza di tutti i requisiti previsti per poter beneficiare della causa di non punibilità non dipende solo dalla loro numerosità, ma anche dalla loro natura. Alcuni di essi, infatti, non possono invero dirsi obiettivi o almeno non del tutto, richiedendo invece una valutazione giudiziale che ne verifichi la ricorrenza: si pensi alla natura «utile e concreta» delle indicazioni fornite e persino al calcolo del tempo trascorso dalla commissione del fatto, che notoriamente, proprio per la corruzione, può presentare in concreto aspetti controversi. Il soggetto potrebbe cioè autodenunciarsi, confessare, persino restituire il maltolto e vedersi tuttavia negata l'applicazione della causa di non punibilità, per la ritenuta insussistenza, da lui non preventivabile, per così dire, di qualcuna delle molteplici condizioni, potendo al massimo sperare nell'applicazione della circostanza attenuante prevista dall'art 323 *bis* c.p.

[13] I costi certi sono efficacemente riassunti in un passo successivo del contributo di Seminara citato alla norma precedente e sono distribuiti « sul piano dell'accertamento processuale, fondandosi la prova sulle dichiarazioni del "reo confesso"; sul piano della fenomenologia corruttiva, che verrebbe alimentata da una spirale di pressioni e ricatti; sul piano del sistema penale, a causa del contrasto tra una siffatta soluzione e l'approccio retributivo caratterizzante la generalità delle incriminazioni; sul piano culturale, in conseguenza della promessa di impunità fondata sulla mera delazione rispetto a un fatto già consumato ».

L'art. 323 *ter* c.p. non si iscrive però solo in un orizzonte di tipo accertativo. Questa causa di non punibilità, cioè, non vuole o almeno non vorrebbe essere solo la chiave che, nella speranza del legislatore (altra cosa è la realtà), consente di aprire una finestra dalla quale gettare uno sguardo sull'abisso della corruzione.

L'ambizione politico criminale dell'istituto premiale è in realtà più ampia e più alta, se così si può dire, e si colloca sul piano general preventivo. Questa ambizione, tuttavia, non fa che aumentare la distanza tra la norma e i suoi obiettivi, divaricando la forbice tra efficacia attesa e risultati concretamente conseguibili.

La promessa della impunità per chi collabora, dovrebbe infatti svolgere anche una funzione preventiva, istillando nei potenziali autori il dubbio che l'altro attore della vicenda possa decidere di rompere il patto corruttivo e, con esso, anche quello della reciproca omertà. Questo dovrebbe creare una remora originaria all'intrapresa di un progetto di corruzione, grazie all'inserimento di un elemento di insicurezza nell'altrimenti rassicurante quadro di solidarietà criminale.

In linea astratta, l'utilizzo della non punibilità in chiave generalpreventiva corrisponde ad una progettualità corretta dal punto di vista delle finalità della pena. Si tratta di una verifica fondamentale, perché, come accennato e d'altra parte ovvio, qualsiasi uso della punibilità, dunque anche la scelta di introdurre istituiti fondati sulla "rinuncia" ad essa, deve essere iscritto in una coerente cornice finalistica che assume come obiettivo la tutela (eventualmente anche *tardiva* ma comunque *utile*) dei beni giuridici; ma soprattutto - e in ogni caso- deve essere assicurata la necessaria coerenza con le finalità preventive legittimamente perseguibili dal sistema penale nel suo complesso e, anzi, le scelte di non punibilità devono partecipare al loro perseguimento[14].

Assumendo questa prospettiva valutativa, peraltro obbligata, e provando a schematizzare con riferimento all'art. 323 *ter* c.p., si può sostenere che ci troviamo di fronte ad una causa di non punibilità che:

- presenta una vocazione *dissuasiva*, facendo leva sul dubbio che il patto possa essere rotto per ottenere l'impunità;
- contempla un comportamento *antagonista*, leggibile come forma di osservanza tardiva ma spontanea del precetto;

[14] In argomento resta esemplare, T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP* 1986, 398 ss., dove si chiarisce che la premialità collegata ad una condotta di tipo antagonistico rispetto al reato, se effettivamente utile a reintegrare l'interesse offeso assume il valore di una «osservanza, sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato» e ciò rende la scelta premiale idonea a salvaguardare le esigenze di prevenzione generale. Sul tema è tornato più di recente G.A. De Francesco, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo,* in www.lalegislazionepenale.eu, 2.9.2019, dove tra l'altro si sottolinea come «le condotte c.d. "riparatorie" - concepite in senso lato [...] – realizzano in forma paradigmatica il modello speculare dei comportamenti cui la minaccia di pena si rivolge».

e che pretende inoltre dal beneficiario:
- la rinuncia al vantaggio mediante *condotte restitutorie* e un contributo concretamente utile all'*accertamento processuale*.

Questi caratteri sembrano indirizzare correttamente la norma verso obiettivi di prevenzione generale positiva (per il significato di rafforzamento del valore delle regole) e connotare effettivamente l'istituto anche in senso specialpreventivo.

