

CONTRASTO ALLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il profilo penale del tema

di Vito D'AMBROSIO

1. L'antefatto. Dopo Tangentopoli e Mani Pulite.

A leggere le cronache nazionali e le informazioni internazionali, sembra che la corruzione nella pubblica amministrazione, e, forse meglio, nella vita pubblica italiana, non sia affatto scemata dall'epoca di Mani Pulite. A distanza di 18 anni dall'arresto di Mario Chiesa l'Italia, nelle classifiche internazionali dei Paesi interessati dalla corruzione, occupa uno degli ultimi posti: nella graduatoria mondiale, infatti, secondo l'organizzazione Transparency International, nel 2007 l'Italia si colloca al 55esimo posto, scendendo di parecchio rispetto all'anno precedente. Sui 163 Paesi presi in esame da 'Transparency', in base a una sorta di pagella che va da 0 a 10, l'Italia ottiene un giudizio di insufficienza piena con il punteggio di 4,9. preceduta da Cile (23esimo), Corea del Sud (40esimo) e Costa Rica (47esimo).

Una prima, sconsolante conclusione è, quindi, che gli strumenti repressivi, compresi quelli più nominalmente dissuasivi, cioè la minaccia di irrogazione di sanzioni penali, non hanno avuto effetto. Quello della corruzione – in senso lato e non tecnico- è perciò uno dei campi nei quali si dimostra la inefficacia di un approccio tradizionalmente sanzionatorio, sia pure al massimo livello, per reprimere o almeno contenere fenomeni dal robusto radicamento (1). Una valida politica di contrasto, perciò, va impostata in maniera molto più articolata, attenta e coordinata anche nel campo del diritto penale.

2. L'ottica del diritto penale.

L'oggetto giuridico. In una trattazione non specialistica, come questa, possiamo condensare la nozione di oggetto giuridico del reato in quella dell'interesse "pubblico", in senso lato, che viene tutelato con la previsione di una sanzione penale (pena) per chi lo leda. L'oggetto giuridico, nozione per un certo periodo ritenuta superata, ha ripreso una posizione centrale nell'ambito del diritto penale, perché serve (soprattutto) a distinguere i reati, secondo varie chiavi di lettura. Una corretta individuazione dell'oggetto giuridico di un reato, quindi, è

necessaria per qualsiasi applicazione del diritto penale, inteso come accertamento di una condotta alla quale segue, in presenza di specifici elementi, l'irrogazione di una pena.

Un reato può avere un solo oggetto giuridico, perché previsto a tutela di un solo interesse, oppure una pluralità di oggetti giuridici, essendo plurimi gli interessi protetti (ed infatti una distinzione dei reati li qualifica uni offensivi o pluri offensivi).

Da tali premesse è facile concludere che una eccessiva estensione della nozione di oggetto giuridico comporta il rischio di una espansione inaccettabile della responsabilità penale, e, al contrario, una specificazione troppo minuziosa può restringere inaccettabilmente l'ambito delle condotte illecite.

2.1 L'oggetto giuridico nei reati contro la pubblica amministrazione. Un esempio per tutti: la dottrina e la giurisprudenza largamente maggioritari ritengono il peculato un tipico reato pluri-offensivo, in quanto diretto alla lesione dell'interesse "patrimoniale" della Pubblica Amministrazione e dell'interesse, costituzionalmente previsto all'articolo 97, al buon andamento della P.A.; su questa linea interpretativa si è ritenuto costituire peculato l'uso del telefono d'ufficio per conversazioni private, e, andando oltre, anche l'utilizzo di materiale della P.A., sostituendolo con altro di valore inferiore. Di recente, però una sentenza della Cassazione non ha ravvisato peculato, ma eventualmente abuso d'ufficio, nella condotta del pubblico ufficiale che ha utilizzato per fini personali il collegamento ad internet del computer d'ufficio, perché, essendo la tariffa utilizzata dalla p.a. forfettaria (c.d. tariffa *flat*) non si è ravvisata una lesione dell'oggetto giuridico del reato, individuato soltanto nell'interesse patrimoniale della Amministrazione (2).

2.1.A) le riforme legislative.

L'abnorme dilatazione dell'intervento giudiziario nell'ambito del funzionamento della P.A. portò ad una modifica nel 1990, con la legge 26 aprile 1990, n. 86, che seguì un doppio binario di intervento, da un lato ripensando la posizione privilegiata della P.A. nei confronti dei cittadini, e dall'altro inserendo elementi di specificazione e limitazione, volti a valorizzare i risvolti patrimoniali dell'oggetto giuridico dei reati, che in tal modo si caratterizzavano meno di prima per l'influenza della condotta dei loro autori sul funzionamento della P.A. e, invece, più di prima per le conseguenze patrimoniali di tale condotta; in sostanza il corretto funzionamento della P.A. continuava ad essere tutelato, ma si tendeva a sanzionare maggiormente quelle condotte che, incidendo sul funzionamento, producessero anche conseguenze patrimoniali indebite, a vantaggio o a danno di privati e/o della stessa P.A.. Così, per fare pochissimi esempi, come esplicitazione del primo tipo di intervento, fu abrogato il delitto di oltraggio (art. 341c.p.) che tanto aveva fatto discutere durante la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, all'epoca dell'autunno caldo e della contestazione studentesca; come caso tipico della seconda linea di intervento, basta il confronto tra il testo dell'articolo 326 c.p. (la rivelazione di segreti d'ufficio) prima e dopo la modifica effettuata dall'art.15 della legge 26 aprile 1990,

n. 86 cit. In seguito, con legge 16 luglio 1997, n. 234, si intervenne nuovamente sulla figura dell'abuso di ufficio, tipizzandone ulteriormente l'ambito ed evidenziando ulteriormente i riflessi patrimoniali della condotta.

Si può quindi ben concludere che, in materia di concussione e corruzione, la montagna dei lavori ha partorito un piccolo topolino: la estensione del reato di concussione anche all'incaricato di pubblico servizio, unica modifica sostanziale introdotta dalla L. 26/4/90, n. 86, attualmente vigente.

tuttavia una importante riforma complessiva della materia vi è stata perché:

- la L. 86/90, precisata dalla L. 181/92, non soltanto ha migliorato le nozioni di p.u. e di incaricato di pubblico servizio, ed ha ridisegnato le altre figure dei reati contro la P.A. con una più corretta tipizzazione delle stesse, ma ha anche creato numerose ipotesi di condotte certamente richiedenti un intervento punitivo;
- la L. 234/97, che ha nuovamente modificato, e in modo sostanziale, il reato di abuso d'ufficio, anche se per molti versi criticabile, avendo reso di difficile applicazione pratica e priva di effettiva efficacia la fattispecie tipica sotto il duplice profilo degli accertamenti probatori e della riduzione della pena, specie nei suoi effetti processuali, tuttavia ha ottenuto il risultato voluto dal legislatore: quello di impedire il sindacato del giudice penale sui poteri discrezionali della P.a.

Ma un'altra, più sostanziale critica va avanzata: nella riforma del 1990, infatti, non si volle trarre alcuna ispirazione dal dibattito che in quegli anni stava scuotendo il mondo della giustizia e della politica, in materia di collaborazione tra inquisiti ed inquirenti (mentre, probabilmente, la stessa « sordità » nel 1997 fu dovuta alla preoccupazione per una possibile ripetizione dei fenomeni di chiamate di correi verificatisi nelle indagini di Mani Pulite). In altri termini, reagendo al fenomeno di una ipertrofia indubbiamente patologica dell'intervento giudiziario- però spesso si scambiavano sintomi e cause- si volle riportare il controllo sul funzionamento della P.A. in ambito fisiologico, ma si evitò, con uno strano, ma non inspiegabile strabismo e ritardo strategico, di ricercare la introduzione di uno strumento che stava dando buona prova, cioè la collaborazione tra inquirenti ed inquisiti (che assai impropriamente fu ascritto a categorie morali, quali il pentitismo, invece che ad un assai più accettabile pragmatismo, ispirato da fenomeni di altri ordinamenti nazionali).

2.1.B) Nuove linee guida in materia. L'imponente proliferazione dei fenomeni corruttivi, che ha spinto anche il governo ad impostare una strategia di intervento specifico (non proprio apprezzabile, per la verità, come si dimostrerà) costringe a riesaminare la strategia di contrasto in ogni ambito, compreso quello del diritto penale.

Partendo da alcuni presupposti spesso dimenticati, va riaffermato che l'intervento penale deve conservare il suo carattere residuale, ma che, nonostante, o forse proprio per questo, deve rivestirsi di qualche carattere di

novità, sia in materia di oggetto giuridico, che di condotta, che di persone e di apparato sanzionatorio. Non, è bene chiarirlo, un diritto penale speciale, però, ma una contestualizzazione necessaria dei riflessi penali di un tema di crescente importanza.

2.2.L'oggetto giuridico nel contesto costituzionale.

