

**GLI ASPETTI PROCESSUALI DELLA LEGGE C.D. “SPAZZACORROTTI”.
L’ENNESIMO DOPPIO BINARIO**

di Luca Barontini

*(Dottore di ricerca in Diritto Processuale Penale
presso l’Università degli Studi di Genova)*

e

Francesca Vassallo

*(Dottoranda di ricerca in Diritto Processuale Penale
presso l’Università degli Studi di Genova)**

SOMMARIO: 1. Le modifiche alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni: la riservatezza dei “corrotti” retrocessa a quella dei “mafiosi”. – 2. Le modifiche al rito speciale del patteggiamento per i corrotti nell’era della lotta alla premialità. – 3. *Nihil sub sole novi*: l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione quale misura cautelare interdittiva. – 4. Le modifiche in tema di riabilitazione: un doppio binario nel percorso di cancellazione degli effetti penali della condanna. – 5. La c.d. “confisca senza condanna”. – 6. La causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter Cp: rottura dell’omertà o garanzia di impunità? – 7. L’estensione dell’operatività dell’agente sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione. – 8. I delitti contro la pubblica amministrazione e la rieducazione “impossibile”: un ulteriore ampliamento del catalogo di cui all’art. 4-bis Op. Il primo intervento della Corte costituzionale. – 9. Le modifiche nel processo agli enti: la collaborazione dell’ente per mitigare la durata delle misure interdittive e l’adeguamento della durata delle misure cautelari.

1. La l. 9.1.2019 n. 3, approvata il 18.12.2018, recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici» è stata volgarmente rinominata, con termine quantomeno infelice, ma indicativo di una *voluntas legis* in ottica retributiva piuttosto che preventiva¹, “Spazzacorrotti”².

Le norme che si interessano delle intercettazioni di comunicazioni mediante il

* Il presente contributo è frutto di una riflessione comune dei due autori. I §§ 1, 7, 8, 9 sono stati redatti da Luca Barontini e i §§ 2, 3, 4, 5, 6 da Francesca Vassallo.

¹ Parla di «ennesimo esempio di una legislazione penale simbolica e compulsiva, ove sembra prevalere la forza dei proclami», N. Pisani, *Il disegno di legge “spazza corrotti”: solo ombre*, in *CP* 2018, 3589.

² Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 16.1.2019 n. 13 nonostante i significativi dubbi di tenuta costituzionale soprattutto della nuova disciplina della prescrizione, prospettati dal mondo dell’Accademia e dell’Avvocatura. Si veda sul punto *Controriforma della prescrizione: l’appello dell’Accademia e dei Penalisti italiani al Presidente della Repubblica*, in *www.camerepenali.it*, 19.12.2018. Cfr., altresì, Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale Gian Domenico Pisapia, *Sulla proposta di modifica della disciplina della prescrizione*, in *www.studiosiprocessoopenale.it*, 8.11.2018; A. Manna, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *AP* 2018, 1 ss.

captatore informatico si collocano ai co. 3 e 4 lett. a e b dell'art. 1 l. 3/2019³.

La precisa definizione della nozione di tale nuova, ma ormai consolidata, modalità investigativa è stata offerta dalla Corte di cassazione nel suo consesso più autorevole⁴: si tratta di un c.d. *trojan horse*, un programma informatico (*software*) installato in un dispositivo da distanza ed in modo occulto tramite una e-mail, un sms o un aggiornamento composto da due moduli principali: «il primo (*server*) è un programma che "infetta" la macchina bersaglio, il secondo (*client*) è l'applicativo che il *virus* usa per controllare detto dispositivo»⁵.

Prima dell'approvazione del d.lgs. 29.12.2017 n. 216, in attuazione della l. 23.6.2017 n. 103 – c.d. riforma Orlando –, contenente, come noto, al suo interno anche una legge delega per adeguare la normativa alla nuova tecnica investigativa in parola, si era registrata una singolare latitanza del legislatore che, nonostante un, per quanto limitato, (ab)uso nella prassi del *trojan horse*⁶, aveva ommesso ogni intervento sul punto.

Ubi lex tacuit, giurisprudenza dixit. Così, nel silenzio della legge, la Corte di cassazione si trovò a decidere, a pochi mesi di distanza, su due ricorsi che censuravano la possibilità di disporre intercettazioni di comunicazioni tra presenti. In un primo caso⁷, il giudice di legittimità dispose l'annullamento dell'ordinanza del tribunale per il riesame di Catania per aver ritenuto utilizzabili le intercettazioni con il *trojan horse*, in quanto nel decreto autorizzativo non erano indicati con precisione i luoghi ove il captatore potesse essere utilizzato. Nel secondo caso, le Sezioni Unite della Corte di cassazione riconobbero definitivamente l'intercettazione tra presenti per mezzo di captatore informatico – evocativamente ribattezzato "agente intrusore" – quale legittima modalità intercettativa, estendendo alla stessa l'applicabilità del regime di cui all'art. 266 co. 2 Cpp⁸.

³ Sul punto, S. Signorato, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, Torino 2019, 245 ss.

⁴ Cass. S.U. 28.4.2016 n. 26889, in *CP* 2016, 4139 con nota di F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, ha stabilito che «[I]limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti – mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer*, *tablet*, *smartphone*, ecc.) – anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa».

⁵ W. Nocerino, *Le sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, in *CP* 2016, 3565.

⁶ Per un'analisi dello "stato dell'arte" prima della riforma, cfr. M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *DPP* 2015, 1163 ss.; L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, in *CP* 2011, 4509 ss. In giurisprudenza, il primo *leading case* è rappresentato dalla nota sentenza Virruso (Cass. 14.10.2009 n. 16556, in *CEDCass.*, m. 246954), per cui «[è] legittimo il decreto del pubblico ministero di acquisizione in copia, attraverso l'installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel "personal computer" in uso all'imputato e installato presso un ufficio pubblico, qualora il provvedimento abbia riguardato l'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del "personal computer" o che in futuro sarebbero stati memorizzati».

⁷ Cass. 26.5.2015 n. 27100, in *Il Penalista*, 5.2.2016 con nota di L. Giordano, *Intercettazioni per mezzo di captatore informatico tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*.

⁸ Cass. S.U. 28.4.2016 n. 26889, cit.

La l. 3/2019 ha innanzitutto abrogato il co. 2 dell'art. 6 del d.lgs. 216/2017⁹, disposizione che vietava l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi di cui all'art. 614 Cp mediante l'utilizzo del captatore informatico quando non vi fosse motivo di ritenere che in tali luoghi si stesse svolgendo l'attività criminale. Il primo comma del medesimo articolo aveva esteso il regime di applicabilità delle intercettazioni disposte nei tipici casi di doppio binario (art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp, *id est* delitti di stampo mafioso e con finalità di terrorismo) anche ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con una pena non inferiore nel massimo a cinque anni.

Si era, pertanto, creato, prima dell'ultima novella introdotta con la legge c.d. "Spazzacorrotti", una sorta di *tertium genus* per i reati contro la pubblica amministrazione. E quindi: regime ordinario per i reati comuni; regime del c.d. doppio binario per i relativi reati per cui, in ossequio alla normativa emergenziale¹⁰ e in deroga alla disciplina di cui all'art. 266 Cpp, il G.i.p. dispone l'intercettazione in presenza di sufficienti (e non gravi) indizi di reato e qualora l'attività di ascolto sia necessaria (e non indispensabile) per la prosecuzione delle indagini senza limiti "spaziali", nel senso che l'intercettazione tra presenti, anche tramite captatore, può essere disposta senza che vi siano fondati motivi di ritenere che si stia commettendo attività criminale; e, infine, una sorta di *tertium genus* per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con una pena non inferiore nel massimo a cinque anni, per cui era applicabile il regime di cui all'art. 13 d.l. 13.5.1991 n. 152, ma con la specificazione che le intercettazioni tra presenti fossero consentite nei luoghi di cui all'art. 614 Cp solamente qualora vi fossero fondati motivi di ritenere che ivi si stesse perpetrando attività criminale¹¹.

L'abrogazione della disposizione citata, dunque, ha parificato pienamente il regime intercettativo del doppio binario a quello dei reati più gravi contro la pubblica amministrazione. L'unica residua differenza poteva forse consistere nell'impossibilità per il pubblico ministero di procedere, tramite captatore informatico, senza la preventiva autorizzazione del G.i.p., posto che l'art. 267 co. 2-*bis* Cpp non è stato interessato dalla novella. Recentemente, come si avrà modo di precisare, il d.l. 30.12.2019, n. 161, conv. in l. con mod. dalla l. 28.2.2020, n. 7¹², ha modificato tale norma

⁹ Sulle modifiche apportate da tale normativa, G. Varraso, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità" e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino 2018, 139 ss. In generale, *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino 2018.

¹⁰ Art. 13 d.l. 13.5.1991 n. 152 conv., con modif., dalla l. 12.7.1991 n. 203.

¹¹ Parla di "regime intermedio" P. Bronzo, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, cit., 256.

¹² Tra i primi commenti al citato d.l., si segnalano, M. Griffo, *Il trojan e le derive del terzo binario. Dalla riforma Orlando al d.l. n. 161 del 2019, passando per la "spazzacorrotti" e per il decreto sicurezza bis*, in www.sistemapenale.it 2020, 61; G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019, n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, *ivi*, 109; D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della*

restituendo al pubblico ministero la possibilità di disporre d'urgenza l'intercettazione di comunicazione a mezzo *trojan*¹³.

Un primo tentativo di allargare il ricorso all'intercettazione come strumento privilegiato di contrasto a reati di particolare allarme sociale si era registrato con le conclusioni della c.d. Commissione Gratteri¹⁴, in una logica, per vero, diametralmente diversa, sebbene, comunque, deleteria: non già l'allargamento del catalogo di reati per i quali vige un regime differenziato, bensì la trasformazione del regime differenziato in regime ordinario, valevole, quindi, anche per i reati contro la pubblica amministrazione.

Il passaggio decisivo per poter collocare lo statuto delle intercettazioni per i reati contro la pubblica amministrazione nell'ambito del doppio binario è stato, in realtà, compiuto con uno dei criteri direttivi della legge delega contenuta nella c.d. riforma Orlando, laddove alla lettera *d* dell'art. 1 co. 84 si invitava il legislatore delegato a «prevedere la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione». La mancata indicazione di un criterio quantitativo per stabilire quali sarebbero i reati più gravi contro la pubblica amministrazione costituirebbe – quantomeno – un indice di genericità della delega. Difetto, tuttavia, che sembrerebbe essere stato superato dalla scelta del legislatore delegato, che ha mantenuto fermo il limite di anni cinque già indicato nell'art. 266 Cpp¹⁵.

Deve rilevarsi come l'espressione «condizioni per l'impiego» costituisca una sorta di "inedito", posto che non parrebbe trovare «diretto e formale riscontro nella disciplina sul tema», caratterizzandosi come locuzione «particolarmente equivoca»¹⁶. Riteniamo, in tal senso, che da un punto di vista semantico l'espressione avrebbe trovato un riscontro più puntuale se fosse stata riferita non tanto ai presupposti quanto alla durata e all'utilizzo.

Si deve inoltre segnalare che il legislatore è recentemente intervenuto per disciplinare, ancora una volta, la normativa delle intercettazioni tramite *trojan* nell'ambito di un nuovo più ampio disegno di riforma. Ci si riferisce al pocanzi citato

segretezza della comunicazioni, *ivi*, 71. Sulla legge di conversione, D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in www.sistemapenale.it, 2.3.2020.

¹³ Sul punto, G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni*, *cit.*, 147.

¹⁴ Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata (DPCM 30.5.2014), *Relazione ed articolato*, reperibile in www.unitelmasapienza.it. Per un puntuale e critico commento, F. Caprioli, *Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2016, 3981.

¹⁵ Cfr. L. Filippi, *La legge delega sulle intercettazioni*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Padova 2017, 540, per cui appare «eccessiva ed indeterminata la generica categoria dei "più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"» stante il rischio di allargare a dismisura il ricorso al mezzo di ricerca della prova, sicché «la conseguenza evidente è che la disciplina speciale che si vuole introdurre renderà ancora più facile l'impiego delle intercettazioni, per cui il loro numero aumenterà vertiginosamente e diventeremo la Repubblica delle intercettazioni» (*ivi*, 542).

¹⁶ C. Parodi, N. Quaglino, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs 29 dicembre 2017, n. 216)*, Milano 2018, 52.

d.l. 161/2019, conv. in l. dalla l. 7/2020, con il quale lo statuto dello strumento di ricerca della prova in parola per contrastare i delitti più gravi contro la pubblica amministrazione è stato oggetto di ulteriori modificazioni.

In primis, la novità attiene all'ampliamento dei soggetti per i quali è possibile utilizzare l'agente "intrusore" anche agli incaricati di pubblico servizio e non ai soli pubblici ufficiali.

L'ulteriore rilevante modifica, poi, riguarda il superamento della piena parificazione del regime intercettativo tramite *trojan* tra i reati di cui al doppio binario tradizionale e i delitti contro la pubblica amministrazione. Il d.l. 161/2019, infatti, modificando il comma 2-*bis* dell'art. 266 Cpp, si limitava, come pocanzi osservato, all'ampliamento della sfera soggettiva. In sede di conversione, tuttavia, veniva approvato un emendamento¹⁷, per cui, con riguardo all'uso dei *trojan* nei luoghi di cui all'art. 614 Cp, si torna a differenziare tra le due categorie di reati: se si tratta dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp, l'intercettazione tramite captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita; se si tratta dei procedimenti per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione, dovrà darsi conto della «previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale».

Ricapitoliamo. Inizialmente, il d.lgs. 216/2017 estendeva ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione i presupposti applicativi di cui all'art. 13 del d.l. 152/1991, con la precisazione, tuttavia, che, per tali reati, l'intercettazione tra presenti mediante captatore informatico nei luoghi di cui all'art. 614 Cp potesse essere disposta solo quanto vi fosse motivo di ritenere che ivi si stesse svolgendo attività criminosa. Tale norma, che differenziava dunque le due discipline, veniva abrogata con la c.d. legge "Spazzacorrotti", sicché il regime giuridico dell'intercettazione applicabile nei procedimenti per reati contro la pubblica amministrazione appariva perfettamente sovrapponibile a quello applicabile per i reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp. La l. 3/2019, tuttavia, ometteva di estendere la possibilità per il pubblico ministero di disporre l'intercettazione in via d'urgenza. Il d.l. 161/2019 interviene su tale aporia e, soprattutto, allarga l'applicabilità della normativa speciale anche ai procedimenti nei confronti degli incaricati di pubblico servizio. La legge 7/2020, in sede di conversione del d.l. da ultimo citato, torna a differenziare la normativa per quanto concerne l'utilizzo del *trojan* nei luoghi di cui all'art. 614 Cp, per cui, nel caso dei reati dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, occorre indicare le ragioni che giustificano l'utilizzo.

Il pur apprezzabile tentativo di differenziare i presupposti applicativi dell'intercettazione domiciliare tramite *trojan* delle due tipologie di reati non appare

¹⁷ Si tratta dell'emendamento 2.24 a firma dei Senatori Mirabelli, Cirinnà, Valente e Rossomando, con cui, al co. 1 lett. c del d.l. 161/2019, si proponeva di sostituire le parole: «e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4» con le seguenti: «e, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4».

soddisfacente. Per plurime ragioni, infatti, l'eventualità che l'inciso «indicazione delle ragioni» non possa costituire un concreto ostacolo alla violazione della riservatezza all'interno delle mura di un'abitazione privata è tutt'altro che remota.

In primo luogo, si deve rilevare una collocazione incoerente della disposizione. Sfugge, infatti, per quale motivo la modifica sia stata apportata all'art. 266 co. 2-bis Cpp, senza un coordinato intervento altresì sull'art. 267 co. 1 Cpp, cristallizzando nel dato normativo un obbligo di motivazione.

In secondo luogo, si osserva che l'espressione appare eccessivamente vaga, sicché troppo soggetta a discrezionalità interpretativa. Non si comprende, infatti, se le «ragioni» richieste siano da sovrapporre al «fondato motivo» di cui all'art. 266 co. 2 Cpp ovvero richiedano uno standard meno rigoroso: nell'un caso, sfugge il motivo per cui è stata abbandonata una locuzione affidabile; nell'altro, la violazione della riservatezza domiciliare si baserebbe su un mero sospetto.

Orbene, se tale è lo stato dell'arte (una più o meno sfumata sovrapposibilità dei reati contro la pubblica amministrazione ai delitti di criminalità organizzata), l'interprete deve interrogarsi se ricorrano, in concreto, le stesse condizioni che nel 1991, in piena epoca emergenziale, spinsero il legislatore ad abbassare gli standard di tutela della riservatezza degli accusati di reati di grave allarme sociale nell'ottica dell'efficientismo della macchina investigativa e/o repressiva.

Se si considera, però, che per i processi di criminalità organizzata la differenziazione del rito si era resa necessaria, da un lato, per la lampante e drammatica soccombenza dello Stato nei confronti del fenomeno mafioso (dimostrata dall'epoca stragista)¹⁸ e, dall'altro, per la stessa conformazione del fenomeno mafioso, caratterizzato da taluni aspetti, quali struttura complessa, omertà e, di fatto, impermeabilità dall'esterno, occorre valutare se nei reati contro la pubblica amministrazione ricorrano quelle stesse caratteristiche che giustificano un livellamento verso il basso, per quanto rileva in questa parte della trattazione, del diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

È pur vero, in ogni caso, che la tendenza del legislatore, in tempi recenti, è quella di parificare la criminalità organizzata alla criminalità economica contro la pubblica amministrazione, come avviene, ad esempio, in tema di misure di prevenzione¹⁹.

L'ultimo passo, tuttavia, non può essere condiviso. Ricorrere, infatti, all'invasività del captatore informatico anche in assenza del sospetto che nei luoghi di privata dimora si stia svolgendo attività criminale significa varcare una soglia di non ritorno.

Gli interessi da inserire nel giudizio di bilanciamento, infatti, non giustificano un simile sacrificio. Mentre può essere tollerata la totale compressione della riservatezza domiciliare dell'accusato di reati che implicano l'esistenza di una sorta di para-stato che è tale in forza del vincolo di appartenenza ed omertà che lega i sodali, in grado di

¹⁸ P. Borrelli, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VII, t. I, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, Torino 2011, 264.

¹⁹ A. Balsamo, C. Brignone, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra "diritto vivente", innovazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, a cura di V. Fanchiotti, M. Miraglia, Torino 2016, 25; S. Finocchiaro, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche introdotte*, in *DPenCont* 2017, 251.

prevalere sui terzi grazie ad azioni violente, insopportabile, a nostro avviso, è l'invasione della sfera domiciliare del pubblico ufficiale che, a rigore, potrebbe anche essere indagato di un singolo episodio corruttivo e, dunque, non necessariamente inserito in un sodalizio che opera "contro" lo Stato.

2. La tendenza a incanalare il procedimento per i reati contro la pubblica amministrazione su un binario autonomo – così come accade per i procedimenti di criminalità organizzata²⁰ – è resa evidente anche dall'introduzione di disposizioni processuali volte a rendere l'accesso all'applicazione della pena su richiesta delle parti più arduo: prima, con l'introduzione nell'art. 444 Cpp, ad opera della l. 27.5.2015 n. 69, del co.1-ter, che subordina l'ammissibilità della richiesta alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato²¹ e, ora, con l'introduzione, ad opera dell'art. 1 co. 4 lett. e n. 2 della l. 3/2019, del co. 1-ter dell'art. 445 Cpp secondo cui «[c]on la sentenza di applicazione della pena di cui all'articolo 444, comma 2, del presente codice per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis del codice penale, il giudice può applicare le pene accessorie previste dall'articolo 317-bis del codice penale», ossia l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, anche nei casi di cui al co. 1 dell'art. 445 Cpp. Dal canto suo, secondo il nuovo co. 3-bis dell'art. 444 Cpp, introdotto dall'art. 1 co. 4 lett. d della legge citata, l'imputato, «nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia all'esenzione dalle pene accessorie previste dall'articolo 317-bis del codice penale ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene accessorie. In questi casi il giudice, se ritiene di applicare le pene accessorie o ritiene che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa, rigetta la richiesta».

Al fine di meglio comprendere la natura e le implicazioni di questo inedito meccanismo processuale, che – come si è detto – introduce un "doppio binario" per il patteggiamento per reati contro la pubblica amministrazione, occorre brevemente soffermarsi sulle modifiche apportate agli artt. 166 e 317-bis Cp che, inevitabilmente, hanno ricadute sull'istituto in esame. L'art. 166 co. 1 Cp, così come modificato dall'art.

²⁰ V. anche *supra*, § 1. In generale, sul "doppio binario" per i procedimenti di criminalità organizzata, v. A. Bitonti, *Doppio binario*, in *DigDPen*, Agg., III, t. I, Torino 2005, 393 ss.. più di recente, per un inquadramento complessivo del fenomeno con riferimento alla criminalità organizzata, cfr. A. Bargi (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino 2013; volendo, con particolare riguardo alla competenza territoriale, F. Vassallo, *La competenza territoriale in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso*, in *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Profili interni, comparati e sovranazionali*, a cura di V. Fanchiotti, Torino 2018, 1 ss.

²¹ Sul punto G. Domeniconi, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.1.2016, 16 ss.; F. Trapella, *Il patteggiamento nei giudizi per reati corruttivi*, in *PPG* 2016, 125 ss.; F. Vergine, *Il patteggiamento: gli obblighi restitutori depotenziano le finalità deflattive*, in *PPG* 2019, 443 ss.; D. Vigoni, *Patteggiamento e delitti contro la P.A. nella l. 27 maggio 2015, n. 69: gli effetti di chiaroscuro della riforma*, in *www.la legislazione penale.eu*, 11.1.2016. In giurisprudenza si veda Cass. 16.5.2019 n. 27606, in *CEDCass.*, m. 276219; Cass. 22.3.2018 n. 25257, *ivi*, m. 273656; Cass. 25.1.2017 n. 9990, *ivi*, 269645.

1 co. 1 lett. h l. 3/2019, rende possibile una "scissione" degli effetti della sospensione condizionale della pena, potendo questa operare sulla pena principale, dapprima sospendendone l'esecuzione e, al maturare dell'estinzione del reato, rendendola non eseguibile, senza intaccare le pene accessorie: il giudice, per i reati di cui agli artt. 314 co. 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater co. 1, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis Cp, "può" disporre che la sospensione condizionale della pena non estenda i suoi effetti alle pene accessorie previste dal riformato art. 317-bis Cp, ossia l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, pene accessorie perpetue se la condanna è a pena detentiva superiore ai due anni o se non ricorre la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis Cp²².

Trattasi di una "scissione", a nostro parere, irragionevole poiché, stante la *ratio* della sospensione condizionale, quale beneficio special-preventivo che trae origine dalla necessità di adeguare una risposta punitiva statutale alle peculiari esigenze rieducative dei delinquenti c.d. primari condannati per reati di modesta gravità, l'applicazione di misure innegabilmente stigmatizzanti con connotazione fortemente afflittiva, quali le pene accessorie, frustrerebbe questa necessità²³. L'istituto è, altresì, configurabile come un trattamento rieducativo extracarcerario²⁴, adattato in funzione dei prevedibili effetti sulla persona del condannato²⁵, in quanto «la pronuncia della condanna sospesa, congiunta all'incombente minaccia di dar corso all'esecuzione in caso di recidiva, rappresentano una risposta sanzionatoria di per sé sufficiente, sia sul piano retributivo (per l'effetto stigmatizzante della condanna), sia su quello della prevenzione speciale (per la funzione intimidativa esercitata in concreto dal rischio di revoca)»²⁶; inoltre, «prospettando al soggetto la possibilità di evitare quella pena in concreto determinata in virtù del proprio comportamento futuro, si reinveste sulla scommessa della sua possibilità di scegliere e si confida una volta di più sul meccanismo della motivazione mediante intimidazione»²⁷.