Tenendo conto di ciò, si potrebbe quindi anche dire che la norma è *difendibile* sul piano della legittimità, ma è il massimo della concessione (astratta) che le si può fare e oltre la quale non è possibile andare. Non è possibile perché anche a volere, molto ottimisticamente, ritenere gestibile sul piano interpretativo la serie, invero numerosa, di approssimazioni descrittive e difetti tecnici (un vero *must* della nostra legislazione penale), che minano la tenuta della disposizione, è difficile non concordare con la impietosa definitività del giudizio espresso da Tullio Padovani, secondo il quale «la soluzione adottata dal legislatore è incongrua e vaniloquente»[15].

La ragione fondamentale (anche se non l'unica) - lo abbiamo accennato ed è stato sottolineato da tutti i commentatori - sta nel fatto che il legislatore ha circondato l'applicazione di questa causa di non punibilità con una tale serie di condizioni, così numerose, concatenate, gravose e peraltro incerte, da rendere obiettivamene molto improbabile (a voler essere generosi) che ci possa essere un apprezzabile numero di adesioni a questa offerta di impunità.

Va ribadito che le condizioni previste sono state inserite essenzialmente per cautelarsi rispetto alla possibilità, costantemente paventata dai commenti critici che negli anni avevano accompagnato le precedenti proposte, di usi strumentali o comunque distorti dell'istituto, ma esse, di fatto neutralizzano le *chances* applicative della norma. Un esito del genere è doppiamente negativo, perché proprio la diffusa consapevolezza che si tratta di una strada che molto difficilmente sarà percorsa da qualcuno, elimina anche la capacità della norma di creare le remore alle quali era affidata la sua pretesa capacità dissuasiva: la presenza della norma dovrebbe instillare il dubbio, frenando le tentazioni, mentre invece il suo velleitarismo conferma la certezza che i rischi non aumenteranno in maniera sensibile.

Se, come c'è da credere, questa previsione difficilmente sarà smentita dalla prassi, nella quale non sembrano in effetti manifestarsi segni contrari, per provare a intercettare e dunque recuperare il senso (un qualsiasi senso) pratico della norma, si può provare ad abbassare la pretesa ricostruttiva e adottare una logica di tipo più rudimentale.

Orbene, anche a voler fare questo tentativo utilizzando come criterio guida l'abusatissima metafora che sintetizza lo *stick and carrot approach*, il risultato non

[15] T. Padovani, *La spazzacorrotti*, cit., 8

cambia. Ogni meccanismo premiale che usi come "moneta" la (non) punibilità si fonda sulla rappresentazione, contrapposta e bilanciata, delle conseguenze punitive e della possibilità di evitarle, in tutto o in parte, grazie a comportamenti virtuosi assunti sulla base di una scelta che, però, dovrebbe essere favorita, non invece resa difficile e incerta come avviene in questo caso.

Ma pur a volere accettare la semplificazione estrema che questo rudimentale modello reca implicita, nel sottosistema allestito dalla "spazzacorrotti", mentre il "bastone" - ma forse in questo caso bisognerebbe dire la "ramazza" (pene draconiane ed esecuzione inflessibile) - viene decisamente mostrato/a in funzione dissuasiva e poi anche utilizzato/a in funzione punitiva, la "carota" (l'art. 323 *ter* Cp) in realtà non è l'incentivo alternativo all'osservanza della pretesa (già disattesa), ma una contropartita, peraltro molto ipotetica, per la reintegrazione *ex post* dell'interesse violato e la neutralizzazione dei suoi effetti, fortemente sbilanciata sul piano dell'accertamento giudiziario.

L'assenza di reali *chances* applicative della norma diventa ulteriormente evidente se guardiamo alla dimensione empirica della costellazione corruttiva e la mettiamo in rapporto con il complesso, oneroso e insicuro meccanismo di esenzione dalla punibilità allestito all'art. 323 *ter* Cp.

La fenomenologia reale (e in massima parte "oscura") è infatti costituita in maniera largamente prevalente da fenomeni di microcorruzione sistemica di tipo pulviscolare; orbene, mentre le scelte normative - in parte obbligate - rendono la prospettiva premiale largamente virtuale, nel descritto contesto il mantenimento di un saldo patto illecito è operazione facile e conveniente[16] e la dimensione minimale - per quanto eventualmente diffusa - degli episodi favorisce la loro "sommersione". Tutto ciò rende molto probabile e senza costi l'impunità, molto più di quanto, soprattutto in questi casi, non sia grado di fare il 323 *ter* Cp, che al contrario ha costi elevati e promette benefici assai incerti.

Quando, invece, ad essere in gioco sono interessi economicamente molto rilevanti, è proprio la dimensione dell'affare illecito a rendere assai poco plausibile che quegli interessi vengano messi a rischio da una delle parti, tanto più che il valore delle utilità da restituire accentua in questi casi lo sbilanciamento tra i costi, certi e magari non sostenibili, e i benefici, incerti e faticosi da ottenere.

Il carattere illusorio (ancor più che velleitario) delle possibili virtù del 323 *ter* Cp sul piano del *law enforcement*, mentre certamente fa scemare l'interesse a "vivisezionare"

[16] A tale proposito è stato anzi espresso il timore che la previsione della causa di non punibilità potrebbe avere effetti criminogeni, perché potrebbe favorire il consolidante di reti corruttive sistemiche o addirittura essere usata da una delle parti per rafforzare il legame prospettando strategicamente la possibilità di una sua rottura per ragioni di convenienza. Cfr. V. Mongillo, *op.cit.*, 268.