Non si può affrontare correttamente nessuna analisi sulla P.A. senza partire dalle prescrizioni e dalle indicazioni dell'art. 97 della Costituzione., che va, se necessario, aggiornato, non trascurato o, peggio, dimenticato. E in tutta la sua articolazione. Così che siano salvaguardati non soltanto il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (che si tratti, poi, di concetti separati o di una endiadi è problema che viene affrontate in altre parti di questo studio e da altre più specifiche capacità), ma anche il principio di organizzazione degli uffici secondo linee di distinzione e attribuzione di competenze, e, non ultimo, il valore del pubblico concorso come via privilegiata e quasi esclusiva di accesso alla pubblica amministrazione. Poste queste premesse, non ogni violazione di quei principi può dar luogo a responsabilità penale, ma certamente quelle più macroscopiche non possono/debbono essere sottratte al vaglio del giudice penale. In altre e più semplici parole: un'amministrazione che funzioni bene, che non dia sospetti di parzialità, nella quale responsabilità e competenze siano chiaramente distribuite e attribuite è un interesse generale, ormai sempre più rilevante nella nostra società complessa.

Altra, più delicata questione è quella del valore da attribuire ad una norma costituzionale molto trascurata, perché ritenuta marginale e quasi pleonastica, cioè l'art.54, con l'imposizione a chi esercita funzioni pubbliche del dovere di svolgerle con disciplina ed onore: in altra parte di questo studio si esaminano gli aspetti pubblicistici del tema, mentre in questa sede ci si può limitare ad accennarvi, per l'eventuale utilità in tema di oggetto giuridico

Se si condividono le premesse poste, la conseguenza ovvia è che l'articolo 97 va contestualizzato, ossia la sua interpretazione non può ignorare le profonde trasformazioni socio-economico-giuridiche che si sono venute stratificando negli ultimi periodi. Per una concretizzazione dell'approccio, vanno riesaminati, per esempio, alcuni istituti cardine nella nostra materia, a cominciare dai criteri di distinzione delle condotte. Probabilmente quando il codice penale fu costruito, la differenza tra corruzione per atto d'ufficio e per atto contrario ai doveri d'ufficio (rispettivamente previste agli articoli 318 e 319) era chiara e sentita come necessaria, anche sotto il profilo sanzionatorio. Ma oggi la conclusione potrebbe (dovrebbe?) essere profondamente diversa.

Dalle cronache più recenti, infatti, emerge con disarmante e ribadita chiarezza che, mentre la corruzione c.d. « propria » (per un atto contrario ai doveri di ufficio) incide, distorcendola, sulla legittimità e regolarità dell'azione della P.A., la corruzione « impropria » (per compiere o per aver compiuto un atto dell'ufficio) sempre più spesso deriva dal (ed approfitta del) mal funzionamento della P.A. Tutte le volte, quindi, che la corruzione si sostanzia in uno scambio di favori, ed il favore del pubblico ufficiale è un atto proprio del suo ufficio, è molto

elevata la probabilità che l'atto si inserisca in un procedimento amministrativo connotato da irregolarità di vario tipo –da un uso scorretto della discrezionalità al prolungamento ingiustificato della procedure- così che, a voler usare un linguaggio impressivo, il corruttore non mira ad ottenere un vantaggio diretto dal corrotto, ma piuttosto cerca di evitare un danno possibile derivante da condotte formalmente non illecite, ma incidenti in misura molto negativa sui suoi diritti. Si ricordino, per esemplificare, i casi, ormai di scuola, e molto frequenti nelle cronache, nei quali la promessa o la dazione di una « utilità » al pubblico ufficiale è diretta ad evitare i riflessi negativi di una prassi ritardatrice degli atti, apparentemente solo irregolare, ma non illecita (questa riflessione ultima dovrebbe portare ad un riesame dell'attenuante dell'articolo 318, comma 2, la c.d. corruzione propria susseguente, che prevede pene molto più miti per il pubblico ufficiale che riceve retribuzione per aver compiuto un atto del suo ufficio) .

Uno degli effetti più negativi di questo fenomeno è che la speditezza dell'azione amministrativa non è fruttuosa per il pubblico ufficiale "infedele" (mentre è uno degli elementi cardine per un corretto funzionamento dell'intera società), e quindi non viene percepita come un valore da difendere o un obiettivo da raggiungere. E, elemento ancora più significativo, non vi è, in genere, interesse a semplificare le procedure inutilmente ed eccessivamente complesse, perché la complessità produce strutturalmente tempi lunghi. Parafrasando un vecchio detto, le procedure complicate possono danneggiare gli avversari, se lasciate immutate, e favorire gli amici, se semplificate o, ancor meglio, accelerate: a ciò si aggiunge che, troppo spesso, la semplificazione o l'accelerazione hanno un costo, che viene addossato a chi è in contatto con la P.A. in una posizione di svantaggio.

La situazione appena descritta, sia pure per rapidi cenni, produce effetti che vanno in direzione esattamente contraria ai principi organizzativi e di funzionamento indicati dall'articolo 97 della Costituzione, e questa conclusione nega in radice la fondatezza della tesi dominante, di un disvalore sempre maggiore della corruzione propria rispetto a quella impropria, e consiglierebbe, in una ricerca disincantata ed utilitaristica della soluzione al problema, di non procedere ad una distinzione aprioristica della corruzione in due categorie strutturalmente differenti, ma di unificare la figura di reato, riservando alla graduazione del trattamento sanzionatorio la eventuale diversa offensività delle condotte illecite (ovviamente questa soluzione viene fortemente avversata da chi teme un eccessivo ampliamento della discrezionalità del giudice in materia di trattamento sanzionatorio; ma questo è ambito molto delicato, sulle cui implicazioni un accenno di approfondimento è articolato subito avanti). O forse addirittura si potrebbe percorrere la via dell'unificazione tra tutte le figure di corruzione, per la unitarietà di oggetto giuridico (articoli 318, 319, 319 ter, 320 c.p.), prevedendo quelle che adesso sono figure autonome di reato come aggravanti dell'ipotesi di base: del resto una linea analoga di intervento unificatore e semplificatore fu seguito per la riforma del 1990 quando, con la nuova stesura dell'art. 323, furono assorbite nella figura dell'abuso di ufficio le vecchie ipotesi di reato del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio. Sulla stessa linea era impostato un disegno di legge, varato dal governo il 12 ottobre 2007, e rimasto senza seguito, che prevedeva la ratifica della

Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione, approvata il 27 gennaio 1999 a Strasburgo. Uno spunto significativo già adesso si potrebbe trarre dalla Convenzione dell'Onu, ratificata dalla legge 3.8.2009, n.116 –sulla quale vedi ampiamente nel paragrafo successivo- che non fa alcuna distinzione tra atti contrari ai doveri e atti secondo i doveri di ufficio (cfr. artt.15 e 16, nei quali si usa, per descrivere la condotta illecita, l'espressione standard "compia o si astenga dal compire un atto, nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali", espressione utilizzata in tutte le convenzioni internazionali). La giustificazione deriva dalla contrarietà ai principi della nostra Costituzione di atti posti in essere con intenti di arricchimento patrimoniale, diretto o indiretto, di chi li compie. Alle stesse conclusioni giunge una recente, ampia ed articolata proposta legislativa in esame al Senato (disegno di legge A.S. n. 2174, prima firmataria Finocchiaro, al quale si farà ancora riferimento), che arriva a scindere anche la figura della concussione, inserendo la concussione per induzione nella fattispecie della corruzione (art.319) e la concussione per costrizione in quella dell'estorsione.

Ci si rende conto che una simile conclusione apre spazi notevoli all'intervento dell'interprete della legge (gli studiosi certamente, ma soprattutto il giudice), però una strada diversa, che tendesse a riportare nella previsione legislativa tutte le possibili ipotesi concrete, presenta l'elevato rischio di un contrasto tra norme, o addirittura di una soluzione finale opposta a quella voluta (basta ricordare il caso recente delle conseguenze assurde, in materia di politica criminale, dell'incrocio di previsioni tra politica delle sanzioni e distribuzione di competenze fra tribunali e corti d'assise, per cui il risultato finale è stata la necessità di un rinnovato intervento del legislatore per evitare la prescrizione o la scadenza dei termini di custodia cautelare per un numero non indifferente di gravi reati). Certamente i problemi diminuirebbero, e non di poco, se la tecnica legislativa, anche prendendo spunto da esempi stranieri, fosse meno approssimativa e insoddisfacente di quella adottata dal legislatore attuale.

2.3.1 modelli stranieri. I principali strumenti internazionali per la lotta alla corruzione sono tre: la convenzione dell'OCSE del 1997 contro la corruzione nelle transazioni economiche internazionali, la convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 contro la corruzione (le convenzioni sono in effetti due, una penale ed una civile, entrambe siglate a Strasburgo) e la convenzione dell'ONU contro la corruzione del 2003. Va infine segnalata l'esistenza del GRECO, gruppo di Stati contro la corruzione, anch'esso risalente al 1999.

Su tutti questi organismi, vedi l'ampia informazione e trattazione nella parte I, par. 1.5, al quale si rinvia per la panoramica generale, mentre in questa sede ci si limita agli aspetti più strettamente penalistici.