Anche a voler ritenere, diversamente, che l'assenza di contenuti concretamente risocializzanti e l'applicazione pressoché automatica, spesso intesa quale «rinuncia generalizzata a punire»²⁸, abbia creato un convincimento diffuso che l'istituto

²² Per un commento sulle modifiche apportate alle pene accessorie si veda, fra gli altri, N. Pistilli, *Le modifiche relative alle pene accessorie e alla riparazione pecuniaria*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 13 ss.

²³ In questi termini A. Martini, *La pena sospesa*, Torino 2001, 264; F. Palazzo, *Commento all'art. 4 l. n. 19/1990*, in *LP 1990*, 64. Così anche F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova 2017, 812 che, tuttavia, rileva come l'estensione della sospensione condizionale alle pene accessorie «ha reso pressoché totale il carattere clemenziale della sospensione condizionale, costituendo la non sospensibilità delle pene accessorie l'ultimo residuo generalpreventivo».

²⁴ F. Palazzo, R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino 2007, 6 e 36.

²⁵ D. Pulitanò, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002, 120.

²⁶ T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, 183.

²⁷ A. Martini, *La pena sospesa*, cit., 125.

²⁸ In questi termini E. Dolcini, *Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?*, in *RIDPP* 1985, 1014; A.L. Vergine, *Sospensione condizionale della pena*, in *DigDPen*, XIII, Torino 1997, 451.

rappresenti una sorta di franchigia sanzionatoria in caso di prima condanna per illeciti non particolarmente gravi²⁹, su cui confidare fin dal momento dell'ideazione criminosa³⁰, e che ciò giustifichi l'opportunità di una maggiore individualizzazione delle pene accessorie, consentendo al giudice di valutare la possibilità di concedere la sospensione condizionale anche della sola pena principale, ovvero di entrambe le sanzioni³¹, l'intervento riformatore operato dal legislatore è censurabile per aver mancato di indicare i parametri normativi cui il giudice dovrà conformare la discrezionalità che gli è riconosciuta nell'applicare o meno la sospensione condizionale anche alle pene accessorie, dovendosi considerare contraddittorio ancorare tale valutazione al concreto pericolo di recidiva di cui all'art. 164 co. 1 Cp, atteso che il riconoscimento della sospensione condizionale della pena principale presuppone una prognosi favorevole di non pericolosità³².

Quanto all'art. 317-bis Cp, il co. 1 lett. m dell'articolo unico ne ha ampliato il campo di applicazione integrando il catalogo dei reati alla cui condanna consegue l'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici nonché, ora, inserendo anche il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione³³. Non solo. Ulteriore profilo di novità attiene all'aggravamento sul piano della durata di tali pene accessorie: qualora la pena inflitta in concreto superi i due anni di reclusione e non ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis Cp³⁴, la sanzione interdittiva e il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione trovano applicazione in perpetuo; se la pena è inferiore a detto limite o ricorre la circostanza attenuante di cui al co. 1 dell'art. 323-bis Cp, la durata delle pene *de quibus* è temporanea per un lasso temporale compreso tra i cinque e i sette anni; infine, quale ultima ipotesi, nel caso in cui ricorra la circostanza attenuante di cui al nuovo co. 2, indipendentemente dal *quantum* di pena inflitta in concreto, la cornice di riferimento è tra uno e cinque anni³⁵. Norma non esente da critiche: presenta profili di frizione con il principio costituzionale di proporzionalità della pena, stante l'applicazione in perpetuo delle pene accessorie conseguente alla condanna alla reclusione sopra i due anni. Non ancora noti al momento dell'approvazione della legge, avvenuta il 18 dicembre 2018, i principi

²⁹ A. di Martino, *Sanzioni sostitutive della pena detentiva*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2011, 336.

³⁰ F. Giunta, *Sospensione condizionale della pena*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, 87; A. Martini, *La pena sospesa*, cit., 123.

³¹ Così già S. Larizza, *Pene accessorie*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, 421.

³² In questi termini anche CSM, *Parere sul disegno di legge AC 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8.1.2019, 17; G. Domeniconi, *op. cit.*, 14 ss.

³³ Trattandosi di norma sostanziale *in peius*, non trova applicazione retroattiva per i reati commessi prima dell'entrata in vigore della l. 3/2019. Così Cass. 12.9.2018 n. 5457, in *CEDCass.*, m. 275029.

³⁴ L'art. 323-bis Cp è stato modificato, con l'introduzione del co. 2, dall'art. 1 co. 1 lett. i n. 1 della l. 27.5.2015 n. 69. Per un commento si veda S. Milone, A.M. Piotta, *Gli interventi della l n. 69/2015 sui delitti contro la P.A. e l'associazione di tipo mafioso: "molto rumore per nulla"?*, in *www.la legislazione penale.eu*, 7.1.2016, 9 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 23.5.2019 n. 30178, in *CEDCass.*, m. 276280; Cass. 9.11.2018 n. 8295, *ivi*, m. 275091; Cass. 5.7.2018 n. 1313, *ivi*, m. 274939.

³⁵ Sul contrasto tra le pene accessorie perpetue e i principi costituzionali si veda A. Manna, *op. cit.*, 5 ss.; N. Pisani, *op. cit.*, 3589 ss.

affermati dalla Consulta, nella sent. 222/2018, che ha ritenuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 216 ult. co. r.d. 16.3.1942 n. 267, presentano inevitabili ricadute anche sul particolare rigore che caratterizza il regime delle pene accessorie perpetue in conseguenza delle modifiche apportate in tema di riabilitazione e di affidamento in prova al servizio sociale³⁶. La Corte, nella motivazione, pur ritenendo ammissibile che le pene accessorie possano avere una durata diversa e maggiore rispetto a quella principale ha, però, evidenziato come «essenziale a garantire la compatibilità delle pene accessorie di natura interdittiva con il volto costituzionale della sanzione penale è, infatti, che esse non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di rieducazione del reo imposto dall'art. 27 Costituzione», e ha ritenuto, partendo da questo presupposto, che l'illegittimità delle pene accessorie sia da rinvenirsi «nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale che precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato è suscettibile di tradursi nell'inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve»³⁷. La novella in tema di pene accessorie, ma non solo, non sembra essere pertanto in linea con la funzione rieducativa della pena e con la necessità di un trattamento punitivo individualizzato e dunque proporzionato alla situazione del singolo.

³⁶ Sulla riabilitazione v. *infra*, § 4. Per quanto concerne l'affidamento in prova al servizio sociale l'art. 1 co. 7 l. 3/2019, modificando l'art. 47 co. 12, primo periodo della l. 26.7.1975 n. 354 ha previsto che l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale non estingue le pene accessorie perpetue. Sull'affidamento in prova al servizio sociale, i suoi meccanismi e le sue problematiche, si vedano *Manuale della esecuzione penitenziaria*⁷, a cura di P. Corso, Milano 2019, 264 ss.; E. Fassone, *Probation e affidamento in prova*, in *ED*, XXV, Milano 1986, 783 ss.; A. Presutti, F. Siracusano, sub art. 47 Op, in *Ordinamento penitenziario commentato*⁶, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova 2019, 599 ss. Lo definisce quale «forma di *probation* in fase di esecuzione» che ha agevolato l'introduzione della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato adulto, M. Miraglia, *Un processo penale diverso. Analisi e prospettive della messa alla prova*, Torino 2018, 11. Sull'impossibilità della concessione dei benefici penitenziari – tra cui l'affidamento in prova al servizio sociale – salva la collaborazione positiva con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter Op e dell'art. 323-bis Cp e salva la ricorrenza delle ipotesi di collaborazione «inesigibile» di cui all'art. 4-bis co. 1-bis Op, nonché, più in generale, sull'estensione dell'art. 4-bis Op ai delitti contro la pubblica amministrazione si veda *infra*, § 8.

³⁷ C. cost. sent. 5.12.2018 n. 222, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10.12.2018 con nota di A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*. Si veda anche, per un commento alla sentenza, P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte Costituzionale*, in *DPP* 2019, 216 ss. in cui l'A., che già da tempo metteva in discussione il ricorso all'art. 37 Cp per determinare la durata della pena accessoria (Id., *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano 1984, 54 ss.; *contra*, S. Larizza, *Le pene accessorie*, Padova 1986, 98 ss.), dando atto del contrasto giurisprudenziale sorto circa i criteri di determinazione della durata della pena accessoria e rilevando come la V sezione della Corte di cassazione abbia rimesso la questione alle Sezioni Unite (Cass. ord. 14.12.2018 n. 56458, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.1.2019 con nota di A. Galluccio, *Pene accessorie della bancarotta fraudolenta e applicazione dell'art. 133 c.p.: la palla passa alle Sezioni Unite, dopo l'intervento della Consulta*), auspicava l'accoglimento del ricorso ai parametri di cui all'art. 133 Cp, ritenendo l'applicabilità dell'art. 37 Cp una «soluzione palesemente incostituzionale». Le Sezioni Unite hanno avallato questo orientamento ritenendo che «[l]e pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.» (Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28910, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.7.2019 con nota di S. Finocchiaro, *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*).

Ciò premesso, nei procedimenti per i reati contro la pubblica amministrazione tassativamente elencati nell'art. 445 co. 1-ter Cpp, il giudice del patteggiamento può applicare le pene accessorie di cui all'art. 317-bis Cp anche nei casi di cui all'art. 445 co. 1 Cpp, ovvero quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, stante il rinvio che lo stesso co. 1 opera al co. 1-ter. Si tratta di una eccezione alla eccezione di cui al primo periodo del co. 1, secondo cui «la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta [...] l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza». Inoltre, data la sua collocazione sistematica, il co. 1-ter dell'art. 445 Cpp sembra riferirsi al patteggiamento *tout court*, derogando così alla regola di ordine generale di cui all'art. 20 Cp, in base alla quale le pene accessorie «conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali della stessa» e, dunque, nei casi di patteggiamento c.d. "allargato" trovano applicazione le pene accessorie obbligatorie³⁸, residuando una discrezionalità del giudice nell'applicazione delle stesse quando siano facoltative³⁹. Se il legislatore avesse voluto limitare la discrezionalità del giudice per il solo patteggiamento a pena sotto i due anni avrebbe potuto modificare il co. 1 dell'art. 445 Cpp senza alcuna necessità di interpolare nel tessuto dell'articolo il co. 1-ter.

Ci si chiede, quindi, se tale deroga abbia una sua *ratio*. Affermare che vi sia discrezionalità del giudice anche in questo caso parrebbe una contraddizione interna: da un lato si vuole punire di più estendendo la possibilità di applicazione delle pene accessorie anche al patteggiamento "tradizionale", dall'altro si prevede la possibilità di non applicarle a quello "allargato"⁴⁰, sede in cui queste pene sono sempre conseguite

³⁸ Sull'applicazione delle pene accessorie obbligatorie si veda, in giurisprudenza, Cass. 21.1.2016 n. 3253, in *CEDCass.*, m. 266501; Cass. 24.6.2015 n. 38713, *ivi*, m. 264801 secondo cui «[l]a Corte di cassazione può porre rimedio all'omessa applicazione di una pena accessoria, obbligatoria e predeterminata "ex lege" in specie e durata, con la procedura di correzione prevista dall'art. 619 cod. proc. pen.», contrariamente a Cass. 24.1.2013 n. 20108, *ivi*, m. 256224 per la quale «[d]eve essere annullata senza rinvio la sentenza di patteggiamento ad una pena superiore a due anni di reclusione in cui sia omessa la condanna al pagamento delle spese processuali e l'applicazione della pena accessoria obbligatoria per legge della interdizione dai pubblici uffici per anni cinque»; Cass. 6.2.2013 n. 8723, *ivi*, m. 254689; Cass. 14.5.2008 n. 23134, *ivi*, m. 240304; Cass. 31.1.2007 n. 9007, *ivi*, m. 235988. Secondo Cass. 28.4.2016 n. 21146, *ivi*, m. 267073 «[è] manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 445 cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. laddove impone l'applicazione delle pene accessorie quando la pena irrogata è superiore ai due anni, atteso che, quanto al richiamo all'art. 3 Cost., rientra nella discrezionalità del legislatore tener conto dell'entità della pena applicata, indice di maggior gravità del fatto, soprattutto in considerazione dell'ampliamento del limite entro cui è consentito patteggiare, e, con riferimento all'art. 24 Cost., l'imputato, formulando la richiesta di patteggiamento o aderendo alla stessa, è in condizione di prevedere l'applicazione della pena accessoria».

³⁹ Così Cass. 14.12.2011 n. 10857, in *CEDCass.*, m. 251897 secondo cui «[i]n tema di cosiddetto "patteggiamento allargato", allorché sia applicata una pena detentiva superiore ai due anni, congiunta o meno a pena pecuniaria, è consentita, nei congrui casi, l'applicazione di pene accessorie e misure di sicurezza, quand'anche non automatiche e rimesse alla valutazione discrezionale del giudice, ferma restando la necessità, ove occorra, di accertare la sussistenza in concreto della pericolosità sociale dell'imputato»; conformi, Cass. 9.7.2007 n. 31563, *ivi*, m. 244557; Cass. 21.2.2007 n. 10857, *ivi*, m. 235989.

⁴⁰ Sulla "paradossale" introduzione di una «normativa di maggior favore della precedente» per i casi di "patteggiamento allargato" si veda E. Marzaduri, *Disciplina delle pene accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti nella l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in www.la legislazione penale.eu, 17.9.2019, 4-5; Id., *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*; v. anche L.

ope legis alla sentenza. Pare non si tratti di una svista, bensì di un risultato consapevolmente voluto dal legislatore – come emerge dalla lettura dei lavori preparatori⁴¹ –, che però ha mancato di esplicitarne le ragioni; ragioni che, anche volendo interrogarsi sulle stesse, sono difficili da rinvenire: si vuole punire di più, ma dove già ciò avveniva si lascia al giudice la discrezionalità di punire, eventualmente, meno.

Proprio questa discrezionalità, pur nella contraddizione che pervade la legge in commento, potrebbe anche essere vista con favore: almeno per quanto riguarda il patteggiamento c.d. "allargato" vi è una maggiore premialità, anche se solo eventuale. Tuttavia, il legislatore non si è preoccupato di ancorare questa discrezionalità del giudice, nell'applicazione delle pene accessorie, a parametri normativi⁴²: forse è da intendersi sottinteso un riferimento all'art. 133 Cp⁴³.

A fronte di questo potere, alla parte è offerta la possibilità di subordinare la richiesta di applicazione della pena all'esenzione da quelle accessorie previste dall'art. 317-bis Cp ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene.

Per quanto concerne il co. 3-bis dell'art. 444 Cpp, la sua collocazione sistematica induce a pensare che sia riferibile al patteggiamento *tout court* e quindi ammetta la possibilità di raggiungere un "accordo" in tema di pene accessorie nel caso di patteggiamento "allargato"⁴⁴.

Ludovici, *Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge "spazzacorrotti"*, in *DPP* 2019, 769. Per un commento alla disciplina del patteggiamento si veda, tra gli altri, F. Zacchè, *Novità in tema di patteggiamento*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 283 ss.

⁴¹ Ciò che emerge dalla *Relazione di accompagnamento al disegno di legge 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, in *www.camera.it*, 10-11, è la volontà del legislatore di "rompere" «rispetto al sistema, che non conosce, al momento, ipotesi di scissione tra il regime della pena principale e quello della pena accessoria nel caso di sospensione condizionale e di pena "patteggiata"», ritenendo che «[l]a proposta di modifica normativa restituisce alla discrezionalità del giudice la valutazione circa l'applicazione delle sanzioni accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione nel caso di applicazione concordata della pena o di riconoscimento della sua sospensione condizionale, eliminando gli automatismi attualmente previsti nel caso di condanna o applicazione della pena per alcuni più gravi reati contro la pubblica amministrazione». Tuttavia non esprime con chiarezza le ragioni di questa scelta riguardo al patteggiamento "allargato", ma solo rispetto al patteggiamento "tradizionale" ritenendo che l'introduzione di «un automatismo opposto a quello attualmente vigente – che comportasse un'applicazione obbligata delle pene accessorie anche in caso di "patteggiamento" contenuto nei due anni di reclusione – produrrebbe, in concreto, un effetto ulteriormente disincentivante rispetto a tale rito speciale» e, quindi, per evitare ciò, «si è scelto di rimettere alla valutazione discrezionale del giudice l'applicazione delle sanzioni accessorie, nel caso di irrogazione di una pena che non superi i due anni di reclusione, soli o congiunti alla pena pecuniaria».

⁴² Sulla totale assenza di parametri normativi A. Camon, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*; E. Marzaduri, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*; A. Scalfati, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*.

⁴³ È di questo avviso A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *AP* 3/2018, 10; così anche E. Marzaduri, *Disciplina delle pene accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 6 che sottolinea come «alla luce del diverso finalismo sanzionatorio proprio delle pene principali e delle pene accessorie, si profila comunque per il giudice un onere motivazionale non indifferente». Sulle differenti finalità delle pene accessorie e principali si veda Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28910, cit.

⁴⁴ Rileva come non sia consentito «all'interprete di estendere la logica negoziale alla determinazione della durata di tali sanzioni» accessorie, ovviamente non perpetue, E. Marzaduri, *Disciplina delle pene accessorie ed*

Si tratta di profonde novità perché si consente l'ingresso della pattuizione altresì sulla pena secondaria. Tuttavia, nonostante questa interlocuzione lasciata all'imputato per bilanciare la possibilità di applicazione delle pene accessorie da parte del giudice, il rischio insito in tale nuovo contesto è quello che l'imputato non consideri "appetibile" il ricorso all'istituto. In altri termini, appare che il legislatore, preoccupato di individuare fonti di contrasto a taluni reati che offendono la pubblica amministrazione, abbia mancato di coordinarsi con la *ratio* deflattiva sottesa al rito, con la conseguenza che proprio laddove vi è un'alta esigenza di definizione celere del procedimento, si preferisca accedere al rito ordinario, con aggravio dei tempi del processo. Ciò che emerge è un disegno nebuloso e incerto del legislatore che, da un lato, si propone di ridurre i tempi dei procedimenti, ma, dall'altro, incide negativamente sugli istituti deflattivi riducendone la premialità – come nel caso del patteggiamento – ovvero modificandone i presupposti oggettivi di applicazione – come nel caso della riforma del giudizio abbreviato⁴⁵. Certamente, l'intento è quello di assicurare una risposta sanzionatoria più severa a fatti che il legislatore ritiene di particolare allarme sociale, quali i fatti corruttivi e i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, a cui, per effetto della premialità conseguente al rito, il sistema non poteva assicurare che le pene inflitte fossero adeguate al concreto disvalore dei reati. Tuttavia, manca di riflettere sulle conseguenze in termini di costi e di aggravio del carico di lavoro dei tribunali e delle corti di assise, di primo e secondo grado, competenti a giudicare un maggior numero di procedimenti.

Si osservi che non è stata apportata alcuna modifica al co. 2 dell'art. 445 Cpp: pertanto, anche in caso di applicazione temporanea delle pene accessorie di cui all'art. 317-bis Cp, queste saranno dichiarate estinte insieme al reato, qualora sia stata irrogata una pena non superiore ai due anni di reclusione soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni l'imputato non commette un delitto della stessa indole. Diverso per il patteggiamento "allargato", nel qual caso la pena accessoria perpetua sarà estinta solo a seguito di riabilitazione, nei termini di cui al co. 7 dell'art. 179 Cp⁴⁶.

Si dovrà, pertanto, verificare sul piano prasseologico quale sarà l'impatto di questo meccanismo. L'imputato, soprattutto per quanto concerne il patteggiamento a pena superiore ai due anni, non sarà predisposto a non condizionarlo all'esenzione dalla pena accessoria, stante le implicazioni di cui si è detto, e, pertanto, determinante sarà

applicazione della pena su richiesta delle parti, cit., 6-7.

⁴⁵ Il riferimento è qui alla l. 12.4.2019 n. 33, *Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo*, il cui art. 1 lett. a, costituente il fulcro della novella, ha introdotto all'art. 438 Cpp il co. 1-bis secondo cui «non è ammesso il giudizio abbreviato per i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo». Per un commento alla proposta di legge si veda A. De Caro, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *DPP* 2018, 1627 e ss. Si veda anche, sul tema, F. Giunchedi, *De profundis per i procedimenti speciali*, in www.archiviopenale.it, 10.5.2019; S. Preziosi, *Ergastolo e paradigma punitivo nel fuoco del giudizio abbreviato: linee di intersezione fra diritto e processo penale*, in *DPP* 2020, 245 ss.; M. Siragusa, *L'abbreviato che verrà*, in *Il Penalista*, 15.4.2019; G. Spangher, *Come cambia il giudizio abbreviato: conseguenze dell'inapplicabilità del rito speciale ai delitti puniti con l'ergastolo*, *ivi*, 8.4.2019; A. Trinci, *La preclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo. Considerazioni sulla l. 33/2019*, *ivi*, 20.5.2019.

⁴⁶ Si veda *infra*, § 4.

la volontà del giudice: da un lato, a fini deflattivi e nell'ottica di "punire meno ma prima", il giudice tenderà ad accogliere la richiesta di patteggiamento in ogni caso, senza applicare pene accessorie o estendendo la sospensione condizionale anche a queste, oppure, per altro verso, sceglierà di non accettare più patteggiamenti per questi reati, se condizionati, e quindi punire di più, ma punire dopo⁴⁷.

Infine, problemi di applicazione *ratione temporis* della legge involgono anche questo nuovo meccanismo processuale⁴⁸. Ci si deve, dunque, interrogare sulla natura delle nuove disposizioni in materia di patteggiamento. Se può ritenersi pacifico che l'art. 444 co. 3-*bis* Cpp è norma procedimentale e, pertanto, vige il principio *tempus regit actum*, lo stesso non può affermarsi per i co. 1 e 1-*ter* dell'art. 445 Cpp. Riteniamo si tratti di norme processuali ad effetti sostanziali, incidendo sull'*an* della pena, le quali ricadono nel campo di applicazione dell'art. 25 Cost., dell'art. 2 Cp e dell'art. 7 § 1 Cedu e, quindi, il giudice sarà certamente tenuto ad applicare l'art. 445 co. 1-*ter* Cpp anche nei patteggiamenti a pena concordata superiore ai due anni richiesti prima dell'entrata in vigore della legge, ciò in quanto, proprio con riferimento al patteggiamento "allargato", la disposizione de *qua* è più favorevole al reo.

Quanto al patteggiamento "tradizionale" si reputa non applicabile il co. 1, che richiama il co. 1-*ter*, alle richieste presentate prima dell'entrata in vigore della legge: ciò perché solo lo iato tra la scelta processuale operata e la – successiva e sfavorevole – disciplina sanzionatoria applicata è in grado di vanificare il legittimo affidamento riposto dall'interessato nello svolgimento del rito secondo le regole previste, violando in tal modo l'art. 6 Cedu, e di precludere la generale retroattività/ultrattività *in mitius* della legge penale, violando l'art. 7 Cedu⁴⁹.

Dubbi potrebbero porsi con riferimento alle richieste presentate successivamente. Tuttavia, a esse dovrebbe applicarsi la nuova disciplina: ciò in quanto il trattamento sanzionatorio "di partenza", cui riferire la stessa applicazione del principio di cui all'art. 2 co. 4 Cp, non può che essere quello in vigore al momento della richiesta del rito, «che

⁴⁷ Così anche A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., 11, che ha sollevato tali preoccupazioni già in sede di audizione (Id., *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*) e A. Scalfati, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*, secondo cui questa previsione «eliminerà, con riferimento a questi reati contro la Pubblica Amministrazione, la possibilità di scelta difensiva di adottare il patteggiamento».

⁴⁸ Si veda *infra*, § 8.