(utilizzo volutamente una espressione autoptica, trattandosi di norma nata già morta) interpretativamente la norma, non riduce e anzi in un certo senso aumenta l'interesse per l'uso che della non punibilità è stato fatto in questo provvedimento. Dall'analisi di quel che è avvenuto con la "spazzacorrotti", si possono infatti ricavare, in una più ampia prospettiva, utili indicazioni per una più esatta ricostruzione del ruolo assegnato agli istituti basati, appunto, sulla rinuncia o sulla limitazione della punibilità.

Le perplessità che in passato avevano accompagnato la proposta di introdurre una causa di non punibilità a base collaborativa come strumento di contrasto della corruzione, si presentano oggi invariate dopo la sua effettiva introduzione. Esse fondamentalmente rimandano alla ritenuta impossibilità di trovare un reale equilibrio tra le cautele necessarie a scongiurare usi distorti o comunque esiti teleologicamente disallineati rispetto ai principii, da un lato, e, dall'altro, la conservazione di spazi applicativi per le norme che prevedono queste misure, tali, comunque, da poter riconoscere ad esse un ruolo effettivo nel quadro del contrasto alla corruzione.

D'altra parte, gli istituti premiali a base collaborativa[17], ma non solo quelli, non sempre riescono a compensare con l'evidenza dei risultati, i dubbi di opportunità che spesso ne accompagnano l'introduzione e l'uso. E anche quando i risultati ci sono, i dubbi non svaniscono.

La verità è che l'uso "efficiente" di questi strumenti richiede una certa spregiudicatezza legislativa e anche applicativa; si può anzi concordare con l'affermazione che scelte del genere, per funzionare davvero, richiedono del «cinismo». Le strategie basate su meccanismi di tipo negoziale mal sopportano un eccesso di condizioni. Solo liberandosi dal reticolo di vincoli che avviluppa il 323 *ter* Cp si potrebbe dare sfogo allo schietto perseguimento - certo non auspicabile - di ottiche funzionalistiche modellate sui fini e quindi libere di scegliere i mezzi. Nel nostro caso ciò significherebbe poter concordare liberamente, o comunque con blandi vincoli, le condizioni dello scambio tra esiti giudiziari e punibilità, come avviene in ordinamenti diversi dal nostro.

L'obiettivo di predisporre attraverso il 323 *ter* Cp un efficiente e incentivante piattaforma negoziale, finalizzata al raggiungimento degli obiettivi di *law enforcement* che sono stati sopra riassunti sembra comunque chiaramente fallito. Si potrebbe dire che la cosa per certi versi sorprende, se si considera che la disposizione appartiene ad un contesto normativo che non si propone come modello di equilibrio e ragionevolezza e il legislatore che l'ha prodotta non sembra certo preoccupato di operare forzature ai principi; né, tantomeno, si mostra indisponibile al cinismo.

[17] Per tutti, anche per gli utilissimi riferimenti comparativi, C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione*, Milano 2002.

2.1. Se le cose stanno come le abbiamo descritte, allora bisogna cambiare punto di vista sulla reale funzione e, ancor prima, sul "senso" di questa nuova causa di non punibilità. L'art. 323 *ter* Cp - sin dall'inizio e già in astratto - appare inadatto a perseguire gli scopi che legittimamente è possibile assegnare ad una previsione del genere e la cui adeguatezza rispetto allo scopo si misura innanzitutto in relazione alle effettive *chances* applicative, che sono, in questo caso, pressoché nulle. La norma, proprio perché prevedibilmente ineffettiva, sembra invero destinata a confermare l'inevitabilità delle conseguenze punitive che derivano dalla violazione e non invece a offrire un ponte per il ritorno alla legalità.

La presenza della causa di non punibilità nel sottosistema rideterminato dalla riforma del 2019 finisce cioè per enfatizzare la gravità delle conseguenze minacciate dalle norme incriminatrici ed evitabili solo nella improbabile ipotesi che il 323 *ter* Cp trovi applicazione, senza tuttavia costruire un reale spazio normativo dove la non punibilità partecipa alla dimensione positiva delle funzioni preventive.

In altri termini, sembra quasi che la presenza dell'art. 323 *ter* Cp, attraverso l'immagine rovesciata ma solo virtuale che offre dell'atteggiamento legislativo, intenda rafforzare il messaggio minaccioso affidato in prima battuta alle norme incriminatrici e alla disciplina relativa alla esecuzione penale.

Facendo mostra di una coerenza certamente degna di miglior fine, la "spazzacorrotti" riesce quindi a piegare, quanto meno in termini simbolici, persino un istituto premiale verso improprie finalità di rafforzamento del messaggio deterrente. Per quanto possa apparire paradossale, seguendo la parabola verso il nulla dell'art. 323 *ter* Cp assistiamo, di fatto, al singolare utilizzo di una causa di non punibilità sopravvenuta per scopi (indiretti) di prevenzione generale negativa.