Con la legge 3 agosto 2009, n. 116 si è data, finalmente, ratifica ed esecuzione alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, nota come convenzione di Merida, (dal nome della città

messicana nella quale avvenne la firma) firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003. Stando all'articolo 1, " Il Presidente della Repubblica e' autorizzato a ratificare la Convenzione" e, quindi, l'articolo 2 esplicita che " Piena ed intera esecuzione e' data alla Convenzione di cui all'articolo 1".

Ma, dopo aver espresso queste affermazioni, ormai standardizzate negli atti di questo tipo, ci si dimentica di dar loro seguito sostanziale. Infatti le modifiche apportate alla normativa interna sono soltanto quelle espressamente previste dalla legge, e cioè l'aggiunta all'ultimo comma dell'art. 322 bis c.p. sulla applicabilità della disciplina in materia ai reati commessi da membri degli organi e da funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 3 della legge), le integrazioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 sulla responsabilità delle persone giuridiche (art.4), l'introduzione degli artt. 740 bis e ter nel codice di procedura penale in materia di confisca (art. 5). Resta del tutto trascurato il testo stesso della Convenzione, che pure è ricco di elementi che avrebbero dovuto trovare spazio nella nostra legislazione. Per esempio, rimane, come si diceva alla fine del precedente paragrafo, (quasi) assolutamente privo di effetti lo sforzo definitorio della Convenzione, sia in generale (v. l'art. 2, intitolato espressamente "Terminologia", l'articolo 3, nella parte in cui si occupa proprio di quello che definiamo oggetto giuridico, statuendo che : " Ai fini dell'applicazione della presente Convenzione, non e' necessario, salvo disposizione contraria di quest'ultima, che i reati ivi indicati causino un danno od un pregiudizio patrimoniale allo Stato"), , sia sulle singole figure di reato (v. artt. 15-20 per il settore pubblico e artt.21 e 22 per il settore privato). Così che neppure da questa inaspettata circostanza fortunata –perché non era facilmente prevedibile una ratifica della convenzione, dopo 6 anni di sonno- si è riusciti a trarre alcune importanti conseguenze ai fini di un contrasto efficace ai fenomeni di corruzione. Ma, sempre nell'ambito dei riferimenti stranieri, va evidenziata per la sua importanza la Convenzione di Strasburgo, approvata dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999 e non ancora ratificata dall'Italia, con una scelta del tutto incomprensibile, visto che la successiva convenzione di Merida è stata ratificata, sia pure con grave ritardo (4).

3.1 Oggetto giuridico rivisitato. Se l'oggetto giuridico, principale od esclusivo, è in generale, l'imparzialità e il buon funzionamento della P.A., restano fuori dalle previsioni penali tutte, o quasi, le innumerevoli forme societarie, che potremmo chiamare «miste», scelte dalla P.A. per operare nel campo e con gli strumenti del diritto privato. La c.d. privatizzazione ,infatti, ha avuto come conseguenza, tra le altre, quella di sottrarre al controllo della giustizia penale il funzionamento di una serie di persone giuridiche, alcune di notevole peso, che continuano ad utilizzare capitali pubblici, ma sono formalmente governate da norme di diritto privato. Ci si riferisce a società erogatrici di servizi –gli esempi più macroscopici sono quelli delle un tempo Ferrovie dello Stato, adesso diventate Trenitalia, e delle Poste- che

pesano notevolmente sui bilanci dello Stato (talora anche su quello delle Regioni), pur essendo sottoposte a responsabilità e controlli privatistici, e non più pubblicistici. Ma, sullo stesso piano possono essere poste altre società, con bilanci altalenanti - un esempio positivo è quello dell'Eni, uno molto negativo è invece quello dell'Alitalia, per non andare troppo indietro nel tempo con la Gepi - che si fa una certa fatica a ritenere escluse dal novero della P.A., dato che i loro risultati economici pesano sui conti pubblici.

Su questo stesso terreno vanno (andrebbero) esaminati i casi della c.d. società partecipate, sempre più numerose nell'ambito delle autonomie locali - che riuniscono, a volte, i difetti tipici della P.A. e quelli delle società private- i cui organi decisionali, invece di essere chiamati a rispondere su entrambi i piani, spesso sfuggono alle maglie dell'uno e dell'altro tipo di responsabilità. La crescente diffusione del fenomeno ha comportato una prima reazione normativa, di importanza non marginale: nella bozza finale del disegno di legge governativo **“recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”** finalmente approvato all'esame del Senato -A.S.2156- con un incredibile ritardo su un tema che sembrava dover occupare uno dei primissimi posti nell'agenda governativa, nel Capo II **“Disposizioni in materia di controlli sugli enti locali”** l'articolo 7, che contiene le modifiche al T.U. sugli enti locali - D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267 - inserisce nel T.U. un articolo 147 *quater*, intitolato, significativamente *“Controlli sulle società partecipate”*. A prescindere dal merito, sul quale altri proporrà approfondimenti, va rilevato che questo è uno dei pochi punti sicuramente positivi di un testo molto discutibile almeno per gli aspetti penalistici, come si approfondirà più avanti. Il legislatore, infatti, sia pure in un testo, licenziato a scatola chiusa dal Consiglio dei Ministri ed affidata fiduciarmente al lavoro dei tecnici interministeriali (non si finisce di stupirsi davanti alla disinvoltura del legislatore, sia pure per così dire «secondario»), certifica la consistenza di un fenomeno, che ritiene ormai necessario disciplinare esplicitamente.

Gli spunti precedenti, ancora schematici, dimostrano la necessità di una riflessione generale sul fenomeno di queste figure societarie, al fine di predisporre una rete di controlli, volti a contrastare eventuali tentazioni di incanalare a fini illeciti negli strumenti « nuovi » l'attività di quella che era P.A. Fino ad ora, infatti, la giurisprudenza, affrontando la problematica della qualifica dei dipendenti di alcuni di questi enti, in applicazione degli artt. 357 e 358 del codice penale - definizione di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio- ha svolto un'opera meritoria per fissare i reciproci rapporti tra finalità dell'ente e sua natura giuridica; i suoi interventi, però, si sono rivelati assolutamente insufficienti, anche perché la materia pretende un preliminare inquadramento legislativo (si noti, per esempio, che la residua « pubblicità » della natura dell'ente ha spinto la giurisprudenza a qualificare come incaricati di pubblico servizio i suoi dipendenti, con la conseguenza, del tutto irrazionale, dell'applicazione di una pena diminuita a condotte che conservano tutti i

connotati originari di negatività). Né può ritenersi sufficiente il ricorso alle previsioni, in materia di responsabilità delle società, contenute nel D.L.vo 8 giugno 2001, n. 231, che pure ha rappresentato una novità importante ; il decreto, infatti, sanziona condotte criminose poste in essere da dipendenti dell'ente a vantaggio dell'ente stesso, presupponendo che l'ente si ponga come interlocutore della P.A. o del pubblico ufficiale infedele, mentre nelle ipotesi di società di origine pubblica, ma « vestite » privatisticamente, spesso la condotta illecita dei dipendenti o degli organi della società è a danno dell'ente (si pensi, per esempio, al conferimento di incarichi o ad assunzioni « pilotate » come copertura di accordi corruttivi, oppure all'impegno dell'ente in attività palesemente svantaggiose). Lo sforzo di ampliare la responsabilità degli enti anche alle ipotesi appena indicate potrebbe, d'altronde, produrre il risultato positivo di eliminare alcuni aspetti criticabili della previsione originaria del D.L.vo 231 del 2001 (3)(4).

4.I soggetti. Ovviamente difficoltà analoghe si pongono quando si affronti il tema dei soggetti che possono commettere i reati contro la P.A. Il codice penale dedica il capo I del titolo II del libro II (dei delitti) ai “delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”, provvedendo, poi, ad estenderne l'ambito anche alla categoria degli incaricati di pubblico servizio: si tratta, quindi, di una serie di reati c.d. propri, nel senso che possono essere commessi solo da alcuni soggetti e non da tutti. Quando, però, si passa all'individuazione dei soggetti, se ne dà una definizione, agli articoli 357 e 358, che appare sicuramente datata -anche se la normativa è stata modificata dalla legge 26 giugno 1990, n. 86- e che può comportare conseguenze negative.

Assai più utile sarebbe una definizione che ricalcasse quella della convenzione ONU contro la corruzione, la quale, all'art. 2, definisce il pubblico ufficiale nei seguenti termini :

- a) Si intende per "pubblico ufficiale": i) qualsiasi persona la quale detenga un mandato legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di uno Stato Parte, che essa sia stata nominata o eletta, a titolo permanente o temporaneo, che essa sia remunerata o non remunerata, e qualunque sia il suo livello gerarchico;
- ii) qualsiasi persona che eserciti una pubblica funzione, anche per un organismo pubblico od una pubblica impresa, o che fornisca un pubblico servizio, così' come tali termini sono definiti dal diritto interno dello Stato Parte e applicati nel ramo pertinente del diritto di tale Stato;
- iii) ogni altra persona definita quale "pubblico ufficiale" nel diritto interno di uno Stato Parte. Tuttavia, ai fini di alcune misure specifiche previste nel Titolo II della presente Convenzione, si può intendere per "pubblico ufficiale" qualsiasi persona la quale eserciti una pubblica funzione o fornisca un pubblico servizio,

così come tali termini sono definiti dal diritto interno dello Stato Parte e applicati nel ramo pertinente del diritto di tale Stato;”.