⁴⁹ Seppur con riferimento al giudizio abbreviato, Cass. S.U. 19.4.2012 n. 34233, in *GI* 2013, 1385 ss. con nota di C. Cravetto, *Osservazioni in tema di successione delle norme sul giudizio abbreviato recanti la previsione della pena*, ha esaurientemente precisato che l'individuazione della disposizione che prevede la pena più mite non può essere ancorata al mero dato formale delle diverse leggi succedutesi tra la data di commissione dei reati e la pronuncia della sentenza definitiva, ma presuppone la coordinazione di tale dato, di per sé neutro, con le modalità e i tempi di accesso al rito speciale, da cui direttamente deriva, in base alla legge vigente, il trattamento sanzionatorio da applicare. In altri termini, come ricordano le Sezioni unite, «l'individuazione della pena sostitutiva da applicare, in sede di giudizio abbreviato, per i reati puniti in astratto con l'ergastolo, senza o con isolamento diurno, è, per così dire, condizionata al verificarsi di una fattispecie complessa, integrata dalla commissione di tale tipo di reati e dalla richiesta di accesso al rito speciale da parte dell'interessato, elementi questi che, in quanto inscindibilmente connessi tra loro, devono concorrere entrambi», perché possa porsi un problema di successione di leggi penali nel tempo e trovare così applicazione, in caso di condanna, la comminatoria punitiva prevista dalla legge più favorevole tra quelle di seguito in vigore.

viene in definitiva a cristallizzare, in relazione al reato o ai reati per i quali si procede, il trattamento sanzionatorio» anzidetto⁵⁰.

Occorre, tuttavia, ricordare che, data l'irretroattività dell'art. 317-bis Cp, in quanto norma sostanziale *in peius*, sia nel caso di patteggiamento "allargato" richiesto prima dell'entrata in vigore della l. 3/2019, sia nel caso di patteggiamento *tout court* richiesto dopo, nell'eventuale applicazione di pene accessorie il giudice dovrà fare riferimento a quelle previste dalla "vecchia" formulazione dell'articolo.

Rimane da chiedersi, stante la natura sostanziale della norma, quale sia la sorte delle sentenze di patteggiamento a pena superiore ai due anni passate in giudicato, alle quali la pena accessoria sia conseguita *ope legis*. La pena accessoria applicata nel patteggiamento allargato può ritenersi ora "pena illegale" e, conseguentemente, il giudice dell'esecuzione dovrebbe poter "superare" il giudicato e rideterminare la pena, *rectius* decidere se applicarla o meno? Pur non trattandosi, in questo caso, di una abrogazione o di una declaratoria di incostituzionalità della norma, si potrebbe ritenere che questa nuova previsione, che certamente prevede un *favor* maggiore per il reo, possa configurare una nuova ipotesi di illegalità sopravvenuta della pena⁵¹, in questo caso, accessoria: se prima conseguiva automaticamente alla condanna, senza necessità di puntuale motivazione sull'applicazione della stessa, ora al giudice è attribuita la facoltà di applicarla. Inizialmente valorizzata dalla Corte di cassazione, nella prospettiva di riconoscere a sé un potere decisorio, in *bonam partem*, oltre il *devolutum*⁵², alla nozione di "pena illegale" la giurisprudenza di legittimità ha fatto ripetuto riferimento anche ai fini della definizione dell'ambito di sindacabilità, riguardo al trattamento sanzionatorio, della sentenza emessa ai sensi dell'art. 444

⁵⁰ In questi termini Cass. 27.11.2017 n. 56730, in *DeJure*.

⁵¹ Sulla pena illegale si veda G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.4.2016; C. De Gasperis, *La rideterminazione della pena illegale nel patteggiamento*, in *CP* 2015, 3774 ss.; P. Di Geronimo, L. Giordano, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *CP* 2016, 2514 ss.; V. Paziienza, *La "cedevolezza" del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in www.penalecontemporaneo.it, 23.11.2016; D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *RIDPP* 2015, 975 ss.

⁵² Così Cass. 19.2.2013 n. 12991, in *CEDCass.*, m. 255197 per cui il carattere derogatorio rispetto al principio devolutivo segna il limite del potere "correttivo" officioso della stessa Corte, il cui intervento non potrebbe giustificarsi «sol perché la pena, legittimamente quantificata nel dispositivo letto in udienza, risulta erroneamente calcolata in motivazione [...]: diversamente, qualunque errore di diritto nel computo della pena dovrebbe essere corretto d'ufficio, il che finirebbe con lo snaturare il meccanismo stesso dell'impugnazione, retto dal principio devolutivo»; conformemente Cass. 15.7.2014 n. 32243, *ivi*, m. 260326 secondo cui «la mancata osservanza o l'erronea applicazione delle norme sul calcolo della pena acquistano rilevanza, ai fini del ricorso per cassazione, esclusivamente quando la pena irrogata in dispositivo sia "illegale", cioè non rientri, per specie o quantità, nei limiti di quella astrattamente comminata per il reato in contestazione» e Cass. 20.1.2016 n. 8639, *ivi*, m. 266080. Al concetto di pena illegale si correla, inoltre, il principio in forza del quale, in tema di successione di leggi nel tempo, la Corte di cassazione può, anche d'ufficio, ritenere applicabile il nuovo e più favorevole trattamento sanzionatorio per il reo – quindi un potere solo in *bonam partem* –, pur in presenza di un ricorso inammissibile, purché tale inammissibilità non sia determinata dalla tardività del ricorso stesso. Così Cass. S.U. 26.6.2015 n. 46653, in *CP* 2017, 166 ss. con nota di C. Costanzi, *Il ricorso inammissibile o privo di censure sulla pena non preclude l'applicazione della lex mitior sopravvenuta nel giudizio di cassazione. Una pronuncia inattesa del giudice bricoleur*.

Cpp⁵³. Inoltre, mutuata dal giudizio di cognizione, tale nozione non ha tardato a "contagiare" anche la fase di esecuzione, invadendo gli ambiti del giudicato penale: da tempo la giurisprudenza ammette la possibilità che il giudice dell'esecuzione intervenga per rimuovere la pena principale ove la stessa sia stata inflitta in violazione dei parametri normativamente fissati⁵⁴. Anche per la fase esecutiva si è precisato che l'illegittimità della pena può essere rilevata quando la sanzione inflitta non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero quando, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale⁵⁵. Il principio si estende, altresì, alle pene accessorie, la cui intervenuta applicazione *extra o contra legem* da parte del giudice della cognizione deve essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione.

Posto che la pena accessoria applicata *ex lege* può ritenersi oggi astrattamente "illegale", occorre indagare quali siano i poteri affidati al giudice dell'esecuzione.

L'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione ha interessato essenzialmente le pene principali – con riguardo al bilanciamento delle circostanze⁵⁶, alla

⁵³ Oggi, peraltro, espressamente previsto dall'art. 448 co. 2-bis Cpp, introdotto dalla l. 23.6.2017 n. 103. Si veda anche Cass. S.U. 19.7.2018 n. 40986, in *DPP* 2019, 65 ss. con nota di M. Gambardella, *Tempus commissi delicti e principio di irretroattività sfavorevole: il caso dell'omicidio stradale*, in cui la Corte ha annullato la sentenza di patteggiamento con cui era stata applicata la pena più severa introdotta dalla norma incriminatrice dell'omicidio stradale di cui all'art. 589-bis Cp entrata in vigore *medio tempore*, prima della verifica dell'evento lesivo. Pur non trovando applicazione, *ratione temporis*, l'art. 448 co. 2-bis Cpp ha ritenuto che venisse «in rilievo una pena illegale perché in contrasto, prima di tutto, con il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.: il procedimento di commisurazione del giudice del patteggiamento si è dunque sviluppato all'interno di una comminatoria edittale in radice – e *in toto* – illegale perché lesiva di un principio che dà corpo alla tutela di un "valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali" (Corte cost., sent. n. 394 del 2006; sent. n. 236 del 2011). Si verte dunque, all'evidenza, in ipotesi di pena illegale denunciabile anche con riferimento alla sentenza di applicazione della pena su richiesta».

⁵⁴ Cass. S.U. 26.2.2015 n. 37107, in *GD* 2015 (41), 76 ss. con nota di G. Amato, *Il patteggiamento irrevocabile relativo a droghe leggere può essere rideterminato in sede di esecuzione*. Le Sezioni unite, con riguardo ai poteri del giudice dell'esecuzione in relazione alla pena patteggiata, pur non accogliendo l'orientamento giurisprudenziale favorevole a riconoscergli un ampio potere di rideterminare discrezionalmente la pena, giungono comunque ad attribuirglielo: non solo gli spetta la valutazione sulla congruità della pena concordata, ma, qualora ritenga non congrua la pena indicata dalle parti, procede a commisurare la pena ex artt. 132 e 133 Cp, non potendo limitarsi a respingere l'accordo, come può fare il giudice di cognizione, in quanto ciò significherebbe confermare la pena illegale. Spetta, pertanto, al giudice dell'esecuzione, qualora le parti non giungano a un accordo, rideterminare la pena ex artt. 132 e 133 Cp e decidere sulla sospensione condizionale della stessa.

⁵⁵ Cfr. Cass. S.U. 27.11.2014 n. 6240, in *PPG* 2015, 93 ss. con nota di T. Alesci, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale: presupposti e limiti*, ritiene possibile ciò solo laddove la pena sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione.

⁵⁶ A seguito della sentenza C. cost. 5.11.2012 n. 251, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.4.2012 con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 Cp, come sostituito dall'art. 3 l. 5.12.2005 n. 251, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. 9.10.1990 n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99 co. 4 Cp, si è posto il problema della sorte dei giudicati formati sotto la vigenza della normativa dichiarata incostituzionale, in relazione a processi in cui tale attenuante era riconosciuta equivalente. Cass. S.U. 29.5.2014 n. 42858, in *DPP* 2015, 173 ss. con nota di C. Pecorella, *La rideterminazione della pena in sede di esecuzione: le Sezioni Unite danno un altro colpo all'intangibilità del giudicato*, investita della questione, nell'ampia motivazione – mutuata in parte dalla sentenza Ercolano (Cass. S.U. 24.10.2013 n. 18821, in *GI* 2014, 1752 ss. con nota di D. Amoroso, *Sugli effetti ultra partes del giudicato di*

determinazione della pena in cornici edittali divenute illegittime⁵⁷, alla sospensione condizionale⁵⁸ e all'accordo sulla pena nel patteggiamento⁵⁹ –, ma la riflessione sulla necessità di rimuovere le pene illegali non poteva non investire le pene accessorie, rispetto alle quali è stata determinante la disciplina di maggiore rigidità che le connota – o forse, meglio, connotava – nel rapporto di dipendenza dalla pena principale, in quanto conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa ex art. 20 Cp e, se temporanee, sono determinate nella loro durata, qualora questa non sia espressamente determinata, per un tempo pari a quello della pena principale inflitta ex art. 37 Cp⁶⁰. Questa rigidità della disciplina relativa all'*an* ed al *quantum* delle pene

Strasburgo) – ha affermato il principio secondo cui il giudice dell'esecuzione deve, in tale evenienza, «superare» il giudicato, rideterminando la pena in favore del condannato. Rimarcando la netta distinzione tra abrogazione e declaratoria di illegittimità costituzionale, avente, quest'ultima, efficacia *ex tunc* con il limite delle situazioni esaurite, ha negato che, in tali casi, il giudicato possa aver determinato l'esaurimento del rapporto. Ciò in quanto l'esecuzione della pena implica l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena: sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima continuano a perdurare e devono essere, pertanto, rimossi. Inoltre, il giudice dell'esecuzione deve intervenire pur se il provvedimento "correttivo" da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali, o derivanti dai principi di cui all'art. 2 Cp, che inibiscono l'applicazione di norme più favorevoli eventualmente *medio tempore* approvate dal legislatore. Sulla latitudine dei poteri del giudice dell'esecuzione si veda anche C. cost. 18.7.2013 n. 210, in *GI* 2014, 393 con nota di F. Viganò, E. Lamarque, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*. Merita menzione anche il caso originato dalla pronuncia C. cost. 23.7.2015 n. 185, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.7.2015, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della previsione di aumento obbligatorio di pena per la recidiva reiterata. L'orientamento consolidato non ritiene illegale l'aumento di pena ex art. 99 co. 5 Cp, disposto in data anteriore alla sentenza costituzionale, qualora il giudice, anche con motivazione implicita, abbia dato atto in sentenza delle ragioni di detto aumento, riferito alla gravità della condotta, nonché alla personalità e alla particolare pericolosità dell'imputato (così, Cass. 15.1.2018 n. 3799, in *CEDCass.*, m. 272445; Cass. 21.6.2016 n. 37385, *ivi*, m. 267912; Cass. 11.5.2016 n. 27366, *ivi*, m. 267154; Cass. 11.5.2016 n. 20205, *ivi*, m. 266679).

⁵⁷ A seguito della sentenza C. cost. 25.2.2014 n. 32, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.2.2014 con la quale veniva dichiarata – seppur per ragioni formali – l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies-ter d.l. 30.12.2015 n. 272 conv. in l. con modif. dalla l. 21.2.2006 n. 49, determinando la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 nell'originaria formulazione, che prevede sanzioni più miti per le droghe c.d. leggere, si è posta la questione della possibilità di rimodulare i giudicati di condanna anteriormente formulati, influenzati, *quod poenam*, dalle più rigorose comminatorie edittali. Ritenuta "illegale" la pena determinata sulla base dei limiti edittali dichiarati incostituzionali anche qualora la pena concretamente inflitta fosse compresa entro i limiti della originaria formulazione (così Cass. S.U. 26.2.2015 n. 33040, in *FI* 2015, II, 694 ss. con nota di S. Lo Forte, *L'effetto domino della dichiarazione di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi: illegalità della pena e rilevanza d'ufficio anche in caso di ricorso ammissibile*), si è ritenuto necessario rivedere l'entità della pena in sede esecutiva, anche nell'ipotesi in cui si tratti di pena "patteggiata". Cfr. Cass. S.U. 26.2.2015 n. 37107, *cit.*

⁵⁸ Cfr. Cass. 12.4.2018 n. 46146, in *CEDCass.*, m. 273986 secondo cui «[i]l giudice dell'esecuzione, nell'applicare ai fatti oggetto di diverse sentenze di condanna l'istituto della continuazione, può concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena, derogando al principio di intangibilità del giudicato, quando il giudice di cognizione non si è pronunciato sul punto. Quando, viceversa, quest'ultimo ha già escluso espressamente la concessione della sospensione condizionale richiesta, non è consentito, in sede di esecuzione, estendere il beneficio ai fatti precedentemente valutati anche sotto tale aspetto». In precedenza, in senso conforme, Cass. 25.1.2017 n. 17871, in *CEDCass.*, m. 269844; Cass. 17.12.2013 n. 23628, *ivi*, m. 262331.

⁵⁹ Si veda Cass. 14.7.2017 n. 48373, in *CEDCass.*, m. 271268; Cass. S.U. 26.2.2015 n. 37107, *cit.*

⁶⁰ Sul punto deve ritenersi superata Cass. S.U. 27.11.2014 n. 6240, *cit.*, là dove enuncia il principio, in relazione all'art. 37 Cp, secondo cui «[s]ono riconducibili al novero delle pene accessorie la cui durata non è espressamente

accessorie si riflette anche nei poteri del giudice dell'esecuzione che può intervenire *in malam partem* rispetto a quanto stabilito nella sentenza passata in giudicato: infatti, l'art. 183 NAttCp dispone che «quando alla condanna consegue di diritto una pena accessoria predeterminata dalla legge nella specie e nella durata, il pubblico ministero ne richiede l'applicazione al giudice dell'esecuzione se non si è provveduto con la sentenza di condanna». L'intervento *in malam partem* è però contenuto dalla meccanicità e rigidità della disciplina delle pene accessorie e dalla esclusione di qualsiasi potere discrezionale in capo al giudice dell'esecuzione, il cui intervento è possibile solo laddove la legge predetermini specie e durata della pena accessoria. Il principio di affidamento sul contenuto della sentenza passata in giudicato non è compromesso, attesa l'applicazione automatica in assenza di indicazioni da parte del giudice di cognizione.

In questo contesto, era pertanto prevedibile che il processo di flessibilizzazione del giudicato sulla pena principale facesse sentire i suoi effetti anche sulla pena accessoria illegale, perché se l'art. 183 NAttCp prevede che il giudice dell'esecuzione possa intervenire sul giudicato *in malam partem*, egli deve poter intervenire anche *in bonam partem* in presenza di un giudicato che avesse cristallizzato una pena accessoria illegalmente applicata.

In tal senso la Corte di cassazione, nel suo più autorevole consenso⁶¹, riconoscendo che il progressivo ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione ha inciso sull'intangibilità del giudicato attraverso «il grimaldello [...] rappresentato dall'art. 27 Cost. e dal principio della finalità rieducativa della pena», ha valorizzato il principio di legalità delle pene non solo rispetto a quelle principali, ma altresì a quelle accessorie. La pena illegale accessoria va pertanto rimossa, purché la pena sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice di cognizione.

Si introduce così uno iato tra poteri del giudice dell'esecuzione in relazione alle pene principali e alle pene accessorie: se, infatti, rispetto alle prime la giurisprudenza ha riconosciuto un ampio potere discrezionale⁶², con riferimento alle pene accessorie

determinata dalla legge penale quelle per le quali sia previsto un minimo e un massimo edittale ovvero uno soltanto dei suddetti limiti, con la conseguenza che la loro durata deve essere dal giudice uniformata, ai sensi dell'art. 37 c.p., a quella della pena principale inflitta», dalla recente sentenza della C. cost. 5.12.2018 n. 222, cit. Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo.

⁶¹ Cass. S.U. 27.11.2014 n. 6240, cit.

⁶² Con la sentenza Cass. S.U. 29.5.2014 n. 42858, in *RIDPP* 2015, 975, viene consacrato il riconoscimento di poteri del giudice dell'esecuzione, che non si esauriscono nella meccanica trasposizione degli effetti della pena illegale, affermando che il giudicato non può esaurire i rapporti giuridici con il condannato – potendo dirsi esaurito solo in presenza di effetti non più reversibili e non anche quando la pena è ancora in corso di esecuzione – e «che il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile». Spetta al giudice rideterminare la pena con un unico limite: «potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto posto dall'art. 69 c.p., comma 4: in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile». Il riconoscimento di ampi poteri discrezionali al giudice dell'esecuzione, in presenza di una pena

questo potere viene escluso.

Il giudice, quindi, può correggere in sede esecutiva l'errore nell'irrogazione della pena accessoria quando essa sia determinata nell'*an* – e non è questo il nostro caso – e nel *quantum* e non richieda l'esercizio di poteri discrezionali – poteri che invece sono richiesti per decidere se applicare o meno la pena accessoria. La questione che ci occupa riguarda un caso diverso rispetto a quelli affrontati dal giudice di legittimità: non vi è stata una totale *abolitio criminis* né una dichiarazione di incostituzionalità, bensì si è passati da una applicazione obbligatoria delle pene accessorie per reati contro la pubblica amministrazione a una applicazione facoltativa.

Tuttavia, il contesto è in parte mutato: lo stretto legame di dipendenza della pena accessoria dalla pena principale è stato, in certa misura, eroso, da un lato, dalle eccezioni alla regola rappresentate dai co. 1 e 1-ter dell'art. 445 Cpp e, dall'altro, dalla sentenza della Corte costituzionale, prima, e delle Sezioni unite della Corte di cassazione, dopo, che non ancorano più la determinazione della durata della pena accessoria a quella principale ex art. 37 Cp, ma ad una valutazione ex art. 133 Cp⁶³.

In conclusione, al fine di superare l'*impasse*, atteso che la pena accessoria conseguita *ope legis* alla condanna può considerarsi astrattamente affetta da una sopravvenuta illegalità, a parere di chi scrive, non vi sarebbero ostacoli al riconoscimento di una maggiore discrezionalità al giudice dell'esecuzione: essendo venuta meno quella rigidità che connota l'applicazione delle pene accessorie ben potrebbe riconoscersi un potere discrezionale qualora il giudice del patteggiamento abbia mancato di motivare,

illegale, ha determinato uno sviluppo successivo della giurisprudenza incerto, tra ampliamento e contrazione dei poteri dello stesso. Si riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di intervenire *in malam partem* rispetto a quanto stabilito nel giudicato, al fine di ristabilire la legalità della pena, intesa in senso ampio quale legalità dei presupposti che disciplinano le conseguenze accessorie: le Sezioni unite (Cass. S.U. 23.4.2015 n. 37345, in *CEDCass.*, m. 264381) hanno statuito che «il giudice dell'esecuzione può revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione. A tal fine il giudice dell'esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio» (in senso conforme, Cass. 16.1.2018 n. 19457, in *CEDCass.*, m. 272832). Il riconoscimento del potere discrezionale del giudice è stato poi particolarmente ampio in relazione al trattamento sanzionatorio previsto per le c.d. droghe leggere, la cui disciplina era stata inasprita dall'art. 4-bis co. 1 lett. f d.l. 272/2005, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla C. cost., 25.2.2014 n. 32. A riguardo si è pronunciata Cass. S.U. 26.2.2015 n. 33040, in *GD* 2015 (34-35), 69 ss. con nota di G. Amato, *Un effetto domino che fa annullare il patteggiamento*, che ha precisato la nozione di pena illegale quale quella che «non corrisponde, per specie ovvero per quantità (sia in difetto che in eccesso), a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale. L'ambito dell'illegalità della pena si riferisce anche ai classici casi di illegalità *ab origine*, costituiti, ad esempio, dalla determinazione in concreto di una pena diversa, per specie, da quella che la legge stabilisce per quel certo reato, ovvero inferiore o superiore, per quantità, ai relativi limiti edittali». Questa volta l'illegalità investe il giudizio di commisurazione della stessa ex artt. 132 e 133 Cp: se una pena è stata in concreto commisurata dal giudice entro una determinata cornice edittale, l'illegittimità costituzionale di questa si traduce nell'illegittimità del processo di determinazione concreta della pena che diventa, anch'essa, illegale. Pertanto, l'importanza di questa sentenza si rinviene nell'accoglimento di una nozione ampia di "pena illegale" che non investe direttamente la pena, ma l'intero procedimento di commisurazione della pena, che è inficiato anche qualora l'esito del giudizio di commisurazione sulla base della cornice di pena dichiarata incostituzionale avesse condotto ad una pena che in concreto rientra nei limiti edittali ripristinati dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

⁶³ Cfr. C. cost. 5.12.2018 n. 222, cit.; Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28910, cit.

anche indirettamente, sull'applicazione delle stesse.

3. L'art. 1 co. 4 lett. c l. 3/2019 ha inserito, all'art. 289-bis Cpp, la previsione di una nuova misura cautelare personale interdittiva: il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione⁶⁴.

La ragione di tale introduzione si rinviene nella presa di coscienza della patologica lentezza dei processi, in particolare per i reati contro la pubblica amministrazione, e nella limitata efficacia dell'applicazione della corrispondente pena accessoria di cui all'art. 32-ter Cp a distanza di anni dalla consumazione del reato, lasciando, quindi, «uno spazio enorme in cui non vi è possibilità di intervento»⁶⁵. Chiara è dunque la ragione di tale previsione: anticipare gli effetti della corrispondente pena accessoria di cui all'art. 32-bis Cp alla fase delle indagini preliminari.

La disposizione persegue la finalità di arricchire l'apparato delle misure cautelari personali e intende far fronte, in un'ottica di prevenzione generale e speciale, al complesso intreccio di criminalità economica, criminalità organizzata e pubblici poteri. Inoltre, non pare peregrino ritenere come la novella, indirettamente, concluda quella linea di intervento operato dalla l. 47/2015, che, volta alla riduzione del ricorso alla carcerazione *ante iudicium* e all'individualizzazione dell'intervento restrittivo, ha accresciuto le potenzialità delle misure interdittive, per favorirne la scelta da parte del pubblico ministero in sede di richiesta *de libertate* e l'adozione da parte del giudice, anche in luogo della diversa misura detentiva domandata dall'organo inquirente. Private dei vecchi tratti di pena anticipata e ricondotte a paradigmi più schiettamente cautelari⁶⁶, le misure interdittive possono, difatti, considerarsi un valido strumento di

⁶⁴ Non prevista nel disegno di legge originario, è stata introdotta in sede referente con l'emendamento 2.4, a seguito dell'invito mosso in tal senso, in sede di audizione, da F. Minisci, *Trascrizione dell'audizione svolta il 15 ottobre 2018 davanti alle Commissioni Giustizia e Affari Costituzionali della Camera dei Deputati*, in www.associazionemagistrati.it, 2-3 e da F. Cafiero De Raho, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*. Quest'ultimo, in termini più specifici, rilevando «che la sanzione accessoria sarà esecutiva solo a seguito di sentenza irrevocabile, quindi a distanza di anni dalla consumazione del reato», proponeva una nuova disposizione da collocarsi nell'art. 290-bis Cpp e una più rigorosa disciplina della durata delle misure interdittive (F. Cafiero De Raho, *Memoria in occasione dell'audizione del 19 ottobre 2018 davanti alle Commissioni Giustizia e Affari Costituzionali della Camera dei deputati*, in www.camera.it, 4). A commento della modifica si veda E. Valentini, *Le modifiche in materia di misure interdittive*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 261 ss.