L'ipotesi che l'uso della non punibilità nella "spazzacorrotti" sia venato da una latente funzione deterrente, trova invero conferma nell'analisi delle altre disposizioni presenti nella stessa legge, che si fondano su meccanismi premiali o comunque di esenzione dalla punibilità. Accomunate all'art. 323 *ter* Cp dalla previsione di una sostanziale ineffettività, le disposizioni di seguito esaminate sembrano infatti condividere con esso anche l'appartenenza ad una dimensione simbolica che, coerentemente con l'intonazione complessiva della legge, le colloca in un'area funzionale alla prevenzione generale negativa. Questo connotato simbolico caratterizza invero tutti gli istituti che incontriamo lungo le tre direttrici descritte, ben più di quanto non facciano le (diverse) finalità che invece dovrebbero rappresentare il profilo funzionale proprio, in particolare, della premialità.

Un primo chiarissimo riscontro è infatti possibile rinvenirlo attraverso l'analisi della disciplina premiale che ha accompagnato le modifiche in materia di esecuzione penale.

3. La leva premiale viene azionata, o meglio resa disponibile, anche nel settore nel quale la "spazzacorrotti" ha forse raggiunto il vertice della irragionevolezza e della severità fine a sé stessa, vale a dire quello della esecuzione della pena.

Come assai noto, infatti, tra le novità introdotte con la l. 3/2019 vi è stato anche l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli ostativi, ex art. 4 *bis* Op, alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative; ostacolo rimovibile solo per i detenuti che abbiano intrapreso una collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* Op, ovvero, proprio in relazione all'ingresso dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli ostativi, ai sensi dell'art. 323 *bis* Cp. Le sole eccezioni, secondo quanto previsto dal comma 1 *bis* dello stesso articolo, riguardano il caso in cui la collaborazione sia *impossibile* o *irrilevante*.

Questa modifica dell'art. 4 *bis* Op è stata unanimemente stigmatizzata, anzitutto per la intrinseca irragionevolezza della previsione che accomuna reati di natura e di gravità molto eterogenee, omologando in maniera incongrua le relative presunzioni di pericolosità qualificata, con l'effetto di innescare, a partire da questo vizio di origine, una inevitabile catena di ulteriori irragionevolezze.

La novella integrativa dell'art. 4 *bis* Op è stata quella che ha prodotto gli effetti concreti più visibili, cambiando, addirittura *in itinere*, il corso delle vicende esecutive per molti condannati.

In ossequio alla regola del *tempus regit actum*, invocata in ragione della ritenuta natura processuale della norma interessata dalla modifica, una parte della giurisprudenza, contestata e contrastata, oltre che dalla dottrina unanime[18], anche da altra parte della magistratura, ha infatti dato applicazione retroattiva alla novella estensiva, negando la concessione dei benefici a condannati per delitti contro la pubblica amministrazione commessi prima dell'entrata in vigore della legge 3/2019.

Le nette prese di posizione contrarie all'approccio formalistico, e culturalmente di retroguardia, che sfociava nell'applicazione retroattiva di un trattamento punitivo

[18] V. Manes, *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *DPenCont*, 2/2019, 105 ss.; L. Masera, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 marzo 2019; L. Baron, *Spazzacorrotti", art. 4* bis *e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, *DPenCont* 5/2019, 153 ss.; G. Gatta, *Estensione del regime ex art. 4*-bis *o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale. www.penalecontemporaneo.it*, 8 aprile 2019; V. Alberta, *L introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell art. 4* bis*, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *GiurPen Web*, 2019, 2; P. Felicioni, *Reati contro la P. A. e accesso ai benefici penitenziari: i fermenti riformatori" della giurisprudenza*, in *DPP* 7/2019, 910 ss.; S. Fiore, *Norme dell ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitori e le «cose che accadono al di sopra delle parole»*, in *www.archiviopenale.it* 3/2019.

deteriore, hanno per fortuna trovato riconoscimento al più alto livello. La Corte Costituzionale (sent. 12 febbraio 2020, n. 32), immediatamente sollecitata a pronunciarsi sulla questione della retroattività di questa modifica peggiorativa, con sentenza interpretativa di accoglimento ha sanato il grave *vulnus* che la riferita interpretazione aveva inferto alla legalità penale.

Secondo la Consulta, infatti, «l'applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, rispetto a quella prevista al momento del reato, è incompatibile con il principio di legalità delle pene, sancito dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione»[19].

L'avvenuta rimozione di questa pesante e intollerabile ipoteca consente di esaminare "in purezza", se così si può dire, la dinamica che anche in fase esecutiva il legislatore ha inteso attivare tra inasprimenti della disciplina e misure di tipo premiale.

La premialità riferita alla fase esecutiva consiste, come accennato, nella rimozione dell'ostacolo alla concessione dei benefici penitenziari e mira a stimolare la collaborazione post condanna, ma ancora una volta appare talmente mal congegnata da essere anch'essa destinata a non sortire alcun effetto diverso dall'incremento del grado di irragionevolezza complessiva della disciplina.

A differenza di quel che si è detto a proposito del 323 *ter* Cp, lo schema "bastone/carota", in questo caso, risulta descrittivamente più congruo. La minaccia e l'incentivo premiale si svolgono infatti sul medesimo piano temporale e si presentano come realmente alternativi. Identica invece la prognosi di ineffettività, per la strutturale inadeguatezza della disciplina normativa a supportare il perseguimento degli obiettivi che la strategia premiale prefigura.