Una definizione così strutturata (che ricorre quasi uguale anche nelle altre due convenzioni) farebbe venir meno alcune limitazioni della categoria ormai del tutto ingiustificabili, e aiuterebbe non poco l'interprete sia ad orientarsi nel campo assai scivoloso della responsabilità dei vertici apicali delle funzioni pubbliche, senza dover ricorrere all'istituto del concorso del soggetto estraneo nel delitto commesso dal pubblico ufficiale, sia a risolvere correttamente la problematica relativa ai rapporti tra questi reati e i reati c.d. ministeriali, regolati dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989 n. 1, (4).

Sarebbe quindi preferibile una riformulazione unitaria delle ipotesi degli art. 357 e 358 del codice penale, che unifichi le attuali figure del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio (la distinzione non è più attuale, le amministrazioni operano con strumenti di tipo autoritativo o di tipo consensuale, ma i loro funzionari possono commettere reati nell'uno e nell'altro caso) e sia formulata nei seguenti termini :

«Agli effetti della legge penale sono pubblici funzionari coloro i quali, nominati o eletti, a titolo permanente o temporaneo, remunerati o non remunerati, svolgono direttamente o contribuiscono allo svolgimento di pubbliche funzioni, normative, giurisdizionali, amministrative .

. Allo stesso fine sono pubblici funzionari i titolari di organi di indirizzo e i loro collaboratori, i titolari di incarico di coordinamento generale, i dirigenti e i dipendenti che operano presso gli organi dello Stato, presso le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ovvero presso enti e società di diritto privato controllate da pubbliche amministrazioni e comunque esercenti attività di servizio pubblico o finalizzate all'interesse pubblico»

5. Le condotte. Mentre si cercano vie mirabolanti di contrasto alla corruzione, ci si dimentica di aprire la finestra e guardare fuori di casa.

Sia la Convenzione di diritto penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (1999), infatti, sia la Convenzione dell'ONU prevedono un reato, strettamente collegato a quelli di corruzione, che nel nostro ordinamento non esiste: il c.d. traffico di influenza, che punisce chi, vantando conoscenze nell'amministrazione si propone come intermediario per il sollecito di pratiche in cambio di danaro o di favori per accelerarne l'iter o per ottenerne un vantaggio (art. 18 Convenzione ONU, 12 Convenzione di Strasburgo). La direttiva è stata già recepita da Gran Bretagna, Belgio, Paesi Bassi, Finlandia, Svezia, Norvegia, Portogallo e Grecia, ma non dall'Italia. Eppure l'introduzione di tale fattispecie di reato permetterebbe di adeguare lo schema di incriminazione al nuovo assetto dei rapporti tra pubblico e privato nella gestione di beni e servizi pubblici. Inoltre riconoscerebbe un disvalore meritevole di sanzione penale anche al ruolo dell'intermediario privato, ipotesi assai frequente. Né si può qualificare la condotta in esame come un caso particolare di millantato credito, previsto dall'art. 346 c.p., perché le due ipotesi sono diverse, anche se « confinanti ».

Sulla falsariga delle due convenzioni, nonché di formulazioni di ordinamenti stranieri, si potrebbe, quindi, introdurre una nuova figura di reato, il traffico di influenza, così strutturata:

<< 1. Chiunque promette, offre o consegna ad un pubblico funzionario o a qualsiasi altra persona, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito affinché il pubblico funzionario o la persona abusi della sua influenza reale o supposta con lo scopo di ottenere indebitamente da una autorità o da una amministrazione pubblica, per l'istigatore originario dell'atto o per qualsiasi altra persona, riconoscimenti, impieghi, contratti o ogni altra decisione favorevole è punito...

2. E' punito altresì il pubblico funzionario o qualsiasi altra persona che sollecita o accetta, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito per se stesso o per altra persona affinché il pubblico funzionario o la persona abusi della sua influenza reale o supposta con lo scopo di ottenere indebitamente da una autorità o da una amministrazione pubblica a favore di qualsiasi persona riconoscimenti, impieghi, contratti o ogni altra decisione favorevole.

3. Se le condotte di cui ai commi 1 e 2 sono messe in atto da un pubblico funzionario, la pena è aumentata ...

4. Se le condotte sono messe in atto in relazione all'esercizio di attività giurisdizionali, la pena è aumentata da un terzo alla metà» (Anche il citato disegno A.S. 2174 introduce questa nuova fattispecie criminosa, con dizioni leggermente diverse, anche per la persistente distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio).

Altre ipotesi di carenze normative sono relative alle condotte di corruzione messe in opera in ambito privato . Secondo alcune indicazioni, con il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, che ha modificato l'intero titolo XI del codice civile, relativo alle disposizioni penali in materia di società e di consorzi, si sarebbe prevista una forma di reato analogo alla corruzione nell'art. 2635 del codice civile. Senza prendere posizione sul punto, sarebbe molto meglio, però, e molto più efficace, seguire le indicazioni della Convenzione di Merida, che, agli articoli 21 e 22, definisce espressamente le ipotesi di corruzione (art. 21), e quella di sottrazione di beni nel settore privato (art.22).

Anche per queste fattispecie –CORRUZIONE NEL SETTORE PRIVATO- si potrebbe configurare una previsione normativa, parafrasando le convenzioni internazionali, così articolata :

<< 1. Chiunque promette, offre o concede, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un ente di diritto privato o lavori per tale ente, a qualunque titolo, per la suddetta o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto, arrecando danno all'ente o a terzi, è punito

2. Alla stessa pena è soggetta qualunque persona che, dirigendo un ente di diritto privato o lavorando per tale ente, a qualunque titolo, solleciti od accetti, direttamente o indirettamente, per sé o per altri, un indebito vantaggio al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto, in violazione dei propri doveri, arrecando danno all'ente o a terzi,

3. Alla stessa pena è soggetta altresì qualunque persona che, svolgendo le attività indicate ai commi 1 e 2, sottrae beni, fondi o valori, o comunque ogni altra cosa di valore che sia stata a lei affidata in virtù delle sue funzioni >>. A conclusioni e formulazioni analoghe giunge anche la proposta A.S. 2174, citata, che prevede un articolo 513 *ter* intitolato appunto corruzione nel settore privato.

2. Un diverso quadro sanzionatorio.

2.1 La pena e le sanzioni. L'ambito nel quale è più utile ed opportuno un deciso intervento riformatore è, senza dubbio, quello sanzionatorio.

Senza voler affrontare il problema generale sotteso alle previsioni sanzionatorie della legge penale, rimane ferma la premessa che la desolante limitatezza, nel nostro ordinamento, della categoria delle sanzioni penali ne impedisce l'effetto più efficace, perché rende difficile il compito di chi intende individuare ed applicare la sanzione più adatta, cioè quella con un maggior potere deterrente.

Per restare nel nostro ambito, l'esperienza ha dimostrato che la sanzione penale classica, quella detentiva, non ha avuto alcuna efficacia nel contrastare il fenomeno della corruzione. Le ragioni non sono poche, ma sicuramente se ne possono individuare due, cioè la attenuata effettività della pena e la grande distanza cronologica tra commissione del fatto e irrogazione di pena, che aumenta ancora se ci si riferisce alla esecuzione della sanzione (e tali conclusioni conservano validità anche in presenza di dati, sull'entità delle pene irrogate, quali quelli indicati alla nota 1).

Ecco il motivo per cui la strategia di contrasto adottata dal disegno di legge governativo non offre alcuna speranza concreta di un miglioramento della situazione, in quanto ha scelto come risposta privilegiata nell'ambito della repressione penale quella di un inasprimento delle sanzioni detentive (quasi sempre, però, lasciando intatti i limiti massimi di pena, il che non modifica i termini della prescrizione). Un appropriato e mirato intervento in materia presuppone invece la individuazione degli interessi principali del soggetto responsabile del reato e quindi l'irrogazione di una sanzione che incida soprattutto su quegli interessi. Quelle che seguono, quindi, sono proposte che esulano in parte dai limiti tradizionali in materia di sanzioni penali, ma proprio perché e in quanto si pongono, in genere, come sanzioni diverse da quelle classiche. Del resto, avanzando queste proposte, si prosegue nel cammino già intrapreso – si veda per esempio il panorama sanzionatorio previsto dall'articolo 52 e seguenti D.L.vo 28 agosto 2000, n. 274 in materie affidate alla competenza

penale del giudice di pace- in altri ambiti, ma utilmente applicabili anche in questo specifico.

Una riforma incisiva in materia di apparato sanzionatorio, quindi, si impone come strumento necessario ,forse non solo in questo ambito, anche se a volte è sufficiente una modifica delle misure già previste, per esempio in tema di misure cautelari.