⁶⁵ In questi termini si è espresso F. Cafiero De Raho, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*. Per F. Minisci, *Trascrizione dell'audizione svolta il 15 ottobre 2018*, cit., 2-3 la «pena accessoria rischia poi di arrivare tardi perché oggi commetto il reato però potrò continuare a contrattare con la pubblica amministrazione per molti anni perché la pena accessoria arriva a sentenza passata in giudicato, e con il problema maggiore che noi abbiamo nel nostro sistema penale che sono le lungaggini del processo, noi continueremo a permettere a questo soggetto che ha anche confessato la corruzione a contrattare con la pubblica amministrazione. Allora occorrerebbe prevedere una misura cautelare analoga alla pena accessoria: accanto alla incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione un divieto di contrattare con la pubblica amministrazione già nel momento in cui si accerta il reato, come in tutte le misure cautelari. [...] lo diciamo perché pensiamo alla efficacia altrimenti la nostra pena accessoria arriverà tra dieci anni, a sentenza passata in giudicato: quante corruzioni fino ad allora avrà commesso quel soggetto prima che gli si applichi l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione?»

⁶⁶ Le misure cautelari interdittive sono state introdotte nel codice di rito del 1988, segnando il definitivo

attuazione del principio di adeguatezza⁶⁷, propiziando l'adeguamento dell'intervento restrittivo rispetto alle concrete esigenze cautelari, specialmente nella prospettiva di un'applicazione combinata con altre misure.

Nihil sub sole novi. Si tratta di una misura già prevista quale sanzione dall'art. 9 co. 2 lett. c d.lgs. 8.6.2001 n. 231, riguardante la responsabilità da reato degli enti, e irrogabile quale misura cautelare ai sensi dell'art. 45 co. 1 del medesimo decreto⁶⁸.

Il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione di cui all'art. 289-bis Cpp consiste nella privazione temporanea per l'indagato o imputato della capacità di stringere rapporti negoziali con la pubblica amministrazione. In assenza di una qualsivoglia distinzione ad opera della legge, deve ritenersi – come per la corrispondente pena accessoria di cui all'art. 32-ter Cp – che l'incapacità in esame inibisca sia la conclusione dei contratti di diritto privato – quali l'appalto, la somministrazione, i mutui agevolati e i contratti di finanziamento – sia quelli di diritto pubblico⁶⁹, ossia stipulati con le modalità peculiari dell'evidenza pubblica, cioè all'esito di aste, gare e licitazioni private, nonché quelli tesi a concordare con la pubblica amministrazione il contenuto del provvedimento conclusivo di un procedimento amministrativo, per la cui disciplina l'art. 11 co. 2 l. 7.8.1990 n. 241 effettua un richiamo alle norme del codice civile, in quanto applicabili.

Dall'incapacità tanto giuridica quanto d'agire nei confronti della pubblica amministrazione deriva il divieto temporaneo di concludere contratti con la stessa, ad eccezione di quelli che concernono le prestazioni di un pubblico servizio, evitando l'emarginazione dell'indagato o imputato dalla vita sociale⁷⁰ e consentendogli,

superamento di «qualsiasi 'odiosa' e incostituzionale logica di anticipazione della pena accessoria» (così, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*⁷, Milano 2018, 690) fondato sull'art. 140 Cp, rappresentando un'innegabile innovazione sul piano processuale, nonché una peculiarità del sistema processuale italiano che non trova omologhi né nell'esperienza di *common law*, in cui l'alternativa delle *pre-trial precautionary measures* oscilla tra il *bail* e la *custody decision* (sull'argomento, E. Cape, R.A. Edwards, *Police Bail Without Charge: the Human Rights Implications*, in *The Cambridge Law Journal and Contributions* 2010, 249 ss.) né all'interno di sistemi di *civil law*, nei quali la scelta legislativa è stata diretta verso l'introduzione di una gamma di strumenti che incidono sulla libertà personale con una differenza di grado o intensità (unicamente il sistema tedesco prevede la possibilità di applicazione in via cautelare del divieto temporaneo di esercizio di una professione, ex § 116 StPO. Per una panoramica sulle misure cautelari previste dalle legislazioni comunitarie, si veda S. Ruggeri (a cura di), *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, Göttingen 2012, 3 ss.). Sui profili storici della disciplina positiva si veda, per tutti, F. Peroni, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano 1992, 5 ss., il quale sottolinea come l'applicazione provvisoria di pene accessorie, ai sensi dell'art. 140 Cp, pur avendo rappresentato uno dei profili più innovativi della codificazione del 1930, si connotava per l'inquadramento dogmatico da cui era scaturito «un ordito di norme ambigualmente – e forse non a caso – collocato a cavallo del codice penale e di quello di rito».

⁶⁷ In questo senso anche P. Bronzo, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino 2015, 158.

⁶⁸ Cfr. *infra*, § 9.

⁶⁹ Con riferimento all'art. 32-ter Cp, in dottrina, si veda S. Larizza, *Le pene accessorie*, cit., 148; F. Mucciarelli, *Commento agli artt. 118 e ss. della legge di modifica al sistema penale*, in *Commentario delle "Modifiche al sistema penale": Legge 24 novembre 1981, n. 689*, a cura di E. Dolcini, Milano 1982, 523; M. Romano, *sub art. 32-ter Cp*, in *Commentario Romano al Cp*, I, Milano 2004, 274; A. Tencati, *Nuove sanzioni accessorie per i «managers» d'impresa*, in *RP* 1985, 500.

⁷⁰ In questi termini, con riferimento al condannato cui è applicata la pena accessoria di cui all'art. 32-ter Cp, P. Pisa, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, cit., 117; S. Larizza, *Le pene accessorie*, cit., 148.

dunque, di accedere a tutti i servizi di interesse sociale offerti dalla pubblica amministrazione e regolati secondo il diritto pubblico, come l'assistenza sanitaria o la previdenza sociale, nonché in conformità al diritto privato, come concludere contratti di trasporto pubblico o inerenti al servizio postale⁷¹.

Con riferimento alla nozione di pubblica amministrazione di cui all'art. 289-bis Cpp, deve interpretarsi in senso estensivo, ricomprendente tutti i soggetti, ivi inclusi gli enti pubblici economici e le aziende controllate da enti pubblici⁷², i privati concessionari di servizi pubblici, le imprese pubbliche e gli organismi di diritto pubblico secondo la terminologia comunitaria⁷³, che sono chiamati ad operare nell'esercizio di una pubblica funzione. Tale ampia interpretazione permette di perseguire le finalità preventive della misura, che sarebbero frustrate ove non si riconoscesse un ambito di applicazione soggettiva sufficiente a coprire tutte le tipologie di reati che con la stessa si intende prevenire, e in particolare tutte le fattispecie di concussione e corruzione. In merito va altresì evidenziato che, ai fini della commissione di detti reati, un elemento determinante è rappresentato, secondo un costante orientamento giurisprudenziale⁷⁴, dal fatto che si versi nel caso di esercizio di pubbliche funzioni «le

⁷¹ Così, M. Romano, Sub art. 32 ter, cit., 273; A. Zambusi, *Le pene accessorie*, in *Persone e sanzioni, Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, diretto da M. Ronco, Bologna 2006, 377.

⁷² Con riferimento all'art. 32-ter Cp, S. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981*, n. 689, Padova 1983, 399; Id., *Art. 120 della l. 24.11.1981*, n. 689, in *LP 1982*, 454.

⁷³ Per "organismi di diritto pubblico", ai sensi dell'art. 3 lett. d d.lgs. 18.4.2016 n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, si intende «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriale o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Per la nozione fornita dalla Corte di giustizia si veda, ad es., C.G.U.E 5.10.2017, C-567/15; C.G.U.E 10.11.1998, C-360/96; C.G.U.E 15.1.1998, C-44/96. Sull'argomento cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*⁷, Roma 2018, 538 ss.

⁷⁴ Da ultimo Cass. 23.1.2018 n. 19484, in *CEDCass.*, m. 273781, secondo cui «[i] soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici»; in senso conforme anche Cass. 13.6.2017 n. 36874, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27.9.2017 con nota di L. Giordano, *La prima applicazione dei principi della sentenza "Scurato" nella giurisprudenza di legittimità*; Cass. 7.7.2015 n. 1327, in *CEDCass.*, m. 266265; Cass. 16.10.2013 n. 45908, *ivi*, m. 257384; Cass. 19.7.2012 n. 37099, *ivi*, m. 253477 secondo cui «i dipendenti di un ente o di una società concessionaria, anche in via non esclusiva, di un servizio di interesse pubblico, vanno considerati incaricati di un pubblico servizio, in quanto concorrono allo svolgimento dell'attività ad esso connessa, a nulla rilevando la natura pubblica o privata dell'ente o dell'imprenditore al quale questa attività sia riferibile. (Nella specie si trattava di una società a totale capitale pubblico, concessionaria per conto di un comune dei servizi di nettezza urbana, pubbliche affissioni, pubblicità e pubbliche illuminazioni il cui amministratore è stato ritenuto responsabile del reato di corruzione)»; Cass. 16.4.1998 n. 7240, *ivi*, m. 210733; Cass. 2.7.1998 n. 2440, *ivi*, m. 211585; per Cass. 23.9.1996 n. 9950, in *RP 1997*, 48 «[a]nche dopo che la l. 28 gennaio 1994 n. 84 ha disposto la trasformazione dei consorzi autonomi dei porti in società di diritto privato i responsabili continuano a rivestire la qualità di pubblici ufficiali nelle attestazioni e certificazioni inerenti l'esecuzione dei lavori assegnati con la procedura degli appalti pubblici»; Cass. 19.8.1993 n. 1806, in *FA 1995*, 1479 per la quale «deve considerarsi pubblico ufficiale il presidente di una società per azioni concessionaria di autostrade nell'esercizio dell'attività connessa alla scelta dell'appaltatore cui affidare l'esecuzione di progetti di costruzione di tronchi autostradali, nonché di altre opere inerenti l'autostrada (caselli, dispositivi di sicurezza, barriere antirumore) o relative alla

quali non cessano di essere tali per il solo fatto che sono esercitate da un soggetto giuridico privato», precisando, inoltre, che «l'esercizio di pubbliche funzioni, quando queste riguardano attività amministrativa in senso stretto, qual è appunto la procedura per l'assegnazione degli appalti (tipica funzione dell'ente pubblico competente per la realizzazione delle singole opere pubbliche), non può compiersi che tramite atti sostanzialmente amministrativi, posti in essere da soggetti che, nell'esercizio di questa attività, vanno considerati pubblici ufficiali»⁷⁵. Del resto, anche il Capo II del Titolo II del Libro II del codice penale, dedicato ai «Delitti dei privati contro la pubblica amministrazione», postula una nozione ampia di "pubblica amministrazione", che si identifica in senso lato nel complesso dei soggetti nel cui ambito operi un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio in quanto preposti, anche solo per una parte della loro attività, all'amministrazione di interessi pubblici.

Come detto, con il provvedimento che dispone la misura di cui all'art. 289-bis Cpp il giudice priva temporaneamente l'indagato o imputato della facoltà di stringere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, ad eccezione di quelli volti ad ottenere un servizio pubblico. È opportuno perciò definire il perimetro di operatività della misura in esame.

Diversamente dalla proposta avanzata dal Procuratore Nazionale Antimafia, che delimitava l'applicazione della misura interdittiva in esame, da un punto di vista oggettivo, a imputati solo per taluni reati e, dal punto di vista soggettivo, a soggetti diversi dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di un pubblico servizio⁷⁶, e dalle altre misure interdittive, che fanno riferimento a specifiche qualità soggettive e trovano applicazione per quei reati in cui tali qualità assumono un ruolo specifico nella realizzazione della condotta criminosa⁷⁷, nella misura in esame non vi è riferimento alcuno a qualità soggettive del presunto reo e pertanto sarebbe astrattamente applicabile a qualsiasi soggetto – anche al pubblico ufficiale, all'incaricato di un pubblico servizio e all'imprenditore individuale, cui non si ritiene applicabile la

sua manutenzione. Le dette attività, infatti, non sono privatizzate solo perché vengono poste in essere da soggetti privati ma conservano la loro natura di attività amministrativa in senso obiettivo, avendo la funzione di assicurare la protezione dell'interesse pubblico, affidata istituzionalmente all'ente concedente ed esclusivamente per il tramite della concessione trasferita dal concedente al concessionario. (Fattispecie relativa agli addebiti di concussione e corruzione consumati, da parte del presidente del consiglio di amministrazione di una società concessionaria di autostrade, percependo tangenti in occasione della scelta dell'appaltatore)».

⁷⁵ Così Cass. 16.4.1998 n. 7240, in *GD* 1998 (26), 81 ss. con nota di V. Patalano, *La responsabilità del pubblico ufficiale non si estende al "politico" che lo ha nominato*, che richiama, in riferimento al carattere oggettivamente amministrativo dell'attività, Cass. 14.4.1983 n. 2602, in *DPAss* 1984, 263 ss., Cass. S.U. 29.12.1990 n. 12221, in *ConsS* 1991, II, 793 ss. e Cass. S.U. 15.10.1992 n. 11264, in *GiustCMass* 1992.

⁷⁶ Così, F. Cafiero De Raho, *Memoria in occasione dell'audizione del 19 ottobre 2018*, cit., 4.

⁷⁷ Sul punto Cass. 1.4.1996 n. 1435, in *CEDCass.*, m. 205659 secondo cui «[l]e misure cautelari personali interdittive, per rispettare la funzione preventiva loro assegnata dal legislatore, non possono trovare applicazione al di fuori dei reati in cui le qualità soggettive sospese assumono un ruolo specifico nella realizzazione della condotta criminosa addebitata (nell'affermare il principio di cui in massima la Corte ha annullato senza rinvio il provvedimento del tribunale del riesame di conferma della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico servizio applicato in un caso in cui all'indagato era stato contestato il reato di oltraggio senza che la funzione svolta di incarico di pubblico servizio avesse determinato un contributo causale al verificarsi del fatto, tanto che non si era proceduto neanche alla contestazione dell'aggravante prevista dall'art. 61 n. 9)».

disciplina di cui al d.lgs. 8.6.2001 n. 231⁷⁸ – e per qualsiasi reato, fermi restando i limiti di pena di cui all'art. 287 Cpp. Tuttavia, stante il profondo nesso funzionale che viene ad istituirsi tra il mezzo cautelare e la fattispecie criminosa contestata⁷⁹, si ritiene che il giudice possa applicare la misura solo qualora si proceda per un reato in cui è rinvenibile un contatto con la pubblica amministrazione.

In simmetria con le altre misure interdittive, il secondo periodo dell'art. 289-bis Cpp prevede specifiche ipotesi derogatorie rispetto all'ordinario presupposto edittale. A tale proposito appare evidente che il rinvio indifferenziato a intere categorie delittuose – i reati contro la pubblica amministrazione – implichi delle disarmonie: da un lato, figurano attratte nell'orbita della disposizione fattispecie autonomamente passibili,

⁷⁸ Nell'impresa individuale vi è una coincidenza tra il soggetto fisico, destinatario della disciplina penale gravato da una autonoma misura interdittiva penale, e il soggetto giuridico – l'impresa – anch'essa gravata da una misura interdittiva di cui agli artt. 9 e 45 d.lgs. 8.6.2001 n. 231. Pertanto, ritenere applicabile anche all'impresa individuale la disciplina sulla responsabilità da reato degli enti comporterebbe una violazione del *ne bis in idem* in quanto lo stesso soggetto si ritroverebbe sottoposto a misura, e poi eventualmente condannato, due volte per il medesimo fatto. Con riferimento alla pena accessoria di cui all'art. 32-ter Cp e all'art. 9 co. 2 lett. c d.lgs. 231/2001 si è osservato che, pur nell'identità di contenuto, la sanzione penale e quella amministrativa sono connotate da differenti presupposti, natura e destinatari, in quanto mentre la prima costituisce una pena accessoria, la seconda rappresenta una sanzione avente quali destinatari gli enti e non le persone fisiche: così E. Mezzetti, *Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità*, in E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*⁴, Bologna 2016, 79. Con l'introduzione dell'art. 289-bis Cpp vi è identità di contenuto con l'omologa misura interdittiva di cui agli artt. 9 co. 2 lett. c e 45 d.lgs. 231/2001. In giurisprudenza, tuttavia, non si rinviene un'interpretazione unitaria con riferimento all'ambito di applicazione soggettivo del d.lgs. 231/2001. Dopo una prima pronuncia incline ad escludere le persone fisiche dal novero dei destinatari della disciplina (Cass. 3.3.2004 n. 18941, in *GI* 2004, 1909; in *D&G* 2004 (30), 25 ss. con nota di C. Coratella, *L'impresa individuale non può essere "interdetta"*; in *RDComm* 2006, 1080 ss. con nota di G. Chiaraviglio, *La responsabilità da reato degli enti nel diritto vivente*), la giurisprudenza di legittimità ha mutato avviso, concludendo che «[l]e norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma secondo, D.Lgs. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni» (così, Cass. 15.12.2010 n. 15657, in *GL* 21/2011, 90 con nota di L. Failla, S. Spagnolo, G. Alamia, *Responsabilità amministrativa anche per le imprese individuali*; si vedano, altresì, i commenti di M.F. Artusi, *Sulla responsabilità da reato dell'impresa individuale*, in *GI* 2012, 678; F.C. Bevilacqua, *La responsabilità da reato degli enti si applica anche alle imprese individuali?*, in *GComm* 2012, 652 ss.; D. Bianchi, *Le imprese individuali nella rete del D.Lgs. 231/2001*, in *DPP* 2011, 1115 ss.; M.A. Manno, *L'applicabilità del d.lgs. 231 del 2001 alle imprese individuali*, in *RTrimDPenEc* 2011, 593 ss.; C.E. Paliero, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Soc* 2011, 1075 ss.; L. Pistorelli, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in *CP* 2011, 2556), orientamento criticato in dottrina in quanto porterebbe alla violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale (così M.A. Manno, *op. cit.*) nonché del *ne bis in idem* processuale (C.E. Paliero, *op. cit.*). Infine, è stato nuovamente mutato orientamento nel senso di non ritenere applicabile la normativa sulla responsabilità da reato degli enti alle imprese individuali, «in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi» (Cass. 16.5.2012 n. 30085, in *CEDCass.*, m. 252995). Si segnala, con riferimento alla società unipersonale, Cass. 25.7.2017 n. 49056, in *CEDCass.*, m. 271564 secondo cui, richiamando Cass. 3.3.2004 n. 18941, cit., «[s]e, pertanto, il presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti è l'esistenza di un "oggetto di diritto metaindividuale" quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, è certamente ascrivibile al novero dei destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001 anche la società unipersonale, in quanto soggetto di diritto distinto dalla persona fisica che ne detiene le quote».

⁷⁹ F. Peroni, *Le altre misure coercitive e interdittive*, in *Libertà e cautele nel processo penale*, coordinato da M. Chiavario, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, Torino 1996, 190.

per soglia edittale, di determinare l'intervento cautelare interdittivo⁸⁰, dall'altro, la cautela può risultare in concreto adottabile anche in relazione a condotte di gravità assai modesta.

Problemi interpretativi sorgono in ordine al contenuto della misura. Già con riferimento alla corrispondente pena accessoria di cui all'art. 32-ter Cp la dottrina si era domandata se, attesa l'ampiezza e la genericità della rubrica che fa riferimento all'incapacità di "contrattare", il divieto avesse esclusivo riguardo alla stipulazione del contratto⁸¹ o, invece, dovesse intendersi riferito anche alla fase delle trattative precontrattuali⁸². Si ritiene che un'interpretazione letterale della norma – «il giudice interdice temporaneamente all'imputato di concludere contratti con la pubblica amministrazione» – porterebbe a ritenere che l'inibizione investa solo l'atto sinallagmatico e non gli atti e i comportamenti precedenti finalizzati alla stipulazione, frustrando, in tal modo, le finalità della misura stessa, ossia evitare che l'indagato o imputato abbia contatti con la pubblica amministrazione al fine di prevenire la reiterazione del comportamento criminoso. Sarà il giudice a dover modulare l'intensità degli effetti sospensivi, limitando, in ossequio ai criteri di adeguatezza e di proporzionalità di cui all'art. 275 Cpp rispetto all'entità della prospettazione accusatoria per la quale si sta procedendo, il potere di contrattazione del destinatario.

Come si è detto, il rapporto che deve legare le cautele alle fattispecie per cui si procede può impedire una piena sovrapposibilità tra gli strumenti interdittivi e le esigenze attinenti alle indagini di cui all'art. 274 co. 1 lett. a Cpp. E infatti, in relazione alla tutela delle necessità investigative e probatorie, i tratti finalistici delle cautele interdittive denunciano «una tendenziale funzionalità ad esigenze di matrice sostanziale, prospettandosi piuttosto residuale, in concreto, un impegno dei medesimi in chiave di tutela della prova»⁸³.

Con riferimento alla misura del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, deve ritenersi che l'interdizione temporanea dal concludere contratti non sembra essere in grado di escludere il pericolo di inquinamento probatorio, specie con riguardo alle tracce documentali del reato: non pare, pertanto, possibile equiparare «un'identità di effetti tra la misura interdittiva e l'allontanamento

⁸⁰ Si rileva come l'intera riforma sostanziale operata per i reati contro la pubblica amministrazione, in particolare il rilevante incremento delle pene edittali, incida a monte sulla possibilità di applicare le misure cautelari personali e la custodia cautelare in carcere per chi è presunto autore di siffatti delitti.

⁸¹ M. Romano, sub art. 32-ter Cp, cit., 272; F. Mucciarelli, op. cit., 523; A. Zambusi, *Le pene accessorie*, in *Commentario Ronco al Cp*, III, Milano 2007, 376.

⁸² Così S. Vinciguerra, *Art. 120 della l. 24.11.1981, n. 689*, cit., 454; G. Ichino, *Le modifiche al sistema penale in materia di lavoro, ad un anno di distanza dalla entrata in vigore della l. n. 689 del 1981; rassegna di dottrina, di giurisprudenza e di casistica*, in *RGL* 1983, 315.

⁸³ F. Peroni, *Le altre misure coercitive e interdittive*, cit., 190. Sulla sospensione della potestà di genitore A. Macchia, *Spunti in tema di misure interdittive*, in *CP* 1994, 3154 ritiene che non sia «certo in grado di inibire o scongiurare possibili comportamenti volti a manipolare la genuinità di quella che spesso è una fonte di prova indispensabile». In senso contrario, G. Amato, sub artt. 288-290 Cpp, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio, O. Dominioni, III, Milano 1990, 107, il quale sostiene, invece, che lo strumento cautelare interdittivo sia particolarmente efficace per garantire le esigenze di tutela della genuinità probatoria.

per così dire fisico del soggetto»⁸⁴.

Sotto altro profilo, come gli altri strumenti interdittivi, non può neppure essere ritenuta idonea a impedire il pericolo di fuga previsto dall'art. 274 co. 1 lett. b Cpp, trattandosi di un'esigenza cautelare che «postula ontologicamente misure atte a comprimere la libertà di movimento del soggetto»⁸⁵.