In primo luogo, la tecnica normativa adottata lascia, ancora una volta, molto a desiderare. Mentre infatti per i reati di criminalità organizzata - o comunque per quelli che si muovono su di uno sfondo più ampio di quello che definisce i termini del reato commesso dal condannato - il rinvio alle condotte considerate dall'art. 58 *ter* (essersi adoperati per « evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori » ovvero avere aiutato « concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati ») consente di svolgere il discorso su di un piano almeno in linea astratta congruo rispetto alla condizione di condannato e alla fase esecutiva, non altrettanto si può dire per il rinvio all'art. 323 *bis* comma secondo Cp.

[19] Per un commento alla sentenza, V. Manes - F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *SP*, 23.3.2020

L'attenuante del 323 *bis* Cp, al cui contenuto[20] rimanda l'art. 4 *bis* Op, è norma tipicamente destinata ad operare in sede cognitiva e, come giustamente è stato rilevato, molti dei comportamenti collaborativi da esso evocati sono difficilmente attuabili (ed esigibili) in capo al condannato in stato di detenzione (così, ad esempio, la richiesta di «adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori»). Più in generale, le condotte alle quali si fa riferimento appaiono persino difficili da concepire – sul piano logico prima che cronologico – al di fuori del processo di cognizione e della fase del giudizio.

Inoltre, le condotte collaborative prese in considerazione dall'art. 323 *bis* Cp presuppongono non esaurita la carica offensiva del reato, oppure richiedono l'esistenza di margini di accertamento non ancora emersi o non percorribili altrimenti. Il tipo di contributo richiesto risulta dunque poco o per niente compatibili con reati a struttura monosoggettiva come il peculato (salvo i casi di concorso di persone), ma anche, ad esempio, con la concussione, dove l'altro soggetto "necessario" è la vittima.

Con giusta dose si realismo si è rilevato che, «in linea astratta, una disciplina che, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, differenzia fra collaboranti e non collaboranti, comunque la si valuti nel merito, può avere senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, perché si può supporre che gli stessi abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati»[21].

Ma tutto ciò non sembra appunto avere invece molto senso - salvo casi particolari riconducibili a modalità operative proprie della criminalità organizzata - per gli autori dei reati contro la pubblica amministrazione. Ancor prima di considerazioni sulla conformità costituzionale della norma, bisogna domandarsi se ha senso per il condannato per corruzione o concussione o peculato condizionare la concessione misure alternative e benefici penitenziari alla collaborazione post condanna[22]. Che cosa ci si può ragionevolmente attendere da lui, in termini di collaborazione?

Non si comprende, cioè, cosa dovrebbe (e soprattutto cosa potrebbe) fare il condannato: confessare altri reati da lui commessi e non noti? La sola condotta forse concepibile potrebbe essere quella di adoperarsi per il sequestro delle somme, se ciò non fosse avvenuto prima, ma anche questo sarebbe singolare. Se l'imputato, poi condannato, aveva intenzioni collaborative, anche solo come strategia di

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

[21] D. Pulitanò, *Le cause di non punibilità, cit*. 604

[22] Assai perspicui e in qualche misura "definitivi" i rilievi svolti sul punto, già nell'immediatezza, da V. Manes, *op. cit.*, 102.

contenimento dei danni, avrebbe ragionevolmente attuato tale strategia già nel processo, in vista dell'ottenimento delle attenuanti; magari optando, ove possibile, per un rito alternativo, al fine di evitare o ridurre il rischio della detenzione. Ciò a maggior ragione nei casi di corruzione (o genericamente malaffare politico-ammnistrativo) di dimensione medio piccola, quelli cioè più diffusi, per i quali, in particolare, la restituzione risulta non troppo impegnativa e la pena è tendenzialmente contenibile, proprio grazie alle attenuanti, entro una misura compatibile innanzitutto con la sospensione condizionale.

Diversamente, per trovare spazi applicativi, si dovrebbe ipotizzare (superando le improprietà tecniche del legislatore e forse anche la sua volontà) che l'innesto diretto della norma (art. 323 *bis* Cp) che prevede l'attenuante nel corpo delle regole sulla esecuzione penale consenta di concedere il "premio" (anche) a coloro ai quali l'attenuante è già stata riconosciuta nel processo all'esito del quale sono stati condannati. Per quanto una interpretazione del genere consentirebbe di aprire spazi applicativi (peraltro *in favor*) ad una norma altrimenti "sterile", si tratterebbe probabilmente di una forzatura; ma il punto è che se l'attenuate in parola fosse già stata applicata, come accennato, proprio in virtù del suo riconoscimento, molto probabilmente il condannato non si troverebbe in stato di esecuzione detentiva.

Dall'insieme delle considerazioni sinteticamente richiamate risulta in ogni caso chiaro che la sollecitazione collaborativa rivolta al condannato per i delitti contro la pubblica amministrazione è destinata anch'essa a cadere nel vuoto, perché la collaborazione, in questi casi, è spesso sin dall'origine *impossibile* o *irrilevante*, cosa che consentirebbe invero di accedere comunque, essendocene i presupposti, ai benefici ai sensi del citato comma 1 *bis* dell'art. 58 *ter* Op. Non si può ignorare, tuttavia, che la impossibilità o la irrilevanza della collaborazione - pur essendo in molti casi *in re ipsa* - dovranno comunque essere valutate dal magistrato di sorveglianza; e mentre ciò avviene, il condannato non può sottrarsi alla esecuzione detentiva in ragione della prevista deroga alla regola della sospensione dell'ordine di esecuzione, che ora riguarda anche questi reati. E' ragionevole tutto ciò? Lo è talmente poco che non è difficile, anche in questo caso, pronosticare effetti nulli rispetto agli obiettivi dichiarati (ma, credo, non anche "attesi").