Una riflessione sul tema, prodromica all'avanzamento di proposte di riforma, può quindi tranquillamente ignorare quello che una opinione pubblica disinformata (purtroppo,però, anche un legislatore disattento, miope o emotivamente ispirato sembra voler percorrere sempre quella strada) ritiene il punto centrale, cioè la misura della sanzione, e soffermarsi invece su altri profili, assai più significativi ed efficaci dal punto di vista della dissuasione (il che non toglie valore agli sforzi di chi, aumentando minimi e massimi edittali, tenta almeno di innalzare il limite della prescrizione e di aumentare la percentuale di pene detentive da scontarsi in regime detentivo, secondo l'ispirazione alla base della più volte citata proposta A.S. 2174) .

Prima,però, di proseguire nella trattazione, occorre una premessa, perfino ovvia, ma spesso trascurata, sulla finalità specifica della sanzione. Senza, anche qui, affrontare un tema di notevole complessità, sulla funzione in astratto della pena - stabilita, tra l'altro, in via generale dall'articolo 27 della Costituzione, che comunque attribuisce ad essa una ineliminabile e generale finalità di rieducazione- nella riflessione successiva si tenterà di partire da un altro presupposto, quello di aumentare la forza dissuasiva del trattamento sanzionatorio in generale. Questo profilo, divenuto ormai centrale, non può essere condizionato da approcci tradizionali, pur tenendo presenti, comunque, i limiti posti dagli articoli 25 e 27 della Costituzione.

Se,perciò, si vuole arrivare a costruire un quadro sanzionatorio « efficace », bisogna individuare quali sono gli obiettivi da perseguire, e le spinte da contrastare, tenendo presente che lo scopo principale è quello di recuperare funzionalità, efficienza e legalità nell'azione della P.A.. Per puntare a questo risultato bisogna eliminare i vantaggi della condotta « corruttiva » e neutralizzare gli strumenti usati dai « corruttori » in senso lato, a cominciare da quello fondamentale, cioè la collocazione « interna » all'amministrazione di chi agisce. Quindi, in una sintesi estrema, bisogna trovare, ed usare, sanzioni che, oltre ad esercitare un effetto dissuasivo, recidano o attenuino il legame con la P.A., e, contemporaneamente, annullino gli effetti vantaggiosi (per gli autori dei reati) delle condotte poste in essere.

2.2 Misure cautelari interdittive. La struttura delle moderne legislazioni penali ha unanimemente introdotto il principio di cautela, che può esprimersi come la necessità di attivare misure di difesa sociale a carico di chi si sospetta sia autore di un reato, ma la cui responsabilità non sia stata ancora accertata. La misura prevista dall'art. 289 c.p.p. (modificato con l'aggiunta dell'obbligo di previo interrogatorio dell'indagato dalla legge 16/7/1997, n. 234) è appunto una misura

cautelare, del tipo interdittivo -che cioè vietano l'esercizio di un potere o di una attività- ma presenta alcune incongruenze che ne diminuiscono grandemente l'efficacia. Innanzitutto essa non è applicabile per gli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare, cioè ad esempio, per il sindaco, il presidente della provincia, il presidente della regione, ma lo è per un assessore (art. 289, comma 3, c.p.p.). Inoltre ha un termine massimo di durata, fissato dall'art. 308, comma 2, in due mesi, salvo una rinnovazione per esigenze probatorie, a norma dell'art. 274, lett. a. Sia l'ipotesi di non applicabilità, sia la limitazione di una eventuale rinnovazione alle sole esigenze di tutela della prova, appaiono incomprensibili e ingiustificate. Se, infatti, la commissione del reato è legata al rapporto del reo con la P.A. o di inquadramento funzionale (pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio in senso stretto), o di esercizio di fatto di potere decisionale (per gli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare), è proprio quel rapporto che va prima sospeso, e poi, nei casi di accertata responsabilità, definitivamente interrotto. Ma, durante il periodo delle indagini, non ha alcun senso una sospensione limitata a due mesi, al di fuori di esigenze probatorie, tenuto conto sia dei tempi intollerabili della nostra giustizia, sia della necessità di salvaguardare anche le altre esigenze cautelari previste dall'articolo 274 c.p.p., cioè il pericolo di fuga e quello della reiterazione del reato. Una prima efficace riforma, allora, va effettuata su questo istituto, aumentando la durata della misura in via generale e affidandone la concreta fissazione alla discrezionalità del giudice, nell'ambito di un ragionevole limite massimo, che potrebbe anche restare quello fissato dall'art. 308, comma 1, c.p.p. (il doppio dei termini previsti per la custodia cautelare).

2.3. Le altre sanzioni: da pene accessorie a sanzioni amministrative accessorie.

Se le misure interdittive sono, per definizione, temporanee e provvisorie, perché irrogate prima dell'accertamento della responsabilità, la vera e propria riforma, però, dovrebbe modificare a fondo il sistema, agendo su quella sanzione, l'interdizione dai pubblici uffici -attualmente inclusa tra le pene accessorie- che incide in maniera assai più efficace sul rapporto tra condannato e P.A., privando il condannato, tra l'altro, temporaneamente o in perpetuo, del diritto di elettorato e di eleggibilità, nonché di « ogni pubblico ufficio, di ogni incarico... di pubblico servizio, e della qualità ad essi inerente di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio », come si legge nell'art. 28, comma 1, numero 2 c.p. Per ottenere il massimo di effetto dissuasivo da questa misura, essa va strutturata non più come pena accessoria, ma come vera sanzione autonoma, e quindi svincolata dal limite di pena edittale e collegata, invece, ai parametri della gravità del reato, sia come condotta, che come conseguenze dannose della stessa. Una operazione, insomma, analoga a quella compiuta con l'introduzione, effettuata con l'articolo 224 bis codice della strada, del lavoro di pubblica utilità nel caso di reati colposi commessi con violazione delle norme del codice della strada: anche questa sanzione, inizialmente prevista come condizione per la sospensione della condanna, poi come pena accessoria, è stata infine qualificata come sanzione

amministrativa, analoga alla sospensione della patente di guida, per aumentare sia l'efficacia della misura, sia il numero di strumenti per adattare il complessivo trattamento sanzionatorio al caso concreto. (6) Alla modifica della natura di questa sanzione va accompagnata, però, anche una modifica della durata massima della interdizione temporanea, che va fissata in misura superiore e non di poco a quella attualmente prevista (5 anni), e svincolata dal collegamento con la durata della pena principale -attualmente prevista dall'art. 29 c.p.- mentre quella perpetua può restare ancorata alla commissione di un reato punito con pena edittale elevata.

Se, poi, la sanzione perde il suo carattere di pena accessoria, diventando sanzione amministrativa atipica in conseguenza del reato, resterà applicabile anche nei casi in cui la pena accessoria attualmente non lo è (caso tipico quello di applicazione della pena su richiesta, regolato dall'art.445 c.p.p.) e non verrà sospesa nel caso di sospensione condizionale della pena (cfr., in materia l'elaborazione giurisprudenziale assolutamente pacifica). Tali statuizioni non potranno restare senza conseguenze anche nell'eventuale giudizio disciplinare, che dovrà conservare (o riassumere) il carattere di giudizio « condizionato » dall'esito del giudizio penale (cfr. l'art. 69 del D.L.vo n. 150 del 2009).

Con questa riforma, in conclusione, l'accertamento di responsabilità penale non prelude soltanto all'applicazione di una pena principale, ma anche ad una sanzione che diminuisce grandemente la pericolosità sociale « specifica » del condannato.

Discorso a parte merita la eventuale introduzione di sanzioni atipiche, al di fuori dell'ambito strettamente penalistico, ma fortemente connesse al tipo di reati e di imputati dei quali si discute. Non apparirebbe per nulla né eccessiva, né ingiustificata, per esempio una sanzione di ineleggibilità a cariche elettive per chi sia stato condannato per aver commesso reati contro la P.A. (o almeno i più gravi), in quanto conseguenza di un conflitto di interessi celato e con effetti distorsivi e volto ad impedirne una ulteriore operatività (sul punto e in relazione ad una sanzione che potrebbe apparire ispirata da analoghi intendimenti, introdotta dal disegno di legge governativo, vedi quanto si dirà più avanti).

2.4 Gli interventi sulla misura della pena. Le circostanze Ma anche sulla misura effettiva della pena è possibile effettuare interventi riformatori. Non appare tanto necessario, però, intervenire sui limiti edittali della sanzione, quanto sul regime delle circostanze. In materia di circostanze comuni del reato, infatti, ne sono previste, sia tra quelle aggravanti sia tra le attenuanti, alcune che si applicano solo a determinate categorie di reati (per esempio delitti colposi, delitti contro il patrimonio). In materia di delitti contro la pubblica amministrazione, allora, siano essi commessi da pubblici ufficiali o privati, andrebbero articolate specifiche previsioni di circostanze, sia aggravanti, sia attenuanti. Sembra adottare questa linea il testo del governo, quando, all'art. 12, prevede una circostanza aggravante specifica, introducendo un articolo 335 *ter* c.p., che aumenta le pene per il solo pubblico ufficiale nel caso di atti particolarmente lesivi per la pubblica

amministrazione, o commessi per conseguire erogazioni finanziarie dallo Stato, da altri enti pubblici, o dalle Comunità Europee. Anche se non si comprende la ragione della limitazione dell'aumento di pena ai pubblici ufficiali, cioè ad uno solo degli autori di un reato necessariamente pluripersonale, lo spunto andrebbe raccolto e rafforzato, magari ascrivendo l'aggravante tra quelle ad effetto speciale, con le conseguenze connesse in tema di aumento della pena (sarebbe senz'altro infatti più efficace un aumento maggiore di quello di un terzo previsto dalle aggravanti comuni, e servirebbe, oltretutto, ad innalzare il limite temporale della prescrizione) e di non sottoponibilità di tale nuova aggravante al giudizio di comparazione con le attenuanti.