La più plausibile delle vocazioni funzionali della misura interdittiva in esame deve allora essere rinvenuta nell'esigenza descritta dall'art. 274 co. 1 lett. c Cpp: per il suo contenuto "omogeneo" rispetto alla violazione contestata, sarebbe idonea a precludere la possibile reiterazione del comportamento criminoso, direttamente collegato con l'attività il cui svolgimento viene interdetto.

Ritenere applicabile la misura in questione solo per soddisfare le esigenze di cui all'art. 274 co. 1 lett. c Cpp ha ricadute sulla durata della misura stessa: l'art. 308 co. 2 Cpp prevede un termine, di durata complessiva di dodici mesi, all'interno del quale tuttavia il tempo dell'interdizione può e deve essere calibrato dal giudice alle esigenze del caso; mentre il secondo periodo del comma aggiunge che, qualora le misure siano state disposte per esigenze probatorie, «il giudice può disporre la rinnovazione nei limiti temporali previsti dal primo periodo del presente comma». Dunque, nell'ipotesi in cui l'interdizione sia disposta per fini special-preventivi, la misura cautelare, temporalmente contingentata, non è suscettibile né di proroga né di rinnovazione e, pertanto, il giudice sarà tenuto ad una più complicata e attenta prognosi della durata del rischio cautelare nella fissazione del termine, la cui necessità è suffragata dal dettato della norma per cui le misure «perdono efficacia quando è decorso il termine fissato nell'ordinanza» – ordinanza che deve essere adeguatamente motivata in merito al termine, «a maggior ragione là dove questo coincida con quello massimo legale»⁸⁶ – e la cui mancanza comporta che la durata sia quella massima prevista dall'art. 308 co. 2 Cpp⁸⁷.

Ciò detto, ben può affermarsi che essendo difficilmente ipotizzabile un *continuum* tra la breve durata della misura interdittiva disposta nel corso del procedimento e l'applicazione della pena accessoria, solo con la sentenza passata in giudicato, l'alto rischio di vuoti di tutela spingerà il pubblico ministero a chiedere l'applicazione di misure coercitive giustificate solo per la durata – e ora potenzialmente applicabili stante l'incremento delle pene operato dalla l. 3/2019 –, ma in realtà sovradimensionante quanto ad afflittività. Se le ragioni alla base dell'introduzione della norma, come esplicitate dai suoi proponenti, devono rinvenirsi nella necessità di anticipare gli effetti di una pena che sarà applicata dopo molti anni dalla commissione

⁸⁴ Così, con riferimento alle altre misure interdittive, A. Macchia, *op. cit.*, 3154 ss. In senso contrario G. Amato, *sub artt. 288-290 Cpp*, cit., 107.

⁸⁵ A. Macchia, *op. cit.*, 3154.

⁸⁶ Così, Cass. 21.12.2016 n. 4178, in *CEDCass.*, m. 269091; Cass. 11.2.2016 n. 8617, *ivi*, m. 265846.

⁸⁷ Così, Cass. 13.11.2015 n. 51057, in *CEDCass.*, m. 266042; Cass. 18.9.2015 n. 39877, *ivi*, m. 265196 per la quale «[l']ordinanza che dispone la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio non deve necessariamente indicare un termine di efficacia, applicandosi, infatti, la regola generale prevista per le misure interdittive dall'art. 308, comma secondo, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 10, comma primo, legge 16 aprile 2015, n. 47».

del fatto⁸⁸, questo strumento non può ritenersi risolutivo, ma può solo configurarsi come uno dei tanti "palliativi" rispetto alla riconosciuta "patologia" della lentezza dei procedimenti.

Si evidenzia, infine, come nell'art. 662 co. 2 Cpp, secondo cui «[q]uando alla sentenza di condanna consegue una delle pene accessorie previste dagli articoli 28, 30, 32-bis e 34 del codice penale, per la determinazione della relativa durata si computa la misura interdittiva di contenuto corrispondente eventualmente disposta a norma degli articoli 288, 289 e 290», manchi il riferimento all'art. 32-ter Cp e alla corrispondente misura interdittiva di cui al nuovo art. 289-bis Cpp. Stante l'operatività del criterio di fungibilità tra la pena accessoria e la misura interdittiva⁸⁹, consentita dalla previsione contenuta nel co. 2 dell'art. 662, integrante la disciplina di cui all'art. 657 Cpp, si ritiene si tratti di una mera dimenticanza – dovuta, forse, alla mancanza *ab origine* dell'intenzione di prevedere la nuova misura cautelare e all'inserimento della stessa solo in un secondo momento nel corso dell'*iter* parlamentare – e che, pertanto, il principio contenuto nell'art. 662 co. 2 Cpp possa analogicamente applicarsi anche nel caso in cui la pena accessoria di cui all'art. 32-ter Cp sia seguita all'applicazione della misura interdittiva di cui all'art. 289-bis Cpp.

4. Come si è già avuto modo di osservare⁹⁰, nell'ottica di potenziare l'efficacia delle pene accessorie, individuate come strumento di deterrenza addirittura più incisivo della pena principale, da un lato, è stato ampliato il catalogo dei reati in relazione ai quali, in caso di condanna, segue la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione di cui all'art. 32-quater Cp, includendovi anche i reati di peculato – escluso quello d'uso – e di traffico di influenze illecite e, dall'altro, con la modifica dell'art. 317-bis Cp è stato stabilito che, in caso di condanna a pena superiore a due anni per i reati di peculato, corruzione, in tutte le forme previste, concussione, indebita induzione a dare o promettere utilità, traffico di influenze illecite, le pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione hanno carattere perpetuo.

Ciò premesso, con la chiara finalità di determinare l'esclusione di chi abbia riportato condanne per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione dal circuito dei rapporti con questa, è stato previsto che istituti con effetti estintivi generalmente incidenti in maniera unitaria, anche se in forma indiretta, sulle pene principali e su quelle accessorie – quali la sospensione condizionale della pena, l'esito favorevole

⁸⁸ Così F. Cafiero De Raho, *Memoria in occasione dell'audizione del 19 ottobre 2018*, cit., 4 e F. Minisci, *Trascrizione dell'audizione svolta il 15 ottobre 2018*, cit., 2-3.

⁸⁹ Sul punto, in dottrina, D. Cimadomo, *Il promovimento dell'esecuzione: organi e modalità*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher, G. Garuti, L. Kalb, A. Marandola, IV, *Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, a cura di L. Kalb, Torino 2015, 595; M. Guardata, *sub artt. 661-662 Cpp*, in *Commento Chiavario*, VI, Torino 1991, 510; L. Kalb, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher, G. Garuti, L. Kalb, A. Marandola, IV, *Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, a cura di L. Kalb, cit., 153.

⁹⁰ Si veda, *supra* § 2.

dell'ammissione in prova al servizio sociale e la riabilitazione – operino o possano operare in maniera "scissa", non estendendo i loro effetti all'interdizione dai pubblici uffici e alla incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Si è già detto in merito alla "scissione" degli effetti della sospensione condizionale della pena e alla sua incidenza sull'istituto del patteggiamento⁹¹. Occorre ora soffermarsi su un ulteriore intervento finalizzato ad elidere gli effetti delle cause estintive rispetto alle pene accessorie: quello che ha riguardato l'art. 179 Cp, ossia l'istituto della riabilitazione.

Rinviando alla copiosa dottrina sull'istituto⁹², ci si limita in questa sede a ricordare che l'art. 179 Cp prevede la possibilità per il condannato di accedere al beneficio decorsi tre anni dall'estinzione della pena principale, purché abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta, non sia stato sottoposto a misure di sicurezza e abbia adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato. La lett. i del co. 1 dell'articolo unico della l. 3/2019 ha introdotto, all'art. 179 Cp, un nuovo comma, il settimo, che esclude l'operatività della riabilitazione rispetto alle pene accessorie perpetue, ammettendo, per dette pene, l'estinzione solo dopo che siano decorsi almeno sette anni dalla riabilitazione – riferita alla pena principale – e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta anche nel corso di detto periodo.

In altri termini, con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, il condannato ad una pena superiore a due anni per uno dei reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater co. 1, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis Cp, comportante la pena accessoria perpetua, potrà presentare una prima domanda di riabilitazione, in riferimento alla sola pena principale, trascorsi almeno tre anni, o otto anni se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi di cui all'art. 99 Cp, dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o sia in altro modo estinta, o almeno dieci anni se si tratta di delinquenti abituali, professionali o per tendenza decorrenti dal giorno in cui sia stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro. Dal momento in cui viene concessa la riabilitazione, il soggetto "parzialmente" riabilitato potrà presentare una nuova domanda di riabilitazione, riferita alle sole pene accessorie perpetue, trascorsi almeno sette anni dal giorno in cui la riabilitazione inerente alla pena principale è stata concessa.

Riteniamo che, nel caso in cui al "parzialmente riabilitato" sia stato concesso il beneficio, con riferimento alla pena principale, pur non avendo adempiuto alle obbligazioni civili ex art. 185 Cp perché impossibilitato, dovrà adempiere alle stesse o dimostrare nuovamente l'impossibilità anche con riferimento alla richiesta di

⁹¹ Si veda *supra*, § 2.

⁹² In tema si vedano, *ex plurimis*, C. Cerquetti, *Riabilitazione*, in *ED*, XL, Milano 1989, 302 ss.; M.L. Covino, *Riabilitazione*, in *EG*, XXVII, Roma 1991, 1 ss.; F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano 2013, 77 ss.; M. Garavelli, *Riabilitazione*, in *DigDPen*, XII, Torino 1997, 158 ss.; A. Martini, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G.A. De Francesco, Torino 2011, 431 ss.; M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 296 ss.; S. Sciuto, *La riabilitazione*, Latina 1975; F. Turlon, *sub artt. 171-184 Cp*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di S. Seminara, G. Forti, G. Zuccalà, Milano 2016, 1060 ss.; M. Viaro, *Riabilitazione*, in *NssDI*, XV, Torino 1968, 824 ss.

riabilitazione per le pene accessorie, oltre a dar prova della buona condotta tenuta.

Come si legge nella Relazione⁹³, l'intento è quello di perseguire la dissuasività e la persistenza delle pene accessorie, inducendo i condannati per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione a mantenere una buona condotta per un tempo più lungo, al fine dell'estensione delle conseguenze proprie della riabilitazione alle pene accessorie⁹⁴. A fronte dell'originaria versione contenuta nel disegno di legge, che prevedeva la dichiarazione di estinzione della pena accessoria con il decorso di un termine pari a dodici anni, nel corso dell'iter parlamentare numerosi sono stati gli emendamenti proposti: alcuni volti alla soppressione della modifica, altri a diminuire detto termine pur sempre prevedendo una "doppia riabilitazione" e altri, ancora, a raddoppiare il termine per la riabilitazione, sia della pena principale che di quella accessoria, per i reati contro la pubblica amministrazione⁹⁵.

La scelta è ricaduta sulla diminuzione del termine per ottenere la seconda riabilitazione, pur nella consapevolezza che la disposizione presenti un elevato rischio di incostituzionalità, in particolare per violazione dell'art. 27 Cost.

La riforma ha altresì interessato l'art. 683 Cpp, laddove, al co. 1, prevede oggi che sia il tribunale di sorveglianza a decidere sulla riabilitazione e «sull'estinzione della pena accessoria nel caso di cui all'articolo 179, settimo comma, del codice penale» (art. 1 co. 4 lett. g l. 3/2019), attribuendo, quindi, la competenza in materia di estinzione delle pene accessorie perpetue al medesimo organo competente per la riabilitazione *tout court*, con conseguente aggravio del carico di lavoro dello stesso.

5. Rilevanti modifiche sono state apportate anche all'art. 578-bis Cpp, introdotto dall'art. 6 co. 4 d.lgs. 1.3.2018 n. 21, con il quale si è attuata la delega di recepimento del principio della c.d. tendenziale riserva di codice in materia penale, contenuta nel co. 85 lett. q dell'art. 1 della l. 103/2017. Il legislatore della "Spazzacorrotti" (art. 1 co. 4 lett. f l. 3/2019) si è limitato, però, ad aggiungere l'ipotesi di cui all'art. 322-ter Cp agli altri casi nei quali al giudice dell'impugnazione è attribuita la facoltà di procedere all'accertamento della responsabilità dell'imputato ai soli fini della confisca già disposta con la sentenza di condanna di primo grado, in caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia: trattasi di una "confisca senza condanna" in linea con gli

⁹³ Cfr. *Relazione di accompagnamento al disegno di legge 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, in www.camera.it, 10-11.

⁹⁴ Si osservi che l'originaria formulazione della lett. g (poi lett. i) dell'art. 1 co. 1 del d.d.l. prevedeva espressamente che «[n]el caso di condanna per uno dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis, la riabilitazione concessa a norma dei commi precedenti non produce effetti sulla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e su quella dell'incapacità di contrattare in perpetuo con la pubblica amministrazione». Il testo oggi, tuttavia, ha perduto sia il riferimento a specifici reati contro la pubblica amministrazione sia a quelle particolari pene accessorie (di cui al nuovo art. 317-bis Cp) e pertanto pare essere riferibile a qualsiasi pena accessoria perpetua conseguente a qualunque reato.

⁹⁵ Cfr. emendamenti da 1.46 a 1.59 presentati nella seduta del 5 novembre 2018 (si veda il documento *Commissioni riunite I e II, seduta del 5 novembre 2018, Allegato 1*, in www.camera.it, 16-18).

equilibri raggiunti dalla più recente giurisprudenza⁹⁶. Il fine della norma si rinviene nella necessità di salvaguardare, nei gradi di impugnazione, le statuizioni sulla confisca già adottate in sede di condanna dal giudice di primo grado, proprio per la presa di coscienza del verificarsi, non di rado, di una declaratoria della prescrizione in appello – che, a seguito della l. 3/2019, per i reati commessi a partire dal 1° gennaio 2020 sarà radicalmente esclusa – nonché cercare di accorciare i tempi del processo scoraggiando impugnazioni meramente dilatorie.

Quello che si vuole evidenziare in questa sede è il risultato, non meditato o voluto dal legislatore, nonché contraddittorio, ravvisabile nell'estensione, da un lato, dell'operatività dell'art. 578-bis Cpp anche ai casi di confisca ex art. 322-ter Cp e,

⁹⁶ Il riferimento è a quella giurisprudenza, non solo della Corte di cassazione, ma anche costituzionale e convenzionale, sui rapporti tra prescrizione e confisca in materia urbanistica. In particolare, fondamentali sono la sentenza Sud Fondi (C. eur. 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, in *FI* 2010, IV, 2 con nota di E. Nicosia, *Lottizzazione abusiva, confisca e diritti dell'uomo*) e il caso Varvara (C. eur. 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.11.2013 con nota di F. Mazzacuva, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*). Sulla base dei principi in quest'ultimo enunciati, la Corte di cassazione ha, poi, ritenuto che «l'intervento della prescrizione per poter consentire il mantenimento della confisca deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio di responsabilità, finendo in tal modo di confermare la preesistente (e necessaria) pronuncia di condanna, secondo una prospettiva non dissimile da quella tracciata dall'art. 578 del codice di rito in tema di decisione sugli effetti civili nel caso di sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione» (Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, in *ANPP* 2016, 398 con nota di S. Melodia, *Prescrizione del reato e confisca: il "nodo" dell'accertamento processuale* e in *CP* 2016, 1362 ss. con nota di F. Lumino, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*). Infine, passando dall'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale (C. cost. 14.1.2015 n. 49, in www.cortecostituzionale.it, su cui, tra gli altri, V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.4.2015; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *DPenCont* 2015, 325 ss.; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, pres. Criscuolo, red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.3.2015), si è giunti alla decisione G.i.e.m. (C. eur. GC 28.6.2018, *G.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia*, in *GiurPWeb* 2018, 6 con nota di F. Cappelletti, *La Grande Camera della Corte EDU deposita l'attesa sentenza in tema di confisca obbligatoria per lottizzazione abusiva. In breve, gli approdi raggiunti*. Per un commento si veda anche G. Civello, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in www.archiviopenale.it 2018, 1 ss.) la quale ha statuito che l'art. 7 Cedu non impedisce che la confisca sia disposta da una sentenza di proscioglimento purché la decisione contenga un accertamento della responsabilità del proscioltto. Da ultimo, Cass. 8.11.2018 n. 5936, in *CEDCass.*, m. 274860, secondo cui «[i]n tema di reati edilizi, il proscioglimento per intervenuta prescrizione maturata nel corso del processo, non osta, in base alla disposizione di cui all'art. 578-bis cod. proc. pen., introdotta dall'art. 6, comma 4, del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, ed anche alla luce della pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. contro Italia, alla conferma della confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, a condizione che la relativa decisione abbia accertato l'esistenza del reato e la responsabilità dell'imputato, garantendo il diritto di difesa secondo i parametri di cui all'art. 6 CEDU». Si veda, per un commento, A. Natalini, *Soluzione possibile se la condanna è di tipo sostanziale. (Edilizia e urbanistica)*, in *GD* 2019 (18), 66 ss.; G. Ranaldi, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: prime "applicazioni" della sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, in *AP* 2019, 1 ss.; G. Civello, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le resistenze italiane alla sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, *ivi*, 1. Più in generale sulla confisca si veda T. Epidendio, G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano 2018 e, in particolare sulla confisca senza condanna, E.M. Mancuso, *Decisione e confisca*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio, G. Varraso, cit., 1264 ss.; si veda anche A.M. Maugeri, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *AP* 2018, 235 ss. e, in particolare sull'art. 578-bis Cpp, 257 ss.

dall'altro, limitando, inconsapevolmente, l'operatività della norma stessa sino all'entrata all'esaurimento dei procedimenti per reati commessi prima dell'entrata in vigore delle norme sull'imprescrittibilità dei reati con l'emissione della sentenza di primo grado o del decreto di condanna, di cui all'art. 1 co. 1 lett. e l. 3/2019⁹⁷: nella stessa legge in cui si amplia l'area di applicabilità dell'art. 578-bis co. 1 Cpp estendendolo alla «confisca prevista dall'articolo 322-ter c.p.» si introduce una abrogazione implicita differita⁹⁸.

6. L'art. 1 co. 1 lett. r l. 3/2019 ha introdotto, interpolando nel tessuto del codice l'art. 323-ter Cp, una inedita causa di non punibilità, frutto di un dibattito avviatosi sin dagli anni Novanta e culminato in numerosi progetti di legge che non vennero approvati⁹⁹.

⁹⁷ Sulla riforma della prescrizione di cui all'art. 1 co. 1 lett. e e f della l. 3/2019 si veda, tra i tanti, S. Braschi, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 43 ss.; G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.1.2019; Id., *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, ivi, 17.12.2018; Id., *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, ivi, 5.11.2018; V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, in *RIDPP* 2019, 557 ss. Sull'istituto della prescrizione, tra gli altri, A. Peccioli, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino 2019 (in particolare, sulla riforma ad opera della l. 3/2019, si veda 120 ss.).

⁹⁸ Sul punto si veda G. Varraso, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.2.2019.

⁹⁹ Sulla scia dell'operazione "mani pulite", il gruppo di magistrati della Procura di Milano, coadiuvato da professori di diritto e procedura penale, elaborò un ambizioso progetto chiamato "Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti" – noto anche come "Proposta di Cernobbio" o "Proposta della Statale" –, con il quale si intendeva sottoporre al legislatore un insieme di misure a carattere penale per combattere il fenomeno corruttivo, prevedendo, tra le altre cose, anche l'introduzione di una causa speciale di non punibilità (Cfr. G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia, *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti*, in *RIDPP* 1994, 1025 ss.; F. Stella, *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, in *RTrimDPenEc* 1994, 935 ss.; D. Pulitanò, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *RTrimDPenEc* 1994, 948 ss.; Id., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *RIDPP* 1997, 3 ss.; T. Padovani, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *RIDPP* 1996, 448 ss. Per le critiche sulla scarsa plausibilità di una "denuncia spontanea" antecedente alla scoperta del reato si veda C.F. Grosso, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di manipolite tra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *CP* 1994, 2341 ss.; G. Marra, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *RTrimDPenEc* 1998, 1016 ss.; A. Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela dei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli 2006, 317 ss. Perplessità per la «esaltazione contestuale di rigore repressivo delle sanzioni e indulgenzialismo esasperato di istituti premiali» sono state espresse da S. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *RIDPP* 1996, 465, mentre G. Fiandaca, *Legge penale e corruzione*, in *FI* 1998, 3 riteneva vi fosse il rischio di offrire «al corrotto o al corruttore un temibile "arma di persuasione" nei confronti del correo perché questi perseveri nel compimento di attività rientranti nel patto corruttivo»). Con quest'ultimo strumento premiale si supposeva di poter raggiungere il risultato, considerato fondamentale per il contrasto alla criminalità politico-amministrativa, di spezzare il *pactum sceleris* tra corrotto e corruttore, ossia indurre il paciscente a rompere il sodalizio, assicurandogli un c.d. "ponte dorato" qualora lo avesse fatto entro un certo termine, avesse tenuto determinati comportamenti riparatori e di collaborazione processuale. A causa delle critiche ricevute e del mancato sostegno questa Proposta non ha avuto seguito. Solo con la l. 6.11.2012 n. 190, c.d. "legge Severino", si è riportato in auge il tema dell'anticorruzione, ma, tra le misure

Secondo l'art. 323-ter co. 1 Cp «[n]on è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 Cp 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».

Una delle ragioni del *deficit* di efficacia dell'azione repressiva nel contrastare il macro-fenomeno criminoso che ci occupa si rinviene nella difficoltà di provare processualmente i fatti di corruzione, stante il forte clima di "omertà" che pervade il mondo degli scambi affaristici corruttivi. La "legge del silenzio" vincola non solo i corrotti, ma anche il corruttore, figura, quest'ultima, caratterizzata da una forte ambiguità: da un lato, il corrotto può svolgere un ruolo attivo di istigatore e promotore del *pactum sceleris* e avere, quindi, interesse a mantenere il silenzio; dall'altro, anche nel caso in cui assuma la veste di vittima che subisce l'iniziativa del pubblico ufficiale, può non aver alcun interesse a denunciare per non veder sfumare lo specifico affare al quale sarebbe stato funzionale l'accordo corruttivo e sancire la sua uscita dal "mercato", in quanto soggetto inaffidabile e non adeguato alle tacite regole del sistema diffuso e "condiviso" di corruzione.

La *ratio* della novella è, certamente, quella di incentivare le denunce e offrire elementi decisivi, ai fini delle indagini, per favorire l'emersione degli accordi corruttivi. Solo apparentemente distonica rispetto all'intento repressivo che contrassegna l'iniziativa legislativa, la causa di non punibilità in esame premia, a determinate condizioni, la collaborazione *post delictum*, prefigurando, a beneficio del collaborante, l'estinzione della punibilità. Differentemente da altre cause di non punibilità codificate, la causa di cui all'art. 323-ter Cp non interviene a convalidare, attraverso

volte alla prevenzione del fenomeno corruttivo, si è tralasciato qualsiasi incentivo normativo volto alla rottura del patto omertoso tra corrotto e corruttore. Non si è trattato di una semplice miopia, ma di un vero e proprio scetticismo nei confronti della causa di non punibilità come mezzo di prevenzione reale alla corruzione, sulla scia delle stesse perplessità emerse nel dibattito degli anni Novanta (si veda, ad es., G. Fiandaca, *op. cit.*, 3 ss., e, poco prima del varo della novella del 2012, S. Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *DPP* 2012, 1239 ss. Sull'abuso di cause di non punibilità di tipo endo-processuale, si veda, più in generale, A. di Martino, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998, 243 ss.). Successivamente, il legislatore, con la l. 27.5.2015 n. 69, contenente *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*, è tornato nuovamente a rafforzare il sistema repressivo del fenomeno corruttivo. A causa del riproporsi delle stesse critiche manifestatesi nei confronti della Proposta di Cernobbio e di pareri contrari alle strategie premiali provenienti dall'ambito internazionale (il riferimento è al *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (Wgb) istituito dall'Ocse per garantire il rispetto della Convenzione del 18 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, ratificata dall'Italia con la l. 29.9.2000 n. 300), si è ritenuto più ragionevole introdurre una mera circostanza attenuante, piuttosto che una causa di non punibilità (si veda, C. Bernussi, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.6.2015; V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, *ivi*, 15.12.2015). Sulla causa di non punibilità in parola si veda anche F. Cingari, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1.8.2019, 20 ss.; F. Fasani, *La nuova causa di non punibilità per il "pentito di corruzione"*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, *cit.*, 13 ss.

l'impunità, un comportamento che efficacemente contrasti il progredire di un'azione criminosa in divenire, bensì ratifica la volontaria e tempestiva denuncia di un illecito, muovendosi non dinamicamente sul piano della fenomenologia criminale neutralizzando l'offensività della condotta, ma sul piano di una complessa fenomenologia procedurale che, attraverso la denuncia, seppur tardiva, della sua adesione alla violazione e a fronte di una collaborazione obiettivamente utile, lo dispensa dalla pena.