Così come già rilevato per l'art. 323 *ter* Cp, la prognosi negativa circa le *chances* applicative condiziona ogni possibile discorso relativo ai profili di tipo funzionale: una norma che, sin dall'inizio e già in astratto, non appare in grado di svolgere le funzioni che il sistema le assegna nel quadro delle finalità legittimamente perseguibili, non è semplicemente e soltanto ineffettiva. Appare invero consolatorio rifugiarsi nell'idea che, non essendo in grado di incidere sul piano giudiziario, la sua presenza nel sistema *non cambia nulla*.

Innanzitutto bisogna ricordare che il premio per la collaborazione sollecitata al condannato serve a rimuovere un ostacolo alla fruizione di benefici e misure finalizzati non solo ad attenuare il rigore esecutivo, ma anche, in prospettiva, funzionali a istanze di tipo specialpreventivo, che in questo modo vengono negate o comunque rese sacrificabili. Quanto più è difficile rimuovere l'ostacolo per l'accesso ai benefici penitenziari, tanto più si rafforza, insieme alla idea della sua normale inevitabilità, il profilo afflittivo/deterrente del regime esecutivo rigido.

Una premialità esecutiva irragionevole nei presupposti e ineffettiva nella dimensione pratica, risulta oggettivamente servente rispetto alla costruzione di un modello punitivo dove la "certezza" si identifica con la inevitabilità e, soprattutto, la inflessibilità della esecuzione detentiva. Anche sul piano comunicativo, enfatizzare il valore l'ostacolo rispetto alla possibilità del suo superamento è un modo per amplificare la percezione della ineluttabile durezza delle conseguenze, in funzione deterrente.

La partecipazione delle misure premiali a questo disegno non è però semplicemente connotativa - cosa comunque non irrilevante - ma molto concreta. Il restringimento delle corsie premiali - ora percorribili da pochi, lentamente e con difficoltà - che accompagna gli irrigidimenti esecutivi per determinate categorie di condannati produce un mutamento dei *contenuti* punitivi.

La conformazione dei meccanismi, anche di tipo premiale, che consentono o meno l'accesso alla flessibilità esecutiva e alla riduzione del danno da detenzione è, infatti, parte integrante del modello punitivo. Le scelte operate anche su questo piano da legislatore della "spazzacorrotti" sono dunque non solo il riflesso inequivocabile, ma anche l'attuazione di un modello ispirato a obiettivi di massima afflizione, che viene rappresentata e praticata in funzione deterrente.

4. I risultati finora emersi dall'analisi sull'uso che è stato fatto della premialità nella l. 3/2019 trovano conferma, sia pure in una ottica leggermente diversa, se applichiamo la medesima chiave di lettura sin qui utilizzata anche all'altro istituto presente nella l. 3/2019, che si fonda sulla non punibilità, questa volta, però, come esito dell'applicazione di una causa di giustificazione. Il riferimento è, ovviamente, all'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli per i quali è consentito, ai sensi dell'art. dell'art. 9, c. 1 lett. a, della legge 16 marzo 2006, n. 146, come appunto oggi modificato, l'utilizzo di *agenti sotto copertura* per lo svolgimento delle indagini.

Si è ampiamente discusso, e certo si continuerà a farlo, sulle ragioni di opportunità, sui rischi, sulla natura giuridica, sulle implicazioni processuali delle operazioni sotto

copertura; e ciò sia in generale[23], che con riguardo alla specifica declinazione dello strumento nel settore della prevenzione e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione[24], ma - come dovrebbe essere chiaro a questo punto - ad interessare in questa sede non è tanto la disciplina, quanto il suo "sottotesto", se così si può dire.

Le operazioni sotto copertura sono una tecnica di indagine e dunque la impunità assicurata all'agente che opera *under cover* per i fatti posti in essere nei limiti e alle condizioni previste dalla normativa vigente è direttamente strumentale a finalità di tipo investigativo, volte all'acquisizione di elementi di prova.

Si è tuttavia già chiarito – essendo peraltro ovvio - che in una logica di sistema occorre sempre procedere anche ad una verifica di coerenza, o almeno di compatibilità, delle scelte in materia punitiva non solo con i principi ordinamentali che inducono a delimitare rigorosamente l'uso di questo strumento, ma anche con il sottosistema di riferimento e le sue finalità specifiche.

D'altra parte, anche in questo caso la prospettiva funzionale è duplice: il ricorso agli agenti sotto copertura è innanzitutto e prevalentemente una tecnica di indagine, ma la possibilità del ricorso ad essa dovrebbe svolgere anche una funzione secondaria di prevenzione/dissuasione basata sull'aumento del rischio - se così si può dire - circa l'affidabilità dell'interlocutore. In questo senso, la novità legislativa si colloca nella medesima linea di intervento che ha ispirato la introduzione di una disciplina dedicata al c.d. *whistleblowing*, ma non va trascurato il rischio che, come effetto collaterale, si possa produrre un aumento delle precauzioni adottate da parte di corrotti e corruttori, e dunque una maggiore impenetrabilità dei circuiti corruttivi, che, lungi dall'essere disincentivati, diverrebbero solo ancor meno facili da smascherare.