In tema di circostanze attenuanti, infine, si potrebbe introdurre una speciale che, sulla linea di quella comune del c.d. ravvedimento attivo e del risarcimento del danno, prevista dall'art. 62, n. 6 c.p., diminuisca maggiormente la pena nel caso di collaborazione che rivesta caratteri di particolare importanza, come l'attenuante speciale in materia di traffico di stupefacenti, per la quale, all'art. 73, comma 7, si prevede una robusta riduzione di pena (dalla metà ai due terzi) per chi si adopera per bloccare l'attività delittuosa o collabora con l'autorità di polizia. (analogamente l'A.S. 2174 prevede l'introduzione di circostanze aggravanti ed attenuanti specifiche)

Questa ultima osservazione ci introduce in un tema specifico, che è stato ed è grandemente dibattuto in questa materia, cioè la necessità di interrompere il vincolo di solidarietà tra corrotto e corruttore.

2.5 Una questione irrisolta: la collaborazione. Anche con le riforme del 1990 e del 1997 non si è voluto modificare la dizione dell'art. 321, che punisce il corruttore con la stessa pena del corrotto. Tale costante linea di politica giudiziaria rimane sempre più incomprensibile e del tutto controproducente.

Nei reati di corruzione – in senso lato - ormai lo schema classico di un rapporto a due tra corruttore e corrotto, è ampiamente superato nella realtà attuale, che sempre più spesso ci fa assistere ad accordi plurisoggettivi, relativi ad una pluralità indeterminata di atti della P.A., così che una corruzione antecedente può coesistere con una susseguente e vedere coinvolti più soggetti, in una specie di « filiera di corruzione »; stesso fenomeno si sta producendo in relazione all'utilità, offerta o attribuita al p.u., e le vicende più recenti offrono un ampio panorama della fantasia di corruttori e corrotti nell'individuare le possibili « contro prestazioni » nei confronti del pubblico ufficiale infedele. Data la complessità dei procedimenti amministrativi, la varietà di percorsi procedurali della PA. e, soprattutto, l'entità degli interessi coinvolti, è intuitivo che il legame di omertà tra corrotti sia particolarmente solido. Altrettanto intuitivo, perciò e però, è l'interesse degli inquirenti a raccogliere il maggior numero possibile di elementi della condotta criminosa, sia per l'irrogazione di una pena proporzionale, sia e ancor più per evitare il ripetersi dei fenomeni. La via per raggiungere il risultato desiderato è conosciuta da anni, e fu imboccata con decisione, dopo laceranti discussioni e confronti dialettici, nella strategia di contrasto alla criminalità organizzata, prima di stampo terroristico, e poi di

matrice mafiosa per giungere, infine, alla legge 13 febbraio 2001, n. 45, che ha modificato la normativa originale, cioè il decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82. Alle stesse considerazioni si ispira, come abbiamo visto, l'attenuante speciale in materia di traffico di stupefacenti, per la quale, all'art.73, comma 7, si prevede una robusta riduzione di pena (dalla metà ai due terzi) per chi si adopera per bloccare l'attività delittuosa o collabora con l'autorità di polizia. I principi di queste normative specifiche, nonché di quella generale della circostanza attenuante dell'art. 62, n. 6, che permette una riduzione di pena fino ad un terzo per chi risarcisce il danno o si impegna ad elidene o attenuarne le conseguenze dannose (in verità già attualmente applicabile anche ai reati contro la P.A.) , opportunamente adattati e reciprocamente integrati, dovrebbero poter operare anche per la categoria dei reati in danno della P.A., se si scioglie il nodo della necessaria modifica in generale del trattamento sanzionatorio. La attuale formulazione dell'art.321, infatti, ha un senso e un effetto chiaramente di ostacolo all'attività degli inquirenti, mentre ne avrebbe uno addirittura opposto se accompagnata dalla previsione della applicabilità di sostanziosi benefici in caso di collaborazione., né può avere più lo stesso peso l'argomento di chi era contrario alla modifica, cioè della possibile moltiplicazione di condotte estorsive di contraenti con la P.A. insoddisfatti, i quali potrebbero vendicarsi calunniosamente in danno dei pubblici ufficiali. La lunga esperienza giurisprudenziale in materia di valutazione di collaborazione di soggetti dal robusto curriculum criminale fa ritenere, ormai, abbastanza remota la suddetta possibilità.

Questa, in fondo, fu la ragione che indusse la Procura della Repubblica di Milano a contestare, per i fatti oggetto di indagine, il reato di concussione e non quello di corruzione, come invece scelse di fare la Procura di Roma. In effetti la linea processuale seguita dai p.m. milanesi, condivisa pienamente dai giudici del tribunale, era forse meno corretta tecnicamente, ma si rivelò assai più utile ai fini delle indagini. Infatti i soggetti privati, liberati dal timore di essere coimputati, decisero in larga misura di collaborare con gli inquirenti, fornendo una serie di elementi assai utili per l'accertamento di condotte illecite e degli autori delle stesse, mentre le indagini romane non portarono a risultati apprezzabili, proprio (o anche) per il timore dei soggetti privati di assumere la veste di indagati, a norma dell'art.321 c.p.

2.6 Un intervento successivo:l'annullamento per autotutela.

Sicuramente l'adozione di un provvedimento formalmente corretto della P.A. che però sia viziato da un fine illecito dell'agente, pone il problema, a parte la sanzioni a carico del pubblico ufficiale infedele, del recupero della correttezza amministrativa. Si tratta di un caso classico nel quale la P.A. non ha solo la facoltà, ma il dovere di intervenire in sede di autotutela. Tale comportamento della P.A. è oggetto di specifica previsione nella Convenzione dell'ONU all'articolo 34, nel quale si legge:

“ Tenuto debito conto dei diritti di terzi acquisiti in buona fede, ciascuno Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, prende le misure volte a combattere le conseguenze della corruzione. In tale prospettiva, gli Stati Parte possono considerare la corruzione come un fattore pertinente in un procedimento giudiziario per decidere l'annullamento o la rescissione di un contratto, il ritiro di una concessione o di ogni altro atto giuridico analogo o per prendere ogni misura correttiva.”

Fatto salvo, naturalmente, il diritto al risarcimento del danno a carico del responsabile o dei responsabili (danno da risarcire sia al soggetto danneggiato, sia alla P.A. alla quale va rifuso il danno materiale ed anche quello morale).

3. Gli intrecci con la criminalità organizzata.

3.1 Criminalità organizzata e mala amministrazione. Uno dei più lucrosi campi di attività della criminalità organizzata (non solo italiana, ma soprattutto italiana) è sicuramente quello del cattivo funzionamento della P.A.. Che si tratti di erogazioni illecite –nazionali ed europee- di appalti irregolari, di acquisti pilotati di beni o servizi, di concessioni ed autorizzazioni illegittime, le vicende di questi ultimi anni stanno dimostrando quanto siano corposi gli interessi coinvolti. E certamente la maggior parte di questi interessi sono attribuibili alla criminalità organizzata, che, direttamente o per interposti funzionari pubblici infedeli, in queste « distorsioni » del funzionamento della P.A. riesce ad inserirsi agevolmente, aumentando così ulteriormente gli introiti da investire in altre attività, non necessariamente illecite – tramite il riciclaggio – ma comunque molto redditizie. Nello svolgimento di queste attività, ovviamente, le organizzazioni criminali utilizzano gli strumenti e le modalità tipiche delle loro tradizioni; nello stesso modo, specularmente, l'opera di contrasto va basata sull'utilizzazione della legislazione antimafia, da applicare, previa le necessarie modifiche, anche alle fattispecie di « malamministrazione ».

3.2 La perseguibilità dell'illecito arricchimento. Nell'ampio panorama legislativo in tema di misure di prevenzione patrimoniale, soggetto a continue modifiche, hanno fatto di recente ingresso anche le fattispecie corruttive . Infatti l'articolo 12 *sexies* del D.L. 8.6.1992, n. 306, convertito con legge 7.8.1992, n. 356, prevede la possibilità di confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità, il cui valore sia sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati o alla attività economica in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art.444 c.p.p., anche per i delitti previsti dagli artt.314, 316, 316 *bis* , 316 *ter* , 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 322, 322 *bis*, 325, ipotesi inserite dalla L. 27.12.2006, n. 296. La stessa legge ha esteso anche alle suddette ipotesi di reato , al comma 2 *bis* dello stesso articolo, l'applicazione delle disposizioni degli articoli 2 *novies*, 2 *decies* e 2

undecies della L. 31.5. 1965, n. 575 (devoluzione allo Stato dei beni confiscati e norme per la loro amministrazione), nonché la possibilità di confisca per equivalente.