In altri termini, l'art. 323-ter Cp sarebbe incentrato sulla «regressione dell'offesa»¹⁰⁰ a determinate condizioni: la reintegrazione dell'interesse offeso dal reato deve essere utile e tempestiva e deve poter «riconnettersi alla minaccia iniziale, e apparire quindi come osservanza sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato»¹⁰¹. Tuttavia, non può non rilevarsi come il fondamento sia in larga parte estraneo al tema della riparazione dell'offesa. La disposizione non ancora la non punibilità alla ritrattazione dell'atto illegittimo né alla sterilizzazione del vantaggio conseguito dal privato denunciante, bensì alla proficua collaborazione e alla sola restituzione della mercede percepita dal pubblico agente ex art. 323-ter co. 2 Cp: la "regressione dell'offesa" si compie non attraverso un *contrarius actus* capace *ex se* di contrastare l'atto antidoveroso, dissolvendo compiutamente un'offesa *in fieri*, ma attraverso una collaborazione processuale, rappresentante un momento di proazione nella repressione.

Trattasi, pertanto, di una esimente "ibrida" che persegue non tanto la riparazione dell'offesa bensì un duplice scopo: sul piano general-preventivo introdurre un «fattore di insicurezza»¹⁰², rendendo instabile l'accordo corruttivo o paracorruttivo, così che gli attori dello scambio illecito non potranno più fare affidamento su un comune interesse a tacere e, in tal modo, disincentivando le condotte illecite. Inoltre, sul piano special-preventivo, la finalità è rompere l'omertà e la solidarietà tipiche delle fattispecie bilaterali come quelle corruttive, incentivando la collaborazione *post delictum* di una delle parti e, conseguentemente, consentire l'acquisizione di elementi probatori che, generalmente, emergono con difficoltà nel processo. Prevedere l'esenzione dalla pena per chi denunci il fatto, se da un lato può ritenersi che renda incerto e rischioso stringere un *pactum sceleris*, dall'altro, tuttavia, espone al rischio che si rafforzi il rapporto tra corrotto e corruttore, potendo costituire un'"arma" di ricatto in mano al secondo per ottenere sempre di più dal primo¹⁰³.

Differentemente dalle altre fattispecie collaborative, nell'istituto in esame la denuncia del correo deve corrispondere a precisi caratteri modali, ossia deve trattarsi di una collaborazione volontaria, effettiva, concreta e posta in essere entro precisi limiti temporali – ciò al fine di salvaguardare l'efficacia general-preventiva e dissuasiva

¹⁰⁰ In questi termini, *Relazione di accompagnamento al disegno di legge 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, cit., 21.

¹⁰¹ Il riferimento, inespresso nella Relazione, è a T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze - "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP* 1986, 398 ss. e, in particolare, per le citazioni 408-409.

¹⁰² Così, D. Pulitanò, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *GiurPWeb* 3/2018, 2.

¹⁰³ Si tratta di dubbi già espressi con riferimento alla medesima causa di non punibilità contenuta nella "Proposta della Statale". Cfr. G. Fiandaca, *op. cit.*, 3.

del precetto penale, altrimenti vulnerata da una prospettiva di agevole impunità –, nonché essere manifestazione di una, seppur tardiva, adesione al precetto penale e in accordo alle istanze special-preventive, senza la quale non sarebbe giustificata la non punibilità del denunciante.

La causa di non punibilità *ex art. 323-ter Cp* è applicabile esclusivamente in favore dell'autore di uno dei reati presupposto che si determini a denunciare il fatto «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». Il breve *spatium deliberandi* accordato al denunciante si giustifica, al pari della spontaneità della denuncia, quale connotato funzionale all'efficace contrasto dell'illecito nonché quale indice di salvaguardia delle esigenze di prevenzione speciale e generale sottese alla norma incriminatrice, atteso che l'"adesione" al precetto, ancorché tardiva, esprime, sia pure indirettamente, una imperatività della norma alla cui coerenza il reo si è subito conformato. Rispetto a ciò l'iscrizione del nominativo dell'interessato nel registro degli indagati *ex art. 335 Cpp* è circostanza del tutto irrilevante finché non sia stata comunicata o l'interessato ne abbia comunque avuto notizia¹⁰⁴. È sufficiente, dunque, che il soggetto sappia dello svolgimento di indagini sul proprio conto, ma non anche della propria iscrizione nel registro degli indagati – che peraltro potrebbe non essersi ancora perfezionata – per vanificare la causa di non punibilità: ciò che rileva è che l'impulso alla collaborazione non sia dovuto ad una scelta utilitaristica ispirata dall'intento di sfuggire alla propria responsabilità dopo aver appreso di essere interessato da un'indagine, indipendentemente, come si è detto, dall'iscrizione del proprio nominativo nel registro di cui all'art. 335 Cpp, iscrizione per altro dovuta trattandosi di un'autodenuncia ed essendo un adempimento logicamente antecedente rispetto alla concreta verifica delle condizioni di non punibilità del denunciante, affidate alle successive acquisizioni probatorie e alla susseguente elaborazione critica

¹⁰⁴ Giustificata è, pertanto, l'espunzione, nel corso dell'*iter* parlamentare, della clausola prevista nel testo originario del disegno di legge che condizionava la fruizione della causa di non punibilità a una collaborazione che intervenisse «prima dell'iscrizione [a carico del collaborante] della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.», clausola che avrebbe potuto suscitare spinose questioni applicative in presenza di plurime iscrizioni del nominativo dell'indagato, in tempi diversi, da parte di più Procure nonché, come rilevato da A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., 8 per i tempi di iscrizione della *notitia criminis* nel registro, che «variano sensibilmente da ufficio a ufficio, a seconda dell'organico che vi è addetto, degli arretrati da smaltire, del numero di sopravvenienze» e, trattandosi di un atto che porta con sé conseguenze rilevanti, l'iscrizione segnerebbe in questo caso «il confine fra l'innocenza e la colpevolezza. Ciò, tuttavia, è irrazionale e inaccettabile, anche dal punto di vista costituzionale: l'estensione della punibilità non può dipendere da un atto d'arbitrio del pubblico ministero, ossia da quanto rapido sia stato nell'annotazione». Sulla dannosità di questa previsione si sono espressi anche R. Piccirillo, *Osservazioni sul Disegno di legge A.C. 1189 recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, in *www.camera.it*, 14-15 secondo cui uno dei dubbi sollecitati da tale disposizione si rinviene nell'assenza di «interesse [a denunciare] in una fase nella quale, essendo potenzialmente segreta l'iscrizione della notizia di reato, non può sapere neppure se la sua denuncia sarà considerata tempestiva (e perciò egli meriterà l'esenzione dalla pena) o meno» e N. Pisani, *op. cit.*, 3591 al quale «sembra pericoloso legare la causa di non punibilità all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, che è totalmente rimessa alla discrezionalità del p.m. (anche per la comunicazione all'interessato), e non è oggetto di sindacato giurisdizionale almeno ai fini relevantissimi della utilizzabilità». Positivamente si è espresso, invece, F. Cafiero de Raho, *Memoria in occasione dell'audizione del 19 ottobre 2018*, cit., 10.

del materiale acquisito.

Ci si chiede, tuttavia, quanto sotto questo aspetto l'esimente possa avere una qualche attrattiva: chi può autodenunciarsi non sapendo se nel frattempo nei suoi confronti siano state svolte indagini in relazione al fatto di reato commesso e per cui si avrebbe un "ravvedimento"?

Altro problema è posto dal termine di quattro mesi, entro il quale deve manifestarsi il comportamento resipiscente del reo, decorrente dalla «commissione del fatto». Trattasi di un termine equivoco, poiché alcune delle fattispecie di cui al catalogo dei reati presupposto manifestano tratti peculiari, quanto alla durata, potendo dislocarsi entro un arco temporale piuttosto lungo e, atteggiandosi quali fattispecie eventualmente permanenti, risulta difficoltoso individuare a partire da quale momento ha inizio, effettivamente, la commissione del reato. Dovrebbe, quindi, ritenersi che il termine finale, entro cui la collaborazione deve manifestarsi, debba individuarsi nella scadenza del quadrimestre decorrente dalla definitiva cessazione del reato, essendo questo il momento di lesione dell'offesa al bene giuridico, al cui ristoro la causa di non punibilità è preordinata. Quanto ai delitti tentati, il termine si ritiene decorra dall'ultimo atto posto in essere.

Si è già detto che la denuncia deve provenire «volontariamente» dal collaborante, ossia non deve essere dettata da contingenze esterne¹⁰⁵, pur essendo di problematica elaborazione probatoria. Non è richiesto un sincero pentimento, potendo essersi deciso ad autodenunciarsi e a denunciare sulla base di un freddo e razionale calcolo utilitaristico. Tuttavia, il rischio risiede nella possibile strumentalizzazione della causa di non punibilità¹⁰⁶, stante la difficoltà di poter provare la preordinazione del disegno criminoso o che la denuncia sia finalizzata a realizzare fini vendicativi ovvero a eliminare un "concorrente" economico o politico.

La collaborazione rilevante al fine del prodursi dell'esimente implica la denuncia del reato, *id est* un contributo dichiarativo che illustri compiutamente il fatto, anche per quanto attiene al contributo del denunciante nella commissione del delitto, nonché la messa a disposizione di «indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili» (art. 323-ter co. 1 Cp). La "denuncia" può essere

¹⁰⁵ Si ritiene possano trasporarsi, in ragione dell'affinità funzionale tra le due figure, gli insegnamenti giurisprudenziali in materia di desistenza volontaria, che riconoscono la configurabilità di quest'ultima purché la mancata consumazione del delitto sia ascrivibile a una scelta «non necessitata ma operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne che rendono irrealizzabile o troppo rischioso il proseguimento dell'azione criminosa»: così Cass. 13.2.2018 n. 12240, in *CEDCass.*, m. 272535-01.

¹⁰⁶ Preoccupazioni in tal senso sono espresse anche da R. Cantone, A. Milone, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *DPenCont* 2019, 20; G. Picciotto, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Napoli 2019, 44 secondo cui «[i]n sostanza più che un mezzo utile per l'accertamento della verità il serio rischio della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. è che essa sia solo in astratto uno strumento di contrasto alla corruzione, e ancor più una sorta di "spauracchio", con l'elevata possibilità di essere a sua volta strumentalizzato da parte degli stessi corrotti e/o corruttori abili ad approfittarne al solo fine di accusare l'altra parte. Addirittura [...] potrebbe rappresentare una vera e propria opzione strategica alternativa, finalizzata a minimizzare le perdite, una sorta di itinerario da percorrere e da seguire offrendosi all'autorità giudiziaria quali potenziali delatori laddove essi siano rimasti insoddisfatti rispetto all'esito che ha avuto un determinato procedimento amministrativo e/o appalto».

acquisita dalla polizia giudiziaria attraverso un atto di denuncia o redigendo un verbale di assunzione di informazioni da persona sottoposta ad indagine (art. 350 Cpp) – nelle forme dell'art. 64 Cpp, qualora siano già in corso indagini nei suoi confronti – o un verbale di spontanee dichiarazioni ex artt. 350 co. 7 e 351 co. 1 Cpp. Si ritiene che, nonostante sia volontaria, poiché la "denuncia" contiene anche dichiarazioni autoaccusatorie e non solo eteroaccusatorie, al denunciante debbano essere formulati gli avvisi di cui all'art. 63 Cpp. Deve trattarsi di una collaborazione utile ai fini investigativi che, seppur non decisiva, contribuisca ad ampliare il compendio probatorio per individuare gli altri responsabili e gli elementi, nonché fonti di prova, a loro carico che possano corroborare e riscontrare le dichiarazioni accusatorie del denunciante. Requisito implicito è che il collaborante fornisca agli inquirenti ogni elemento informativo a propria disposizione atteso che, ritenendo diversamente, sarebbe frustrato il fine special-preventivo e sarebbe minata la credibilità del dichiarante, in contraddizione con la tendenziale stabilità e genuinità della prova.

Infine, la collaborazione prestata inizialmente in fase di indagini preliminari dovrà necessariamente essere scrutinata nel contraddittorio con i chiamati in correità, poiché solo attraverso un esame condotto nelle forme della *cross-examination* si può saggiare la robustezza e la credibilità del collaborante rendendo le dichiarazioni dello stesso probatoriamente utili e concrete, ai fini della repressione dell'illecito, potendo essere utilizzate a sostegno della decisione. Si potrà, pertanto, procedere all'escussione dello stesso richiedendone l'esame nel dibattimento oppure ricorrere all'incidente probatorio, stante la fruibilità non soggetta a particolari condizioni di indifferibilità e urgenza, ex art. 392 co. 1 lett. c e d Cpp per le dichiarazioni rese dai soggetti di cui agli artt. 197 e 210 Cpp, in modo da stabilizzarne la prova in vista del giudizio e poi procedere a separare la posizione del collaborante – il cui nominativo deve essere obbligatoriamente iscritto nel registro delle notizie di reato – e archiviare la sua posizione procedendo a esercitare l'azione penale nei confronti dei chiamati in correità¹⁰⁷.

Il co. 3 dell'art. 323-ter Cp prevede, infine, delle clausole antielusive per cui l'esimente non trova applicazione «quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato» né «in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146». Entrambe le clausole sono correlate alla diffidenza con cui il legislatore guarda all'agente provocatore: la prima disposizione mira a prevenire il paradossale effetto criminogeno cui l'esimente stessa potrebbe dare corso, attraverso la promessa di impunità a favore di colui che istighi e induca al reato un altro soggetto per poi denunciarlo immediatamente dopo¹⁰⁸; la seconda – introdotta nel corso della

¹⁰⁷ Procedere all'archiviazione della posizione del denunciante assicura una certa flessibilità potendo riaprirsi il procedimento qualora nella fase dibattimentale emergano elementi di sospetto in merito alla denuncia tali da poterne inficiare gli effetti premiali che sono conseguiti.

¹⁰⁸ La stessa *Relazione di accompagnamento al disegno di legge 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, cit., 20 ritiene tale disposizione un presidio «per evitare che essa possa essere utilizzata per provocare impunemente la corruzione, al solo fine, ad esempio, di denunciare un rivale».

lettura parlamentare del disegno di legge – si correla all'estensione ad opera della stessa legge delle c.d. attività sotto copertura ai reati presupposto della causa di non punibilità¹⁰⁹. Tuttavia, entrambi i presidi potrebbero non essere sufficienti, risultando difficile l'accertamento della preordinazione della denuncia rispetto al fatto¹¹⁰ nonché tracciare una linea di demarcazione tra l'agente provocatore e l'agente che opera in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri.

7. Sempre nell'ottica di «potenziare gli strumenti investigativi per la prevenzione, l'accertamento e la repressione di reati allarmanti, per diffusività e gravità degli effetti distorsivi prodotti a danno del buon andamento della pubblica amministrazione, dell'economia, della libera concorrenza e dell'affidamento dei mercati»¹¹¹, il legislatore è intervenuto allargando l'operatività delle operazioni sotto copertura a taluni reati contro la pubblica amministrazione.

Come noto, si tratta di uno strumento investigativo il cui statuto "moderno" ha origine negli ordinamenti anglosassoni ove – peraltro – l'*undercover investigator* non ha sempre goduto di un'ottima fama¹¹².

A livello interno, a partire dagli anni '90¹¹³, svariate discipline particolari regolavano l'operatività di tale tecnica investigativa in specifici settori¹¹⁴. Il primo tentativo di

¹⁰⁹ Sul punto si veda *infra*, § 7.

¹¹⁰ Secondo A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., 9 sarebbe richiesta «una prova – quella della premeditazione – troppo difficile». Nella medesima direzione P. Borrelli, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati*, 18.10.2018, per il quale non si tratta di una *probatio diabolica*, ma di «una prova che potrà astrattamente risultare non facile nella misura in cui si tratterà anche di indagare il profilo psicologico che abbia indotto l'agente a promuovere una condotta a fronte della quale si sia ravveduto e abbia fornito nel perimetro anche temporale, indicato puntualmente dalla norma le specifiche del caso»; R. Cantone, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *GiurPWeb* 10/2018, 4; M.C. Ubiali, *Presentato alla camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione (c.d. 'spazza corrotti')*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.10.2018, secondo cui «[I]ndubbia difficoltà nella prova di quest'ultima circostanza [ossia la premeditazione] non dissolve infatti le preoccupazioni circa il possibile abuso di quest'istituto, che potrebbe essere impiegato per incastrare l'altra parte dell'accordo corruttivo».

¹¹¹ Così, letteralmente, la *Relazione di accompagnamento al disegno di legge 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, cit., 24.

¹¹² Sul punto, anche per un'approfondita analisi storica del fenomeno, V. Fanchiotti, *Agente sotto copertura*, in *ED*, VIII 2015, 4. Cfr. anche V. Fanchiotti, *Fictional crimes: il caso delle stash houses*, in *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, a cura di V. Fanchiotti, M. Miraglia, cit., 205.

¹¹³ Per una puntuale ricostruzione storico-normativa, G. Barrocu, *Le indagini sotto copertura*, Napoli 2011, 35 ss.

¹¹⁴ Si veda, ad esempio, in tema di stupefacenti, l'art. 97 d.P.R. 309/1990, ovvero il praticamente coevo art. 25 co. 1 l. 26.6.1990 n. 162. Con riferimento alle operazioni controllate di pagamento dei riscatti ovvero al possibile differimento dell'applicazione della misura cautelare in operazioni connesse all'art. 630 Cp, si veda l'art. 7 d.l. 15.1.1991 n. 8, conv. in l. dalla l. 15.3.1991 n. 82. Analogamente, con riguardo ai delitti di cui agli artt. 629, 648-bis, 648-ter Cp, l'art. 10 d.l. 31.12.1991 n. 419, conv. in l. dalla l. 18.2.1992 n. 172, permette al pubblico ministero di ritardare l'arresto, il fermo o l'applicazione di una misura cautelare quando sia necessario acquisire rilevanti elementi probatori. La l. 11.8.2003 n. 228 e la l. 3.8.1998 n. 269 consentono agli ufficiali di polizia giudiziaria delle sezioni specializzate, previa autorizzazione del pubblico ministero, di simulare l'acquisto di materiale pedopornografico, nonché di partecipare ad iniziative finalizzate al c.d. turismo sessuale. Altre norme consentivano il ricorso a tali strumenti con riguardo alle indagini nell'ambito del testo unico sull'immigrazione: v. art. 12 co. 3-septies d.lgs. 25.7.1998 n. 286; in tema di terrorismo, v. l'art. 4 d.l. 18.10.2001 n. 374, conv. in l. con modif. dalla l. 15.12.2001 n. 438.

razionalizzazione avvenne con la l. 16.3.2006 n. 146¹⁵. Tuttavia, l'intenzione non raggiunse lo scopo prefissato posto che «l'abrogazione delle normative di settore previgenti non risulta attuata pienamente, consentendo la sopravvenienza di una congerie di norme disomogenee, che riproponevano quel tipo di incertezze il cui superamento il legislatore aveva perseguito»¹⁶, sicché con l. 13.8.2010 n. 136 (art. 8) venne riscritta la norma e si pervenne, questa volta definitivamente, ad una disciplina unitaria il cui comun denominatore, se si vuole, è rappresentato dall'appartenenza dei reati per cui è utilizzabili lo strumento al crimine tradizionale in un'accezione di malaffare non tanto di *street crime* quanto piuttosto di macrocriminalità, comunque lontana dai palazzi istituzionali, pacificamente operante in binari clandestini, ad eccezione, forse, dell'ipotesi criminosa – ma non in tutte le sue possibili estrinsecazioni – rappresentata della fattispecie di cui all'art. 260 d.lgs. 3.4.2006 n. 152.

Si tratta, in altri termini, di fenomenologie criminali il cui *principal business* è solito districarsi in canali che, per quanto impermeabili agli ordinari strumenti di indagine, operano in clandestinità e, quindi, difficilmente possono permettersi di verificare i *backgrounds* e i *curricula* dei nuovi arrivati.

Fatichiamo, quindi, a ritenere che nei delitti contro la pubblica amministrazione – le cui fattispecie principali, peraltro, operano su logiche necessariamente bilaterali sicché, come si avrà modo di argomentare, la novella dovrà anche misurarsi con i limiti imposti dalla giurisprudenza della Corte Edu – le operazioni sotto copertura possano raggiungere analoghi risultati, posto che in questo tipo di *white collar crimes* le logiche operative parrebbero sensibilmente diverse, trattandosi di un sistema a rigore più trasparente, ma dotato di anticorpi in grado di impedire ad estranei non graditi di infiltrarsi, soprattutto con riguardo ai fenomeni corruttivi più significativi. Riteniamo, quindi, che l'unico margine apprezzabile di efficacia potrebbe collocarsi nel contrasto ai fenomeni "microcorruttivi"¹⁷ ma, ad esempio, l'impiego dell'agente provocatore (*rectius* sotto copertura) per censurare la condotta del pubblico ufficiale accusato di accettare piccole utilità per compiere un atto del suo ufficio appare sproporzionato¹⁸.

¹⁵ L'*undercover agent* poteva essere utilizzato solo per le indagini relative ai delitti di cui agli artt. 648-bis e 648-ter Cp, ai delitti contro la personalità individuale di cui agli artt. 600 e ss. Cp, alle fattispecie più gravi previste dalla disciplina per il contrasto all'immigrazione clandestina, nonché ai delitti di cui all'art. 3 l. 20.2.1958 n. 75, prevedendo la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria che, al solo fine di acquisire elementi di prova per i citati reati, «anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego».

¹⁶ V. Fanchiotti, *Agente*, cit., 19.

¹⁷ Sulla distinzione tra macrocorruzione e microcorruzione si veda G. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *RespCP* 2018, 374.

¹⁸ M. Biral, *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 223 ss. A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., 3, rileva come sia legittimo, invece, aspettarsi qualche risultato nel lungo periodo, atteso che «infiltrarsi nei gangli della Pubblica Amministrazione è cosa diversa dal fingersi pusher». Per A. Gaito, A. Manna, *L'estate sta finendo...*, in *AP* 3/2018, 7, i reati contro la pubblica amministrazione si caratterizzano per concretizzarsi in un *pactum sceleris* tra due soggetti, sicché le operazioni sotto copertura non

Orbene, la novellata disciplina (art. 1 co. 8 l. 3/2019, che ha sostituito la lett. a dell'art. 9 co. 1 l. 146/2006) estende sia l'elenco dei reati che le condotte scriminate dell'agente.

Sotto il primo profilo, il novero dei delitti per cui sono possibili operazioni sotto copertura si estende ai reati di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione impropria e corruzione propria¹¹⁹, corruzione in atti giudiziari, indebita induzione a dare o promettere utilità limitandosi – sorprendentemente – all'indicazione del solo primo comma lasciando, quindi, scoperta la condotta (che non è infrequente sia complementare e contestuale a quella di colui che riceva) del soggetto che dà o promette utilità (con la conseguentemente poco coerente scelta, invece, di inserire nel catalogo anche l'art. 321 Cp), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, reati contro la pubblica amministrazione commessi dai soggetti di cui all'art. 322-bis Cp, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

Per quanto concerne le condotte scriminate aggiunte alla norma, si passa per una tanto necessaria quanto intricata elencazione delle attività permesse all'*undercover agent*, non favorendosi certo l'intellegibilità della disposizione laddove si consideri che nello stesso periodo sono indicate, ad una "distanza topografica" forse eccessiva, sia le condotte tipiche di fenomeni corruttivi sia le azioni tradizionalmente riportate nelle imputazioni per reati associativi¹²⁰.