Al pari di quel che si è detto a proposito degli altri istituti qui esaminati, anche per le operazioni sotto copertura ogni considerazione, pur opportuna, riguardo alla tenuta sistematica della introdotta novità, così come all'appropriatezza della formulazione legislativa (caratterizzata invero da alcune vaghezze), risulta superata dalla condivisa previsione della loro impraticabilità.

Se doverosamente contenuta nella cornice disegnata dal legislatore per evitare lo scivolamento verso la ben più problematica figura dell'agente provocatore, l'attività sotto copertura in questo settore, al netto della sua capacità suggestiva, non appare infatti destinata a svolgere alcuna utile funzione.

---

[23] Utili riferimenti per la ricostruzione dei termini e della evoluzione di una discussione che la novità legislativa ha riacceso, li offre G. Amarelli, *Le operazioni sotto copertura*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino 2015, 180 ss.

[24] V. Mongillo, *op. cit*, 252 ss.; P. Ielo, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 5 marzo 2019; B. Fragasso, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca, ivi*, 5 marzo 2019.

Le ragioni della scarsa praticabilità di questo strumento nell'ambito delle indagini relative all'accertamento dei reati contro la pubblica amministrazione sono state sin da subito individuate e mirabilmente compendiate in un'analisi tanto acuta quanto consapevole delle dinamiche reali che caratterizzano la commissione dei reati che appartengono alla costellazione corruttiva o paracorruttiva[25]. La piena condivisione di quell'analisi, non a caso adesivamente richiamata pressoché da tutti i successivi commenti in materia, insieme all'autorevolezza della sua fonte, consentono in questa sede di assumerla come premessa delle brevi osservazioni conclusive che intendiamo svolgere, affidandoci ad una sintesi certamente peggiorativa dell'impeccabile originale.

Se, invero, si prova a inserire la figura dell'agente sotto copertura nelle più ricorrenti dinamiche corruttive, essa «si rivela, o inconsistente, o periclitante»[26], a seconda di quale sia la tipologia alla quale il fenomeno corruttivo considerato appartiene.
L'utilizzo di un agente *under cover* risulterebbe invero privo di possibile funzione pratica («inconsistente») se il suo compito fosse quello di provare ad inserirsi nel contesto "chiuso" che definisce l'ambito (una gara d'appalto, una pubblica fornitura, un concorso, etc.) entro il quale si svolge e al cui interno si genera la corruzione. Penetrare questi contesti richiede, infatti, il superamento di filtri selettivi di affidabilità, fondati all'origine, innanzitutto, sulla reciproca conoscenza (diretta o mediata), e dunque sull'appartenenza a determinate cerchie, quando non ad un vero proprio "sistema". La prospettiva non appare invero essere molto praticabile, sempre che si voglia restare entro i limiti che impediscono di sconfinare nel territorio della "provocazione".

Ed è proprio questo secondo rischio che, invece, si presenta molto concreto in relazione alle ipotesi corruttive meno strutturate, di tipo occasionale, in genere di modeste dimensioni, per quanto diffuse (la definizione di una pratica, la rimozione di un ostacolo burocratico, il piccolo favoritismo, etc.). La tendenziale assenza in questi casi di "filtri di accesso" e, anzi, la necessità funzionale di essere "aperti", per far giungere come per ricevere sollecitazioni, renderebbe dunque più facilmente praticabile l'utilizzo dell'agente sotto copertura come strumento utile a far emergere le pratiche corruttive. Tuttavia, nel descritto contesto, reso magari più diffidente dalla possibilità d'incappare in una "trappola", il soggetto infiltrato si troverebbe in una condizione che rende le sue iniziative costantemente esposte al rischio («periclitante») di tramutarsi in una "istigazione" a commettere il reato, là dove, invece, l'accordo illecito che lui è chiamato a smascherare deve essere, secondo quanto richiede la legge, «già concluso da altri».

[25] T. Padovani, *La spazzacorrotti, cit,* p. 5
[26] *Op. loc. ult. cit.*

Difficile negare la fondatezza empirica di questi rilievi, ai quali peraltro si aggiungono, come accennato, dubbi altrettanto consistenti e puntualmente messi in luce sull'appropriatezza della disciplina[27], che rendono ulteriormente incerto, in questa specifica declinazione, lo statuto applicativo di una figura già per sé problematica. Resta da chiedersi, ancora una volta, se dietro e nonostante la evidente inconcludenza di questo ulteriore strumento aggiunto al variegato arsenale disponibile per il contrasto alla corruzione, non sia possibile leggere in filigrana altri significati che, con paradosso solo apparente, prescindono dalla sua efficacia, ed anzi, in un certo senso, la presuppongono.