Da tali previsioni deriva anche l'incriminabilità di chi trasferisca fraudolentemente e fittiziamente denaro, beni od altre utilità « al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali », condotta prevista dall'art. 12 *quinquies* del D.L. n. 306 del 1992, citato e punita con la reclusione da due a sei anni.

Essendo, infine, pacifica l'applicabilità ai delitti corruttivi dell'aggravante prevista dall'art.7 D.L. 13.5.1991, n. 152, conv. con L. 12.7.1991, n. 203, (6), gli stessi, se aggravati a norma del citato articolo 7, dovrebbero ritenersi contemplati dall'art 51, comma 3 *bis* c.p.p., con tutte le conseguenze di legge (ad esempio in tema di intercettazioni, secondo la disciplina ad oggi vigente.).

3.3. Una ipotesi apparentemente minore: la distorsione degli incanti. Data la diversa collocazione nel codice penale , al titolo II del libro secondo, intitolato “dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione” e la minore entità delle sanzioni edittali previste, per tradizione il discorso sulla corruzione, in senso lato, ignora i delitti che incidono, distorcendole, sulle procedure di aggiudicazione concorsuale, la cui regolarità è tutelata proprio dagli articoli 353 e 354 c.p. Un primo accenno di ripensamento sull'importanza di queste previsioni incriminatrici lo si può cogliere nel testo del d.d.l. governativo anticorruzione, che, all'art.11, aggiunge, tra le ipotesi di incandidabilità ad una serie di cariche, elettive e non, anche quella di aver riportato condanna definitiva per il delitto previsto dall'art. 353 c.p., cioè turbata libertà degli incanti. Ma è necessaria una presa di posizione molto più decisa, perché la distorsione dolosa degli esiti dei pubblici incanti, mediante violenza o minaccia, oppure con altri mezzi fraudolenti -compresi doni, promesse o collusioni- è attività, anche questa, tipica della criminalità organizzata. Così che, accanto ad ipotesi per così dire « normali » di reato, se ne possono presentare altre, molto più pericolose, attribuibili ad organizzazioni criminali, assai poco dissuase da pene assai tenuti (reclusione fino a due anni e multa da € 103 a 1.032 per l'ipotesi più grave dell'art.353 e reclusione fino a sei mesi o multa fino ad € 516 per quella più lieve dell'art. 354).

Una politica seria di contrasto ai fenomeni corruttivi, quindi, non può ignorare la necessità di un ripensamento anche su queste ipotesi di reato, con un aggravamento di pene assai maggiore di quella prevista dall'art. 12, comma 1, lett.l) (da sei mesi più multa ad un anno al massimo) , con la prevedibilità di forme aggravate di reato, e con l'inserimento, infine, delle ipotesi aggravate nella categoria dei reati corruttivi veri e propri, anch'essi aggravati.

4.Considerazioni conclusive

4.1 L'intervento governativo. Non è possibile chiudere questa riflessione senza prendere in esame quello che finalmente è diventato il disegno di legge governativo in materia. E più specificamente le previsioni nell'ambito del diritto penale.

4.1.1. La tecnica del rinvio. Prima di procedere all'esame delle singole questioni, però, va evidenziata la tecnica normativa peculiare di questo decreto, che definita una norma, ne condiziona l'applicazione pratica all'emanazione di ulteriori atti della P.A., o dei vertici politico-decisionali della stessa, rinviando così ad un futuro incerto l'entrata in vigore della disciplina apparentemente già adottata e, soprattutto, trasferendo la potestà legislativa effettiva dal legittimo titolare, il Parlamento, al circuito dell'esecutivo. Ci troviamo di fronte, cioè, ad una specie di legge-delega clandestina, perché della legge-delega non ha la struttura e le caratteristiche fondamentali.

Un esempio di questa procedura è data dall'art. 9, che, sotto il titolo inconsueto di "Fallimento politico", al suo comma 1 prevede una delega al Governo ed emanare, entro un anno, un decreto legislativo per disciplinare le ipotesi di incandidabilità del Presidente di una Regione che abbia compiuto gli atti previsti dall'art. 126 della Costituzione (atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge) o causato un grave dissesto delle finanze regionali.

4.1.2. Le pene accessorie. Gli articoli 10 ed 11 del decreto modificano la disciplina per la elezione delle due camere Parlamentari e delle autonomie locali.

Con il primo articolo si prevede che la condanna definitiva ad una pena superiore a due anni di reclusione per una serie di delitti, compresi quelli previsti dagli articoli 314, primo comma, 316, 316 *bis*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320 del codice penale, comporta la ineleggibilità per cinque anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo che intervenga riabilitazione. La perdita delle condizioni di eleggibilità comporta la decadenza dalla carica, dichiarata dalla Camera di appartenenza.

L'articolo 11 disciplina la stessa materia con riferimento alla autonomie locali. Modificando l'art. 58 del T.U. sugli EE.LL. (D.L.vo 18.8.2000, n. 267), che disciplina le ipotesi di incandidabilità, aggiunge, al comma 1, lettera b) (ma forse dovrebbe leggersi lettera a) i delitti di terrorismo, e al comma 1, lettera b) il delitto di turbata libertà degli incanti, come abbiamo già visto.

Le linee di fondo del decreto sono condivisibili, però vanno corrette alcune palesi incongruenze.

Il diverso trattamento tra le due ipotesi, infatti, è immediatamente percepibile e razionalmente inspiegabile.

Non si capisce, infatti, in base a quale valutazione i parlamentari non sono eleggibili, soltanto per cinque anni, e soltanto se condannati per una serie di reati, ma a pene superiori a due anni di reclusione, mentre per gli enti locali viene

comminata la incandidabilità perpetua e, riguardo ad alcune categorie di reati, per il solo fatto di aver riportato condanna definitiva, indipendentemente dalla pena irrogata.

Si ribadisce, comunque, la condivisibilità della scelta di far rifluire anche in ambito di « carriera politica » le conseguenze di condanne per i reati in esame; sarebbe più opportuno, però, eliminare le disuguaglianze tra le due ipotesi ed aggiungere i delitti previsti dagli artt. 353 e 354 all'elenco.

4.1.3. Gli interventi in ambito penale. Gli articoli 12 e 13 del decreto disciplinano gli interventi in ambito più propriamente penale.

L'articolo 12, recante modifiche al codice penale, evidenzia che la strada scelta è quella, oltremodo tradizionale, dell'inasprimento delle pene detentive (a parte la palese incongruenza di innalzare i minimi e operare sui limiti massimi in misura tale lasciare inalterati i termini della prescrizione, notevolmente abbassati dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251), scelta dimostratasi del tutto inefficace alla luce di un'esperienza ormai ventennale. L'introduzione, inoltre, di una aggravante specifica, prevista dall'art. 13 con l'introduzione di un art. 335 *ter*, applicabile al solo pubblico ufficiale « in caso di atti particolarmente lesivi per la pubblica amministrazione » o in presenza di condotte rivolte a far conseguire utilità finanziarie (contributi, finanziamenti, mutui agevolati o erogazioni dello stesso tipo), rimane di problematica applicabilità in un delitto pluripersonale, come si è già detto, e di dubbia utilità, se non inserita, come abbiamo visto, in una complessiva riscrittura della disciplina in materia di circostanze aggravanti e attenuanti.

4.2. Considerazioni poco utili. Parafrasando il titolo di un libro di Luigi Einaudi, si potrebbero concludere queste riflessioni con alcune postille, certo non incoraggianti.

Se davvero si volesse porre rimedio ad un fenomeno così devastante come la corruzione, pubblica e privata, si potrebbe (dovrebbe) mettere in campo una ampia serie di strumenti, e questa opera è ricca di suggerimenti.

Nessuno di questi strumenti, tuttavia, potrà avere speranze di successo per contrastare il fenomeno se non si procederà ad una modifica profonda del comune sentire su questa (e su altre) materia, che incide sui diritti stessi di cittadinanza. E la modifica del comune sentire segue (può seguire) soltanto ad un'opera tenace di impegno e di esempio concreti, impegno ed esempio provenienti dall'alto, da chi dà l'impronta visibile al concreto atteggiamento di una società e di un Paese intero, al di là di differenze anche profonde su questioni particolari. Di questi esempi non sembra di trovare traccia sufficiente nella fase attuale della nostra storia.