Le problematiche che ruotano attorno all'ammissibilità di questo tipo di operazioni muovono, in definitiva, ma si è consci della banalizzazione, intorno a tutto ciò che concerne una scelta nomenclatoria, le cui sfumature, tuttavia, sono ricche di implicazioni. Accettabile l'agente sotto copertura, intollerabile l'agente provocatore¹²¹: «il primo osserva e raccoglie informazioni su determinate condotte criminose. Il

permetterebbero di assolvere la funzione, che invece esercitano in altri contesti, che è quella di permettere alla polizia di entrare all'interno dell'organizzazione criminale. Molto criticamente, A.F. Masiero, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corrotti"*, in www.laegislazionepenale.eu, 8.4.2019, 15.

¹¹⁹ Per ragioni francamente incomprensibili, il legislatore ha ritenuto di inserire nell'elenco *de quo* anche l'art. 319-bis Cp, sebbene appaia pacifico che la norma in esame costituisca una semplice circostanza aggravante.

¹²⁰ Le condotte scriminate prima della novella riguardavano gli agenti di polizia giudiziaria che «danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali». La nuova formulazione appare sensibilmente più complessa: «danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali».

¹²¹ R. Dell'Andro, *Agente provocatore*, in *ED*, I, Milano 1958, 864, efficacemente osservava come «l'antitesi amico-nemico distinguerà nettamente le ipotesi di soggetti che realizzano la fattispecie delittuosa stretti da un vincolo di comunione, dalle ipotesi nelle quali uno dei soggetti, pur contribuendo alla realizzazione d'una fattispecie criminosa alla quale collabora anche un altro soggetto, ha per scopo la punizione di quest'ultimo».

secondo condiziona e istiga il compimento di reati che altrimenti non verrebbero realizzati; in questa ultima ipotesi, chi indaga in incognito crea i *presupposti per punire*: stimola l'azione illecita per ottenere in tempo la prova (uno "stato di flagranza indotto"), che risulta, così, artificiosamente creata»¹²².

Negli stessi termini, del resto, si è espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo che, in numerose occasioni, ha stabilito che occorre, in primo luogo, verificare se l'azione criminosa sarebbe stata compiuta anche senza l'intervento dell'agente sotto copertura, elaborando il c.d. *substantive test of incitement*¹²³, e valutare, quindi, la condotta degli agenti, passiva o attiva, e se vi fossero dei sospetti oggettivi sulla persona indagata del coinvolgimento in attività criminali o, comunque, della predisposizione a commettere un reato¹²⁴. Occorre, quindi, controllare se l'accusato sia stato vittima di *entrapment*, ovvero, in altri termini, se non sia caduto nella trappola preparata dagli agenti *undercover*, risultando peraltro fondamentale, ai fini dell'equità del processo, che l'imputato abbia avuto la possibilità, davanti ai giudici nazionali, di eccepire espressamente il fatto di essere stato vittima di *entrapment*¹²⁵.

Ad esempio, nella sentenza *Teixeira de Castro c. Portogallo*¹²⁶, uno dei casi che, di fatto, costituiscono i *leading cases* della materia¹²⁷, il giudice europeo ha constatato come il ricorrente, in assenza della condotta posta in essere dai due agenti, non avrebbe commesso il reato in materia di stupefacenti. Viene, infatti, rilevato come Teixeira de Castro fosse incensurato, come la sostanza stupefacente fosse stata acquistata da un terzo, che a sua volta l'aveva acquistata da un'altra persona su richiesta dei due agenti infiltrati e come l'attività non fosse stata comunicata o comunque coordinata da un magistrato. I due agenti, pertanto, «*did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence*».

Per contro, nel caso *Calabrò c. Italia*¹²⁸, la Corte Edu dichiarava inammissibile il ricorso argomentando che l'intervento dell'agente non aveva spiegato alcun effetto al fine della commissione del reato.

Deve peraltro rilevarsi come si tratti, in definitiva, di un orientamento consolidato, non registrandosi decisioni di segno opposto¹²⁹.

La distinzione tra agente sotto copertura e agente provocatore è, come accennato, ricca di implicazioni, posto che «le modalità operative adottate sul piano sostanziale,

¹²² P.P. Paulesu, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in AP 2018, 28.

¹²³ Cfr. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, 31.8.2019, in www.echr.coe.int, 40 ss.

¹²⁴ C. eur., 4.11.2010, *Bannikova c. Russia*, § 38. Secondo C. eur., 29.9.2009, *Constantin e Stoian c. Romania*, § 55, la predisposizione a commettere un reato non può banalmente essere desunta dai precedenti penali.

¹²⁵ C. eur., 2.12.2014, *Taraneks c. Lettonia*, § 69.

¹²⁶ C. eur., 9.6.1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, § 38. In proposito v. la nota di A. Tamietti, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CP 2002, 2921 ss.

¹²⁷ M. Scalici, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in AP 2014, 3.

¹²⁸ C. eur., 23.3.2010, *Calabrò c. Italia*.

¹²⁹ *Ex multis*, C. eur., 5.2.2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 51 ss., pronuncia, peraltro, avente ad oggetto un caso di corruzione in atti giudiziari.

nel momento genetico del reato, produc[on]o precise conseguenze sul piano processuale, condizionando l'equità della procedura nel suo complesso»¹³⁰.

Sul versante interno, la giurisprudenza di legittimità¹³¹ ha sostanzialmente aderito alle linee tracciate dal giudice di Strasburgo non solo con riferimento alla distinzione tra gli elementi sostanziali – riferibili alla nozione di agente provocatore v. agente sotto copertura ovvero alla punibilità dell'infiltrato – e quelli processuali, quali le problematiche questioni sulla testimonianza anonima e sulla rilevanza assunta dalla dichiarazione ottenuta in violazione del contraddittorio ai fini della condanna¹³², ma anche con riguardo all'interazione tra essi¹³³.

Da un punto di vista prettamente processuale, si condividono le perplessità di chi assume¹³⁴ che l'aspetto più problematico è rappresentato dal mancato adeguamento dell'art. 497 Cpp. Tale disposizione, prevedendo al co. 2-bis che gli agenti *undercover* indichino le generalità che hanno utilizzato nel corso delle operazioni, si pone in contrasto con i "due paletti" indicati dalla giurisprudenza della Corte Edu che accetta la testimonianza anonima a condizione che non ci siano automatismi e che almeno il giudice debba conoscere la vera identità del dichiarante¹³⁵.

Orbene, la possibilità che la persona accusata non conosca l'identità dell'accusatore risponde – evidentemente – alla necessità di tutelare il teste da potenziali intimidazioni o ritorsioni, nonché a del tutto non condivisibili ragioni connesse ai costi per la formazione degli agenti sotto copertura. Ciò non toglie, tuttavia, che la *cross examination* esperita nei confronti di una persona che cela la sua vera identità evidenzia delle frizioni con il diritto di cui all'art. 6 Cedu e, a ben vedere, limiti *a priori* l'oggetto della testimonianza di cui all'art. 194 co. 2 Cpp, posto che non solo l'esame non potrà estendersi ai precedenti o alla personalità del dichiarante, ma, considerata la necessità di celarne anche le sembianze, non potrà esserne valutato il contegno¹³⁶, l'espressione del viso, precludendo al giudice di poter "to eyeball to the witness"¹³⁷, palesandosi per

¹³⁰ M. Scalici, *Operazioni sotto copertura*, cit., 4.

¹³¹ *Ex multis*, Cass. 8.6.2016 n. 28810, *ivi*, 2017, 778 con nota di A. Maccia, *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo*; Cass. 2.4.2015 n. 19122, in *CP* 2016, 1894 con nota di L. Paoloni, *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu*; Cass. 7.2.2014 n. 20238, in *GD* 2014, 57; Cass. 19.9.2012 n. 1258, in *CP* 2013, 3564 con nota di F. Zacchè, *Operazione antidroga "sotto copertura" condotta dalla polizia municipale*.

¹³² Per una puntuale e condivisibile critica a talune prese di posizione della Corte europea, cfr. M. Miraglia, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, in www.penalcontemporaneo.it, 30.12.2011.

¹³³ M. Scalici, *Operazioni sotto copertura*, cit., 6, per cui «la pregnante interazione tra profili sostanziali e processuali, che è alla base della nozione di "equo processo", trova conferma nella sentenza in esame mediante il riconoscimento del principio di legalità processuale, espressione del rapporto tra Stato democratico e cittadino».

¹³⁴ La perplessità è di A. Camon, *Audizione davanti alle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera dei deputati del 19 ottobre 2018*.

¹³⁵ C. eur., 20.11.1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 43; C. eur., 26.3.1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 73. Sulla testimonianza anonima, E. Selvaggi, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP* 1996, p. 2419.

¹³⁶ G. Barrocu, *Le indagini sotto copertura*, cit., 116.

¹³⁷ Così, M. Miraglia, *La testimonianza anonima: questioni interne, internazionali e sovranazionali*, in *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Profili interni, comparati e sovranazionali*, a cura di V. Fanchiotti, cit.,

l'imputato una vera e propria situazione di *handicap* processuale¹³⁸.

Tali problematiche presentano ancora maggiori criticità con l'apertura delle operazioni sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione. In primo luogo, salvo che tali delitti non siano connessi a quelli di criminalità organizzata, viene meno la *ratio* che giustifica l'anonimato, posto che è lecito presumere che il teste anonimo non abbia da temere per la propria incolumità per aver testimoniato contro il corruttore o il corrotto.

Inoltre, atteso che tra i soggetti legittimati a svolgere operazioni sotto copertura figurano non solo gli ausiliari ma anche le interposte persone, privare la difesa del diritto di controesaminare compiutamente tali soggetti significa non approfondire le ragioni per le quali un privato abbia deciso o gli sia stato richiesto di collaborare con la giustizia.

Sul punto, infatti, non ci sembra azzardato considerare che i reati contro la pubblica amministrazione incidono – più o meno direttamente – sulla libera concorrenza, sicché non può escludersi *a priori* che l'apertura delle operazioni sotto copertura anche alle interposte persone sia suscettibile di diventare, pur in ipotesi patologiche, uno strumento per mezzo del quale "far fuori" la concorrenza, situazione ben difficilmente ipotizzabile nei canali tradizionali delle *undercover operations*.

Non può poi essere condiviso l'assunto, pur fatto proprio dalla Corte Edu in talune occasioni¹³⁹, che l'anonimato si renda necessario non solo per proteggere l'agente sotto copertura da eventuali rappresaglie dell'organizzazione – evenienza che, come osservato, riteniamo improbabile nel caso di utilizzazione per contrastare i reati contro la pubblica amministrazione – ma anche per salvaguardarne la futura utilizzazione. In tali casi, si ritiene che il diritto all'equo processo non possa entrare in bilanciamento con esigenze che, in ultima analisi, sono di carattere economico.

Come accennato all'inizio del paragrafo, riteniamo che il ricorso alle operazioni sotto copertura per la repressione dei reati contro la pubblica amministrazione faticherà a raggiungere i risultati annunciati dal legislatore.

Con riguardo ai reati di "macrocorruzione", rappresentati, ad esempio, dalla tangente corrisposta a un commissario per l'aggiudicazione di un appalto, si ritiene improbabile che l'agente riesca a infiltrarsi e a osservare passivamente l'attività criminosa¹⁴⁰. Si tratta, infatti, di ambienti chiusi i cui strumenti di prevenzione del reato corruttivo – come ad esempio l'adozione del modello di cui al d.lgs. 231/2001, ovvero, sul versante pubblico, il complementare piano triennale di prevenzione della

26.

¹³⁸ A. Tamietti, *Il diritto di interrogare i testimoni tra convenzione europea e costituzione italiana*, in *DPP* 2001, 507.

¹³⁹ C. eur., 23.4.1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, § 57; C. eur., 15.6.1992, *Lüdi c. Svizzera*, § 49.

¹⁴⁰ Nello stesso senso, P. Scevi, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *AP* 2019, 15, per cui «ove il fenomeno corruttivo si palesi in un ambito molto ristretto, nel quale tutti finiscono con conoscersi – per esempio nel caso di affidamento di un appalto o di una commessa per opere o lavori – appare irrealistico ipotizzare che un agente sotto copertura riesca ad infiltrarsi». Analogamente, V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *DPenCont* 2019, 258.

corruzione e il connesso codice di comportamento di cui alla l. 6.11.2012 n. 190¹⁴¹ – oltre a essere, appunto, finalizzati ad evitare la commissione di reati, dovrebbero prevedere protocolli tesi a garantire la tracciabilità di tutti coloro che direttamente o indirettamente adottano le procedure per rapportarsi con la pubblica amministrazione. In tale evenienza, quindi, il Modello di Organizzazione e Gestione (d'ora in avanti MOG), che – appare opportuno ricordare – ai fini di escludere la responsabilità dell'ente richiede una sua fraudolenta elusione, assolverebbe a una duplice funzione: una propria, ossia quella legislativamente prevista dalla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001; una impropria, quella di anticorpo all'intrusione di agenti sotto copertura.

In tale seconda funzione, peraltro, l'infiltrazione dell'*undercover agent* nell'ente costituirebbe una sorta di *stress test*, il cui esito infausto certificherebbe l'inidoneità del modello a prevenire il reato contro la pubblica amministrazione.

Con riguardo, invece, ai micro-fenomeni corruttivi, come, ad esempio, il pubblico ufficiale che riceva l'indebita utilità per evadere la singola richiesta del privato, se si tratta di fatti episodici e non di un mal costume della singola pubblica amministrazione, si fatica a comprendere, al netto delle specificazioni della norma di cui all'art. 9 l. 146/2006, che si premura di precisare che il *pactum sceleris* debba essere stato già concluso da terzi, come possa ragionevolmente sostenersi la mera passività dell'agente *undercover*, in un rapporto bilaterale nel quale ben difficilmente, salvo i casi di scellerata imprudenza, è il pubblico ufficiale a chiedere quanto, più facilmente, è il privato ad offrire.

Nemmeno, del resto, apparirebbe ragionevole che la polizia giudiziaria iniziasse ad effettuare indagini sotto copertura *at random*, sprestando risorse pubbliche e ledendo il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, andando a "saggiare" la virtù del singolo pubblico ufficiale nella speranza che l'infiltrato si veda prospettare un negozio illecito.

Riteniamo, in conclusione, che qualche timida speranza di efficacia dell'allargata tecnica investigativa possa essere utilizzata per reprimere quei fenomeni che, seppur "microcorruttivi" quanto al prezzo del *pactum sceleris*, siano caratterizzati da forte diffusione. Si pensi, esemplificando, alla *notitia criminis*¹⁴² per cui un pubblico ufficiale è sospettato di chiedere abitualmente un *surplus* per assolvere compiti del proprio ufficio ovvero un analogo malcostume che coinvolge più dipendenti del singolo ufficio. Ebbene, in tali evenienze, posto che anche le procedure più sviluppate e analitiche non sono in grado di impedire lo scambio di mano di poche banconote, le operazioni

¹⁴¹ R. Bartoli, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in DPP 2016, 1507 ss.; M. Flores, *I piani triennali anticorruzione e l'analisi del rischio corruttivo*, in Azienditalia 2017, 951 ss.; F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, in DPP 2013, 4; A. Monea, *D.Lgs. n. 190/2012 e D.Lgs. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, in Azienditalia 2014, 330 ss.; A. Rossi, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in DPP 2013, 44 ss.

¹⁴² Su taluni aspetti della *notitia criminis* e operazioni *undercover*, P.P. Paulesu, *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni "sotto copertura", captazione di dati digitali*, in RDPr 2010, 787 ss.

undercover potrebbero effettivamente offrire qualche garanzia di successo, anche se resta da comprendere per quale motivo tali risultati non potrebbero essere raggiunti con modalità investigative più collaudate e "processualmente" meno rischiose per la pubblica accusa.

Dunque, si auspica che le autorità inquirenti vogliano fare ricorso alla novità introdotta con quanta più parsimonia possibile. A differenza di quanto accadeva in passato, ove lo strumento investigativo veniva utilizzato al solo fine di reprimere crimini in settori "clandestini", infatti, un uso eccessivo delle operazioni sotto copertura, oltre a mettere in pericolo i diritti connessi all'equità processuale, minerebbe altri interessi meritevoli di tutela quali la credibilità, la trasparenza e il buon andamento della pubblica amministrazione.

Se tali sono gli interessi in gioco, un aiuto interpretativo nell'utilizzo delle operazioni *undercover* può essere offerto da quanto accade in tema di ordine europeo di indagine penale, laddove la mancanza di una "disciplina europea della prova" è compensata dal ricorso al principio di proporzionalità per cui, come autorevolmente osservato, «non è la conformità ad una fattispecie normativa (inesistente) a fornire l'unità di misura di quella legalità, bensì il contemperamento tra le istanze sottese all'atto investigativo e le garanzie individuali. È infatti previsto che l'ordine europeo di indagine non sia proporzionato quando l'esecuzione dell'atto potrebbe in concreto pregiudicare i diritti e le libertà dell'imputato e di altre persone coinvolte, e non risulti motivato da concrete esigenze investigative e probatorie per fatti di particolare gravità»¹⁴³.

8. Il co. 6 dell'art. 1 della l. 3/2019 interviene novellando, per l'ennesima volta in senso repressivo, l'art. 4-bis della l. 25.7.1975 n. 354. La norma *de qua* appare tra le disposizioni che, negli anni, hanno subito i maggiori stravolgimenti. Inserita, infatti, in epoca emergenziale, sul rilievo che la particolare natura del reato per cui era stata pronunciata condanna precludesse la possibilità di spiare la pena in regime extramurario, è stata oggetto di integrazioni del tutto disarticolate¹⁴⁴ che ne hanno oscurato la *ratio* originaria.

Sino alle ultime elezioni politiche, i lavori degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale¹⁴⁵ avevano permesso di coltivare legittime speranze affinché il catalogo fosse

¹⁴³ P.P. Paulesu, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., 30.

¹⁴⁴ Per ragioni di economia espositiva, la "vita" dell'art. 4-bis Op può dividersi in vari periodi: un primo momento di tendenziale coerenza con il disegno originale, che va dall'introduzione della norma alla fine degli anni '90, in cui il regime ostativo era limitato a reati che, più o meno direttamente, implicavano un'effettiva impossibilità di riconciliarsi con la legalità; un periodo intermedio di netta apertura del catalogo a fattispecie ultronee e di tradimento della *ratio* della norma, che parte dai primi anni 2000 sino all'introduzione della c.d. "Spazzacorrotti" che aggiunge alle fattispecie ostative, per esempio, i reati sessuali; ed un periodo di abbandono definitivo della *ratio* sottesa all'introduzione della norma, inaugurato con la l. 3/2019, per cui l'art. 4-bis Op assume natura definitivamente sanzionatoria.

¹⁴⁵ Sul punto, M. Pelissero, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *DPP* 2016, 1125; M. Ruotolo, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.3.2016.

oggetto di una significativa scrematura, riservando il regime ostativo ai reati *lato sensu mafiosi*¹⁴⁶. Del resto, la stessa legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella l. 103/2017 – poi naufragata nella tempesta del populismo giudiziario del governo "gialloverde" – aveva previsto, alle lett. *b* e *d* dell'art. 1 co. 85, tanto la revisione delle modalità di accesso alle misure alternative alla detenzione, «salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale», quanto l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo». Come noto, le proposte della Commissione Giostra si sono scontrate con un Governo a fine legislatura e un clima politico non favorevole, tanto che, nonostante autorevolissimi appelli volti ad attuare la delega¹⁴⁷, è mancato il coraggio di compiere l'ultimo decisivo passaggio.

Si trattava, a nostro avviso, di un proposito equilibrato che avrebbe permesso di salvaguardare "lo statuto dei mafiosi"¹⁴⁸, favorendo il reinserimento sociale dei condannati per reati la cui natura non giustifica un trattamento differenziato.

Ciò osservato, la novella estende il regime ostativo ai condannati per delitti di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis Cp, i quali potranno accedere ai benefici penitenziari previo un passaggio dal carcere e una valutazione della magistratura di sorveglianza, che dovrà verificare che il condannato abbia posto in essere le condotte di cui all'art. 323-bis co. 2 Cp ovvero quelle di cui all'art. 58-ter Op.

Orbene, la *ratio* che regge – o dovrebbe reggere – il divieto di concessione dei benefici penitenziari per reati per i quali è essenziale recidere il collegamento con il territorio non può in alcun modo essere calata nei reati contro la pubblica amministrazione per svariati ordini di motivi¹⁴⁹.

In primo luogo, per un'intollerabile incoerenza del sistema, dovuta al difetto di coordinamento con le norme in materia di presunzione di adeguatezza della misura cautelare di cui all'art. 275 Cpp, tanto che, soprattutto nel caso in cui il condannato

¹⁴⁶ Cfr. F. Siracusano, *Modifiche all'art. 4-bis ord. penit.*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra, P. Bronzo, in www.penalecontemporaneo.it, 15.7.2017, 191, per cui «[s]eguendo l'itinerario indicato dal criterio direttivo, si propone di epurare la disposizione in esame da tutte le incrostazioni securitarie che negli anni ne hanno ridisegnato il perimetro di operatività e sono valse a congegnare un modello che, di fatto, azzerava ogni margine di discrezionalità valutativa del giudice di sorveglianza. L'obiettivo è, quindi, quello di ricondurre l'art. 4-bis alla sua originaria ispirazione, rimodulando l'istituto anche nell'ottica della necessaria ricomposizione della centralità della giurisdizione di sorveglianza».

¹⁴⁷ Cfr. *Appello al Governo per la riforma penitenziaria*, in *GiurPWeb*, 7.3.2018.

¹⁴⁸ Volendo, L. Barontini, *Prime note sull'improbabile riforma penitenziaria: salvo "lo statuto dei mafiosi"*, in *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di V. Fanchiotti, cit., 137 ss.

¹⁴⁹ Sul punto, A. De Caro, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *PrPG* 2019, 283. F. Siracusano, *Lo status del condannato in via definitiva per fatti di corruzione*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 313 ss. Si consideri, peraltro, che oggetto della novella è il solo comma 1 dell'art. 4-bis Op, ossia la norma dedicata ai delitti c.d. assolutamente ostativi. Per una disamina della disciplina dell'ostatività penitenziaria, F. Fiorentin, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975*, in *GM* 2012, 504 ss.

non abbia sofferto periodi di custodia cautelare, mal si comprende in cosa possa consistere il *periculum libertatis* fino all'udienza davanti al tribunale di sorveglianza¹⁵⁰.

Non possono, inoltre, essere taciute evidenti frizioni con il principio della finalità rieducativa della pena, posto che il ricorso all'espiazione in esclusivo regime intramurario e, dunque, in una modalità che dovrebbe costituire un'eccezione per pene il cui *quantum* tollererebbe una misura alterativa alla detenzione, non può dirsi sorretto da «una valutazione capace di giustificare l'eccezione alla luce della necessaria tutela di valori di pari rilievo costituzionale, appunto "nei limiti della ragionevolezza"»¹⁵¹, come invece potrebbe sostenersi con più convinzione nei casi dei condannati per reati ostativi tradizionali.

Nelle prime settimane di applicazione della nuova norma, le critiche si sono sviluppate su due aspetti tra loro strettamente connessi: la mancanza di una disciplina transitoria (come, invece, era stato previsto in altre occasioni¹⁵²) e, dunque, la natura – sostanziale o processuale – della norma.