Le operazioni sotto copertura, nonostante la loro chiara incongruità se riferite all'accertamento del malaffare politico-amministrativo, sono in realtà in grado di esercitare una forte suggestione. Esse, soprattutto, suggeriscono, come già la riforma dell'art. 4 *bis* Op, che la corruzione può essere collocata sullo stesso piano dei fenomeni criminali più allarmanti e pericolosi (mafia, terrorismo, pedopornografia, etc.). Il ritorno simbolico atteso è molto superiore alla spendibilità pratica dello strumento e ancora una volta questo sembra essere il primo e vero obiettivo realmente perseguito da un legislatore, che usa la punibilità con la stessa disinvoltura con la quale diffonde e promuove un *hashtag* sui *social*[28].

Come si è cercato di dimostrare, tuttavia, una lettura in chiave puramente "negativa", che si limitasse cioè a evidenziare le ragioni della pronosticata ineffettività di certe misure, sarebbe quanto meno parziale. Non vanno invece sottovalutati i potenziali effetti che certe misure, anche se destinate a non essere applicate, sono in grado di produrre sul sistema o almeno sul sotto-sistema al quale appartengono.

In questo caso lo scopo finale sembra essere quello di allestire una sorta di meccanismo di autolegittimazione, per offrire una ulteriore "copertura" alle scelte complessivamente operate nella "spazzacorrotti".

La introdotta possibilità per le agenzie di *law enforcement* di avvalersi di questa particolare modalità di indagine, che si colloca per molti versi al limite del sistema, consente infatti avvalorare l'idea che per un efficace contrasto alla corruzione sia necessario il ricorso a misure non ordinarie, come appunto le operazioni *under cover*.

Non ha evidentemente alcuna importanza se tali misure resteranno inattive, perché l'obiettivo è quello di rafforzare la giustificazione di fondo che regge le scelte

[27] Cfr. in particolare l'attenta analisi di V. Mongillo, *op. cit.*, 252 ss., ricca anche di utilissimi riferimenti alla giurisprudenza sovranazionale sul delicato problema della fondamentale distinzione tra agente *infiltrato* e agente *provocatore*.

[28] Nello sguardo d'insieme dedicato agli istituti della "spazzacorrotti" basati sulla non punibilità, D. Pulitanò (*op. ult. cit.*, 606) sottolinea innanzitutto come essi siano «carichi di significati simbolici» (riprendendo una espressione utilizzata da Manes).

draconiane, anch'esse per molti versi *extra ordinem,* operate sul fronte punitivo e che sono il solo *effetto concreto* della riforma.

5. L'analisi dei tratti essenziali e dei presupposti applicativi degli istituti esaminati conduce a un'ultima e conclusiva notazione, coerente con la torsione deformante alla quale la categoria della non punibilità è stata sottoposta nella l. 3/2019.

Gli strumenti ai quali ci siamo qui riferiti possono essere "pensati" e soprattutto possono operare solo con riferimento alla corruzione come fenomeno concretamente *in atto.* Un potenziale ambito di applicazione per gli istituti esaminati, per quanto abbastanza "immaginario", presuppone comunque che – a seconda dei casi - l'episodio corruttivo si sia già verificato, oppure sia in fase di svolgimento o, addirittura, sia stato giudizialmente già accertato.

La prospettiva preventiva, pur astrattamente compresa tra gli scopi della legge 3/2019, al di là della sua plausibilità, resta sullo sfondo, mentre riprende decisamente vigore quella repressiva. Dopo anni in cui si è insistito, con risultati invero tutti da verificare, sulla necessità di puntare su strategie extra penali per il contrasto alla corruzione, la "spazzacorrotti", che pure contiene misure non penali per la prevenzione e il contrasto al malaffare politico-amministrativo [29], segna, anche culturalmente, una inversione di marcia, resa esplicita e riconoscibile già sul piano semantico.

A questa opera di riorientamento, come si è cercato di dimostrare, partecipano in misura non marginale anche le tre novità legislative qui oggetto di interesse, che si iscrivono, con assoluta coerenza, all'interno del circuito repressivo allestito dalla "spazzacorrotti" e che peraltro presuppongono già attivo.

Sebbene si tratti di istituiti incentrati sulla *non punibilità* e nonostante la presenza di una residuale vocazione preventiva - confinata però nel campo della mera speranza – in realtà ci troviamo di fronte ad attori co-protagonisti nella messa in scena necessaria ad attuare questo mutamento di prospettiva.

Attraverso la lente della "spazzacorrotti" il legislatore osserva dunque il fenomeno corruttivo mentre è in atto oppure lo esplora retrospettivamente, ma lo fa con occhi resi feroci dalla rassegnazione. Accantonate perciò le velleità preventive, le norme penali anti-corruzione si dedicano alla vendetta satisfattoria sui "corrotti", il cui contraltare simbolico è rappresentato dall'esercizio di una molto ipotetica indulgenza per chi si pente e collabora.

[29] Per un efficace quadro riassuntivo, M.C. Ubiali, *Le disposizioni extra-penali della legge c.d. Spazza-corrotti: trasparenza e finanziamento dei partiti politici e norme sulla regolamentazione delle fondazioni,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 21.1.2019.

Persino nella promessa della non punibilità, ascoltando bene, risuona, latente ma distinguibile, il minaccioso assunto repressivo di partenza: «non lasceremo scampo a chi intraprende la strada della corruzione»[30].

LP

[30] Questo lo slogan, trasudante retorica populista, che compariva in una delle *slides* di presentazione della legge 3/2019.

LP