Una ultima riflessione, particolarmente amara: se da un lato si proclama un impegno specifico per contrastare i fenomeni di corruzione, sulla spinta di emergenze di cronaca, e dall'altro si predispongono provvedimenti volti a ridurre

spazi e strumenti a chi questi fenomeni dovrebbe contrastare e prevenire -con la previsione di termini di prescrizione assolutamente irreali, la riduzione di operatività di uno strumento fondamentale di accertamento, come le intercettazioni, il depotenziamento dell'attività autonoma di indagine del pubblico ministero, la delegittimazione costante del potere dello Stato particolarmente e specificamente impegnato nell'accertamento e perseguimento di reati - a che cosa si dovrà prestare maggiormente fede, ai proclami o alle attività concrete? E che cosa si può opporre alle indicazioni delle Convenzioni internazionali anti corruzione che, tutte, auspicano un ragionevole periodo di tempo per la prescrizione dei reati di corruzione, sufficiente per la svolgimento di indagini spesso molto complesse?

DECISIONI DA PRENDERE:

A) A livello definitorio

1. *Riunire in una sola previsione tutte le attuali figure di reati « corruttivi », mantenendo le distinzioni vigenti solo ai fini della graduazione della sanzione da irrogare.*
2. *Ridefinire una figura unica di pubblico ufficiale, ispirandosi alle convenzioni internazionali (specie a quella dell'ONU, recepita con legge dall'Italia).*
3. *Prevedere ipotesi di reato analoghe anche per i privati in ambito privato (artt. 21 e 22 convenzione ONU).*
4. *Introdurre il reato di traffico di influenze, ispirandosi all'art. 18 della convenzione dell'Onu*

B) A livello sanzionatorio.

5. *Aumentare i termini massimi di durata della misura cautelare interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico impiego o servizio, portandoli fino al doppio di quelli previsti per la custodia cautelare. (art. 308, comma 1, c.p.p.).*
6. *Previa ridefinizione delle pene accessorie in generale (o almeno dell'interdizione dai pubblici uffici) come sanzioni amministrative, parificarne la disciplina (applicabilità) a quella delle sanzioni già esistenti (sospensione della patente di guida), aumentandone notevolmente i termini di durata, collegati alla gravità della condotta e delle conseguenze, e non più soltanto alla durata della pena principale.*
7. *Prevedere una diversa struttura delle circostanze del reato **a)** collegando un aggravamento di pena superiore a quello standard di un terzo (circostanza ad effetto speciale) alla importanza dell'interesse leso e alla gravità della condotta, nonché, per il pubblico ufficiale, alla qualità rivestita e **b)** concedendo una diminuzione di pena notevole in analogia con la circostanza prevista in materia di stupefacenti (contributo di notevole importanza per la scoperta e l'interruzione delle attività criminose). Applicare una ulteriore*

diminuzione di pena a chi sceglie di collaborare, secondo la disciplina attuale applicata ai collaboratori di giustizia. Mantenere l'attuale formulazione dell'articolo 321 c.p., la cui efficacia sarebbe però condizionata dal regime delle circostanze.

8. *Ampliare l'applicazione della normativa anti mafia (confisca del denaro e dei beni dalla provenienze non giustificata, punibilità del fraudolento trasferimento dei valori, applicabilità dell'aggravante speciale di cui all'art. 7 D.L. n. 152/1991) anche ai delitti in materia di incanti (artt.353 e 354 c.p.), prevedendo contemporaneamente un apprezzabile aumento della pena edittale.*
9. *Prevedere ipotesi di ineleggibilità o di incandidabilità (scelta preferibile) al Parlamento o negli enti locali (o nelle entità ad essi riferibili) nel caso di condanna per i delitti « corruttivi » (compresi quelli degli artt.353 e 354).*
10. *Prevedere un congruo aumento del periodo di prescrizione per questi reati, e la inapplicabilità agli stessi degli eventuali limiti alle intercettazioni telefoniche, informatiche ed ambientali.*

NOTE:

- (1) Peraltro , in base alle condanne definitive, nell'87,6% dei casi sono state irrogate pene fino a due anni di reclusione (condizionalmente sospendibili), nell'8,8 % dei casi pene tra due e tre anni (per le quali sono possibili misure alternative) e solo nel 3,5 % dei casi le pene, superiori a tre anni, erano eseguibili in forma detentiva.
- (2) . sulla questione, con numerosi richiami di dottrina e giurisprudenza, Mario De Bellis *USO ILLECITO DEL COMPUTER IN UFFICIO PER CONNETTERSI AD INTERNET: PECULATO OD ABUSO D'UFFICIO?*, in Cass. pen. 2009, 3, 1009.
- (3) per un esempio, v. *Francesca Chiara Bevilacqua LA NATURA PROBLEMATICA DEL PROFITTO CONFISCABILE NEI CONFRONTI DEGLI ENTI*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 03, 1114, con disamina delle difficoltà applicative dell'istituto.
- (4) Ed infatti il citato disegno di legge A.S.2174 prevede, all'articolo 8, modifiche al decreto legislativo in questione.
- (5) cfr., per il primo profilo, una interessante sentenza della Cassazione *Sez. 6, Sentenza n. 8854 del 20/05/1988 (ma leggasi 1998) Ud. (dep. 30/07/1998) Rv. 211998 Imputato: De Michelis G.* "Ai sensi dell'art. 96 cost. E dell'art. 1 della legge 16 gennaio 1989, n. 1, gli elementi che caratterizzano la categoria dei "reati ministeriali sono la particolare qualificazione giuridica soggettiva dell'autore del reato nel momento in cui questo è commesso e il rapporto di connessione fra la condotta integratrice dell'illecito e le funzioni esercitate dal ministro, rapporto che sussiste tutte le volte in cui l'atto o la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto. Deve, quindi, ritenersi che, non solo siano esclusi dalla categoria in questione quei reati in cui sia ravvisabile un mero rapporto di occasionalità tra la condotta illecita del ministro e l'esercizio delle funzioni, ma anche che non siano richiesti ulteriori requisiti per l'esistenza di tali reati, quali l'abuso delle funzioni o dei poteri o la violazione dei doveri di ufficio. (nella specie è stata ritenuta insussistente la qualificazione di reato ministeriale nella ipotesi di corruzione, commessa dal ministro in concorso con pubblico ufficiale - quale "intraneus" -, in relazione alla aggiudicazione di lavori pubblici stradali, dietro compensi illeciti, al di fuori di qualsiasi titolo ad intervenire da parte del ministro, per la sua specifica funzione, sugli appalti relativi)." Per il secondo problema, ancora fondamentale, una decisione delle Sezioni Unite *Sez. U, Sentenza n. 14 del 20/07/1994 Cc. (dep. 01/08/1994) Rv. 198219 Imputato: De Lorenzo.* "L'espressione "reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni" con la quale, nell'art. 96 della Cost. (come sostituito dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989 n. 1), vengono definiti

i cosiddetti "reati ministeriali" commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai ministri, va intesa (conformemente a come vengono intese analoghe espressioni, caratterizzate dal riferimento all'esercizio delle funzioni, che si rinvergono, ad esempio, negli artt. 316, 341, 362, 476, 478,479, 480, 496, 617 ter cod. pen.), nel senso della riconoscibilità del rapporto di strumentale connessione previsto dal legislatore tutte le volte in cui l'atto o la condotta siano, comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto; ragion per cui sarebbe arbitrario tanto identificare quel rapporto in un nesso di mera occasionalità con l'esercizio delle funzioni, quanto pretendere che esso sia arricchito di ulteriori elementi qualificanti, come l'abuso dei poteri o delle funzioni, ovvero la violazione dei doveri d'ufficio, non richiesti dalla legge ne' suggeriti da una corretta interpretazione. ...L'area dei cosiddetti "reati ministeriali", previsti dall'art. 96 Cost., non è riducibile ai soli "provvedimenti" formali assunti da un ministro nell'ambito della sua competenza, posto che una tale limitazione, oltre a non trovare giustificazione nel contenuto e nelle finalità dell'art. 96 Cost. (il quale si riferisce indifferentemente a tutte le ipotesi di reato previste dall'ordinamento, molte delle quali realizzabili soltanto con atti diversi dalla deliberazione di un provvedimento formale), trascurerebbe un aspetto di decisiva rilevanza, e cioè che la attività funzionale di un ministro, nello ambito del dicastero da lui rappresentato e diretto, non si esaurisce nell'adozione di provvedimenti, ma comprende una serie di interventi che si sviluppano secondo un "iter" procedimentale più o meno complesso, nel quale possono confluire contributi necessari od eventuali di altri organi o di altri uffici della stessa o di una diversa amministrazione."

- (6) v. una panoramica degli atti parlamentari in materia sul sito www.anticorruzione.it
- (7) cfr. *IL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ DI CUI ALL'ART. 224-BIS C. STRAD.* di Domenico Potetti in *Cass. pen. 2010, 1, 293*
- (8) cfr., in particolare, sulla applicabilità dell'aggravante dell'art.7 al reato di corruzione, due sentenze della Cassazione Sez. 6, *Sentenza n. 11008 del 07/02/2001 Ud. (dep. 21/03/2001) Rv. 218783 e Sez. 6, Sentenza n. 1946 del 14/05/1997 Cc. (dep. 24/07/1997) Rv. 208646* sentenze non recenti, ma non contrastate da altre successive.

Vito D'Ambrosio