Per comprendere la rilevanza della problematica appare sufficiente pensare all'ipotesi di una sentenza *ex art. 444 Cpp* a una pena non condizionalmente sospesa, antecedente all'approvazione della novella, per la cui esecuzione la procura della Repubblica si sia attivata dopo la promulgazione della legge. Applicando la disciplina *ante legge* "Spazzacorrotti", il condannato riceverebbe l'ordine di esecuzione sospeso, gestendo, pertanto, la fase genetica dell'esecuzione della pena in libertà; applicando la nuova normativa, invece, l'ordine di esecuzione non sarebbe soggetto a sospensione e sarebbe necessario un "assaggio di pena" al solo fine di presentare l'istanza di misura alternativa (il cui vaglio di ammissibilità, peraltro, dipenderebbe dall'aver o meno posto in essere condotte, prima non richieste, di collaborazione).

Nella seconda eventualità, plurimi appaiono i rilievi critici, poiché non solo si fatica a celare il profilo sostanziale di una modifica normativa che obblighi ad una carcerazione prima non prevista, ma anche perché non pare possa essere negato l'effetto *in peius* di una strategia processuale prescelta su presupposti più favorevoli che, altrimenti, non sarebbe stata adottata.

Occorre sin d'ora rilevare come apparisse tortuosa la strada per quei condannati che, con differenti modalità, hanno sollevato incidenti di esecuzione per chiedere

¹⁵⁰ Sul punto, F. Cingari, *op. cit.*, 24, il quale rileva come «i nuovi reati inseriti nel catalogo, pur essendo sanzionati gravemente e pur tutelando beni giuridici di particolare rango, non pare possano essere considerati strutturalmente "evidenze empiriche" tali da fondare una presunzione di pericolosità dei relativi autori e da giustificare il regime derogatorio (emergenziale) di cui agli artt. 656, co. 9, Cpp e 4-bis, co. 1, l. 354/1975. Da questo punto di vista, la presunzione legale di pericolosità, che riguarda i condannati per i reati di corruzione, concussione e peculato ordinario, che potrebbe giustificare la scelta legislativa di sottrarli alla disciplina generale della sospensione dell'ordine di esecuzione anche quando vi sarebbero (in astratto) le condizioni per ottenere i benefici penitenziari, appare irragionevole, in quanto non risponde a evidenze empiriche generalizzate compendiabili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*».

¹⁵¹ V. Manes, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *DPC* 2/2019, 111.

¹⁵² Il riferimento è alla stessa legge introduttiva dell'art. 4-bis Op, ad opera del d.l. 13.5.1991 n. 152, che all'art. 4 prevedeva un regime intertemporale, nonché all'art. 4 della l. 23.12.2002 n. 279 che aveva introdotto tra i reati ostativi i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 Cp.

l'inefficacia del titolo per i suoi imprevedibili effetti pregiudizievoli, posto che la giurisprudenza di legittimità¹⁵³ ha, a più riprese, sostenuto la natura processuale della norma di esecuzione della pena e, pertanto, l'assoggettamento delle eventuali modifiche – *in peius* o *in melius* poco rileva – al principio del *tempus regit actum* e non al divieto di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

Ciò osservato, posticipando agli ultimi passaggi del paragrafo ogni valutazione circa la compatibilità della disciplina dell'ostatività con il principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost., la novella dovrebbe interessare solamente gli ordini di esecuzione non ancora emessi e, in particolare, l'esecuzione delle condanne la cui data di irrevocabilità sia successiva all'entrata in vigore della novella¹⁵⁴.

Orbene, in meno di un anno, la Corte costituzionale è stata investita da undici ricorsi per frizioni della nuova disciplina con vari parametri costituzionali. Con sentenza del 26 febbraio 2020, il giudice delle leggi ha quindi dichiarato incostituzionale l'art. 1 co. 6 l. 3/2019 «in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...] si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale», nonché «nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso»¹⁵⁵.

Prima di analizzare la decisione della Consulta, si cercherà di ripercorrere, per sommi capi, le numerose decisioni giurisdizionali intervenute sul punto.

Un primo provvedimento è stato emesso dal giudice per le indagini preliminari di Como¹⁵⁶, il quale, ben lungi dal pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 4-bis Op con i principi costituzionali, posto che il giudice dell'esecuzione non si occupa della concessione delle misure alternative alla detenzione, prerogativa di esclusiva potestà

¹⁵³ Cass. S.U. 30.5.2006 n. 24561, in *CP* 2006, 3963, commentata da A. Natalini, *Delitti sessuali, addio benefici carcerari. Sospensione della pena sempre vietata*, in *D&G* 2006, 28.

¹⁵⁴ Come opportunamente osservato da V. Alberta, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1 OP: questioni di diritto intertemporale*, in *GiurPWeb* 2019, 4, dovrebbe essere applicata la disciplina precedente non solo per gli ordini già emessi, ma anche per quelli "emettibili", quelli, cioè, per i quali vi è il passaggio in giudicato della sentenza, e (aggiungiamo noi), indipendentemente dal fatto che il funzionario abbia apposto il relativo timbro. Di diverso avviso, tuttavia, T. sorv. Venezia, ord. 2.4.2019 n. 1188, in *GiurPWeb* 2019. Per un commento si veda V. Manca, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge "spazza-corrotti")*, in www.archiviopenale.it 2019, 1 ss.

¹⁵⁵ C. cost., 26.2.2020 n. 32, in *GD* 2020 (13), 105. Tra i primi commenti, si segnalano L. Cattelan, *Spazzacorrotti: la Consulta si esprime sulla natura delle norme attinenti la fase esecutiva della pena*, in *Ilpenalista.it*, 9.3.2020; V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe li argini dell'esecuzione penale*, in www.sistemapenale.it, 23.3.2020; C. Minnella, *Illegittima l'applicazione retroattiva di norme che trasformano la pena "fuori" dal carcere in una pena da scontare "dentro"*, in *D&G* 2020, 1.

¹⁵⁶ G.i.p. Como, ord. 3.3.2019, in *GiurPWeb*, 9.3.2019.

del tribunale di sorveglianza, ha preliminarmente limitato il suo *iter* argomentativo alla compatibilità con le norme costituzionali e convenzionali del solo art. 656 co. 9 Cpp. Il G.i.p., quindi, pur dando atto dell'incontrastato orientamento per cui le norme in materia di esecuzione della pena, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto l'esecuzione della stessa, hanno natura processuale, ha coraggiosamente rimesso in discussione «la classica dicotomia in base alla quale si tende ad attribuire aprioristicamente natura sostanziale alle norme che influiscono sul *quantum* della pena e aprioristicamente natura processuale alle norme che incidono sulla quantità della pena, anche quando ne trasfigurino completamente il contenuto, così incidendo in modo significativo sulla libertà personale quanto le variazioni del *quantum* edittale». Facendo pertanto leva sull'abbandono di un concetto formalistico di antitesi processuale/sostanziale e sottolineando l'assoluta rilevanza del concetto di prevedibilità sotteso all'art. 7 Cedu e all'art. 25 co. 2 Cost., il G.i.p. di Como dichiara la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione.

Pochi giorni dopo, viene per la prima volta prospettata alla Corte di cassazione¹⁵⁷ una questione di legittimità costituzionale sotto un duplice profilo: l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo di cui all'art. 4-bis Op e la mancanza di un regime intertemporale. Il giudice della nomofilachia, pur non riconoscendone la rilevanza, considerando la questione oggetto di esclusiva valutazione del solo giudice dell'esecuzione (considerazione di per sé pacifica ma che – di fatto – decreta per il condannato l'assaggio di pena in carcere), non si esprime per una manifesta infondatezza. Rileva la sesta sezione, citando il caso *Del Río Prada c. Spagna*¹⁵⁸ del giudice di Strasburgo, che «i concetti di illecito penale e di pena [hanno] assunto una connotazione "antiformalistica" e "sostanzialistica", privilegiandosi alla qualificazione formale data dall'ordinamento (all'"etichetta assegnata"), la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta».

Pressoché in contemporanea, il Tribunale di Napoli e la Corte di appello di Lecce¹⁵⁹ hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 co. 1 lett. b l. 3/2019, nella parte in cui ha mancato di prevedere un regime intertemporale. Si deve

¹⁵⁷ Cass. 20.3.2019 n. 12541, in www.penalecontemporaneo.it, 26.3.2019 con nota di G.L. Gatta, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*.

¹⁵⁸ C. eur., 21.10.2013, *Del Río Prada c. Spagna*. Il caso riguardava il computo delle detrazioni corrispondenti alla liberazione anticipata nei confronti di un terrorista dell'ETA il cui *quantum* pena, computato con un criterio meramente aritmetico, ammontava a oltre tremila anni di reclusione. Applicando una norma assimilabile all'art. 78 del Cp italiano, la pena veniva rideterminata in anni 30. Nel caso di specie, la *Audiencia Nacional* applicava una nuova giurisprudenza della Corte Suprema Spagnola, c.d. *doctrina Parot* (dal nome di un altro terrorista basco), secondo cui le detrazioni non andavano riferite alla pena del *quantum* giuridico, *id est* trent'anni, bensì dovevano essere applicate alle singole condanne che avevano costituito il cumulo. La detrazione, pertanto, a fronte di una pena "millenaria" non avrebbero avuto alcun effetto. Sul punto, A.L. Castillo, *Sobre la depuración convencional de la "doctrina Parot" del Tribunal Supremo español (Del Río Prada contra España)*, in *DUMDInt* 2014, 195. Si veda, altresì, E. Profiti, *La sentenza "Del Río Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *CP* 2014, 684.

¹⁵⁹ G.i.p. Napoli, 2.4.2019 e App. Lecce, 27.3.2019, entrambe in *GiurPWeb*, 5.4.2019.

constatare che entrambe le ordinanze non si apprezzano per un approfondito rigore argomentativo.

L'ordinanza del giudice partenopeo, dopo aver dato brevemente conto dello stato dell'arte sulla giurisprudenza in tema di natura penale o sostanziale delle norme dell'esecuzione ed aver illustrato per sommi capi le *circumstances of the case* della sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*, si limita a riportare – in corsivo – i punti della decisione della Corte di cassazione poc'anzi citata. Appare evidente come il grado di approfondimento richiesto per sollevare un incidente di legittimità costituzionale debba essere necessariamente più elevato rispetto a un *obiter dictum* per una declaratoria di non rilevanza. Ed infatti, il giudice non si premura di indicare sotto quali profili la disposizione di cui all'art. 6 co. 1 lett. b della l. 3/2019 contrasti con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117 Cost.

Il provvedimento di rimessione del giudice territoriale pugliese appare lievemente più approfondito. Questo, in breve, l'*iter* argomentativo: nessun dubbio sul fatto che la norma di cui si chiede di valutare la compatibilità con il dettato costituzionale abbia natura processuale, in quanto il giudice *a quo* aderisce al granitico orientamento giurisprudenziale in tal senso; ciononostante appaiono condivisibili i ragionamenti della Corte di cassazione, per cui, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Edu, possono rilevarsi frizioni con il dettato di cui all'art. 7 Cedu; la mancanza di una disciplina intertemporale che disponga l'applicazione della norma solo per i fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore sarebbe «fonte di ingiustificata disparità di trattamento ex art. 3 Costituzione [ponendo] sullo stesso piano, sotto il profilo della esecuzione della pena, chi ha commesso il reato potendo contare su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena, eventualmente residua, inferiore a 4 anni, e chi ha commesso o commette il reato dopo l'entrata in vigore della Legge 9.1.2019, n. 3»; vi sarebbe, poi, un ulteriore contrasto con l'art. 25 co. 2 Cost. «per i suoi indubbi riflessi sostanziali in punto esecuzione della pena in concreto, frutto di un cambiamento delle regole successivo alla data del commesso reato», nonché, per gli stessi motivi, un contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 Cedu.

Sempre nel mese di aprile del 2019, il Tribunale di Brindisi trasmette alla Consulta due identiche questioni (differenti solo per il nome del condannato)¹⁶⁰. Il collegio salentino, dopo aver dato brevemente conto dell'univoco orientamento giurisprudenziale secondo cui le norme dell'esecuzione della pena avrebbero natura processuale¹⁶¹, ritiene di discostarsi da tale divisamento. Le eccezioni alla regola generale di cui all'art. 656 co. 5 Cpp, infatti, non incidono «esclusivamente sulle "modalità esecutive della pena" ma anche sulla sua effettiva portata e natura, poiché impongono al condannato che si trovi nelle condizioni per accedere ad una misura alternativa alla detenzione carceraria una temporanea anticipazione del regime detentivo»¹⁶². A sostegno di tale assunto, vengono richiamati gli approdi a cui è giunta

¹⁶⁰ Trib. Brindisi B.A. 30.4.2019, in *GiurPWeb*, 25.5.2019; Trib. Brindisi 30.4.2019, in G.U., 16.10.2019, n. 42.

¹⁶¹ *Ex multis*, Cass. S.U. 30.5.2006, cit.; Cass. 3.2.2016 n. 37578, in *CEDCass.*, m. 268250.

¹⁶² Trib. Brindisi B.A. 30.4.2019, cit.

la Corte Edu con la sentenza *Del Río Prada c. Spagna*¹⁶³. In tale occasione, come noto, il giudice di Strasburgo ritenne che gli effetti peggiorativi di un mutamento giurisprudenziale con riguardo a un istituto assimilabile alla liberazione anticipata ledessero il principio di affidamento del condannato¹⁶⁴, sicché anche le norme di esecuzione della pena devono considerarsi soggette ai dettami di cui all'art. 7 Cedu.

Con provvedimenti del luglio 2019, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Caltanissetta, al quale erano stati sollevati due incidenti di esecuzione volti a ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti di due condannati, solleva due (di fatto identiche) questioni di legittimità costituzionale in quanto la legge 3/2019 ha mancato di prevedere una disciplina transitoria e per tale motivo si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117 Cost¹⁶⁵. Le ordinanze si spendono in approfondimenti laddove respingono la richiesta, formulata in via di principalità dal condannato, di sospendere l'ordine di esecuzione, aderendo al granitico orientamento giurisprudenziale per cui in materia di esecuzione si deve applicare il principio del *tempus regit actum*. Per quanto concerne il dubbio di legittimità costituzionale, i provvedimenti si limitano a richiamare la già citata pronuncia della Corte di cassazione¹⁶⁶.

Nel giugno 2019 anche il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Cagliari rimette gli atti alla Corte costituzionale¹⁶⁷. Nel caso di specie, un condannato alla pena di anni due e mesi otto di reclusione per il reato di cui all'art. 314 Cp per fatti occorsi nel 2011, aveva sollevato incidente di esecuzione al fine di chiedere la sospensione di un ordine di esecuzione che, stante la nuova disciplina, non era stato sospeso. Il giudice sardo richiama la già citata pronuncia della Corte di cassazione¹⁶⁸ condividendone le conclusioni. Il provvedimento di rimessione, quindi, sottolinea come la nuova disciplina crei una ingiustificata disparità di trattamento, rilevante ai sensi dell'art. 3 Cost., «laddove non distingue tra colui che ha commesso il reato quando era ancora possibile ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena se inferiore ai quattro anni, e colui che ha commesso il reato dopo la modifica normativa che ha escluso la suddetta sospensione». Inoltre, la mancanza di una disciplina transitoria, *id est* l'esclusione dell'applicazione della novella ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, si pone in contrasto con l'art. 7 Cedu e, dunque, con l'art. 117 Cost.

Il provvedimento che, ad oggi, si apprezza per maggiore approfondimento e puntualità (non ultimo per l'autorevolezza del relatore) è rappresentato dall'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Venezia¹⁶⁹. Provenendo, infatti, dalla sola giurisdizione che può, di fatto in via esclusiva, applicare l'art. 4-bis Op (posto che il giudice dell'esecuzione in senso stretto può al più sindacare dell'applicazione dell'art. 656

¹⁶³ C. eur. 21.10.2013, cit.

¹⁶⁴ Sul punto, A.L. Castillo, *Sobre la depuración*, cit., 196.

¹⁶⁵ G.i.p. Caltanissetta 16.7.2019, in G.U., 13.11.2019, n. 46.

¹⁶⁶ Cass. 20.3.2019 n. 12541, cit.

¹⁶⁷ G.i.p. Cagliari 10.6.2019, in G.U., 28.8.2019, n. 35.

¹⁶⁸ Cass. 20.3.2019 n. 12541, cit.

¹⁶⁹ T. sorv. Venezia ord. 2.4.2019, cit.

Cpp), il collegio veneziano ha rimesso alla Corte costituzionale l'intero regime ostativo dell'esecuzione dei reati contro la pubblica amministrazione: non solo per la violazione del principio di irretroattività della legge penale, ma altresì per le lesioni dei principi di affidamento (art. 7 Cedu) e del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

In punto rilevanza della questione, l'ordinanza, in maniera abbastanza agevole, assume che, in mancanza del regime ostativo, il condannato avrebbe ottenuto l'accesso ad un beneficio penitenziario, preclusogli dai *nova* della "Spazzacorrotti".

Più interessante, ai fini che qui rilevano, la motivazione per quanto concerne la non manifesta infondatezza.

In primo luogo, la natura sostanziale delle norme che regolano l'esecuzione della pena emerge non già solo dalle indicazioni provenienti dalla Corte europea, ma indizi di tale assunto si appalesano da un'attenta disamina dei precedenti della Consulta così come dall'analisi dell'ordinamento. Il fatto stesso di affidare l'esecuzione della pena al governo di una giurisdizione rieducativa, amministrata da un giudice specializzato, importa il favore per un sistema sanzionatorio di "pene" e non di "pena", sicché, anche se il mutamento qualitativo interviene in forza di una norma processuale, la portata sostanziale appare *in re ipsa*, potendo comportare una decompressione della libertà personale. Devono del resto distinguersi le modalità esecutive della pena dalle misure alternative: le prime sono governate dall'amministrazione penitenziaria, le seconde dalla magistratura di sorveglianza. Le misure alternative, quindi, devono sottostare al principio di legalità, sicché «appare difficile [...] continuare a seguire l'affermazione della giurisprudenza di legittimità per cui si tratterebbe, in tali ipotesi, di norme "processuali" non afferendo le medesime ai profili di accertamento del reato e di irrogazione della pena, poiché proprio di questo in effetti le disposizioni in materia di misure alternative alla detenzione (e non solo) si occupano». Occorre, quindi, un *revirement*.

Sotto il profilo del principio di affidamento, il giudice *a quo* rileva come le sentenze della Corte europea abbiano ormai raggiunto una certa solidità nell'interpretare l'art. 7 Cedu «nel senso che quest'ultimo codifichi il divieto per gli Stati di imporre una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso, secondo un criterio che identifica la "legge" nei contorni di "regola di giudizio accessibile e prevedibile" nei cui confronti il consociato nutre un legittimo affidamento», affidamento che nel caso di specie è stato tradito dall'applicazione immediata della "Spazzacorrotti".

Per quanto concerne, invece, la frizione con il principio finalistico della pena, il Tribunale di sorveglianza di Venezia lega la lesione all'art. 3 Cost., registrandosi una disparità di trattamento tra coloro che, avendo commesso il reato prima dell'entrata in vigore della novella, a causa del carico di lavoro dei tribunali di sorveglianza o di altri fattori casuali, sono travolti o meno dagli effetti peggiorativi della "Spazzacorrotti", sicché tale situazione «viola il principio di cui al comma 3 dell'art. 27 Cost., nella misura in cui incide in senso deteriore sulla libertà personale dei condannati e sui connessi percorsi rieducativi senza alcuna correlazione con il giudizio

sulla personalità dei medesimi e sul grado di rieducazione da essi raggiunto».

Nel giugno 2019, analoga questione viene sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Salerno¹⁷⁰. Nel caso di specie, il condannato per il reato di cui all'art. 319-*quater* Cp si trovava agli arresti domiciliari ex art. 656 co. 10 Cpp. Nei suoi confronti era stato emesso un ordine sospeso ed il "presofferto" consentiva – "quantitativamente" – l'accesso ad una misura alternativa alla detenzione. Inoltre, le risultanze istruttorie avrebbero consentito la concessione del beneficio penitenziario. Il collegio campano concentra la propria attenzione su due aspetti: la lesione dei principi – costituzionali e convenzionali – di cui agli artt. 25 Cost. e 7 Cedu; la violazione dell'art. 27 co. 3 Cost. in relazione all'art. 3 Cost. Sotto il primo profilo, è palese l'aggressione al principio di affidamento, atteso le disposizioni della legge 3/2019 «che rendono più severo il trattamento sanzionatorio delle condotte illecite in materia di taluni reati contro la pubblica amministrazione si configurano come un mutamento imprevedibile ed indipendente della sfera di controllo del soggetto, tale da modificare in senso sostanziale il quadro giuridico-normativo che lo stesso aveva di fronte allorché si è determinato nella sua scelta delinquenziale, con piena consapevolezza delle relative conseguenze, così da poterne adeguatamente ponderare i benefici e gli svantaggi». Per quanto concerne, poi, la violazione dell'art. 27 co. 3 Cost., ripercorrendo la strada suggerita dal Tribunale di sorveglianza di Venezia, l'ordinanza *de qua* sottolinea, in primo luogo, che la novella espone i condannati a subire trattamenti differenziati, in ragione di contingenze del tutto casuali, quali il carico di lavoro dell'ufficio di sorveglianza, per cui taluni subiscono gli effetti peggiorativi della "Spazzacorrotti" solo perché l'udienza si è celebrata prima del gennaio 2019. Un'ulteriore frizione con l'art. 27 Cost., poi, viene individuata richiamando il «principio di non regressione del trattamento rieducativo per un fatto incolpevole del condannato»: il riferimento è a diverse pronunce della Corte costituzionale per cui le disposizioni sopravvenute non devono privare il condannato della possibilità di accedere ad un beneficio penitenziario per il quale siano già stati raggiunti adeguati risultati rieducativi¹⁷¹.

Negli stessi giorni, anche il Tribunale di sorveglianza di Taranto rimette gli atti alla Corte costituzionale¹⁷². Nel caso *de quo*, il condannato doveva espiare una pena residua di anni tre, mesi sette e giorni venticinque di reclusione per plurimi reati di peculato, uniti sotto il vincolo della continuazione, commessi nell'anno 2002. Si trattava di una persona ultrasettantenne con numerose patologie. Il collegio, tuttavia, non ritenendo che lo stato di salute fosse incompatibile con la detenzione ordinaria, rileva come il delitto per cui era intervenuta condanna appartenga (oggi) ai reati assolutamente ostativi, sicché l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo di cui all'art. 4 Op non permette di concedere al prevenuto una misura alternativa alla

¹⁷⁰ Trib. sorv. Salerno 12.6.2019, in G.U., 11.12.2019, n. 50.

¹⁷¹ C. cost. 16.3.2007 n. 79, in CP 2007, 3573 con nota di F. Fiorentin, *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*; C. cost. 4.7.2006 n. 257, in GiurC 2006, 2713 con nota di G. La Greca, *La legge penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*.

¹⁷² Trib. sorv. Taranto 7.6.2019, in G.U., 9.10.2019, n. 41.

detenzione. Viene poi precisato come il condannato non abbia prestato la collaborazione richiesta dalla (novellata) norma, né, peraltro, si ritiene che questa possa essere considerata impossibile. I giudici pugliesi non mettono in discussione la consolidata giurisprudenza di legittimità per cui le norme di accesso alle misure alternative hanno natura processuale e assumono, quindi, che l'art. 7 Cedu non è applicabile al caso di specie. L'unica frizione con i *dicta* costituzionali viene rilevata nella violazione dell'art. 3 Cost. in quanto la mancanza di una disciplina transitoria sarebbe foriera di disparità di trattamento.

Il 31 luglio 2019, infine, la questione viene sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Potenza¹⁷³. Nel caso di specie, il condannato per reati contro la pubblica amministrazione aveva richiesto, prima dell'entrata in vigore della legge che si commenta, un permesso premio. L'istanza veniva dichiarata inammissibile per sopravvenienza della novella. Il detenuto, non essendo (ancora) preteso dalla norma, in sede di richiesta principale non aveva allegato alcunché circa la collaborazione prestata; presentava, pertanto, reclamo ai sensi dell'art. 30-bis Op. In punto rilevanza della questione, il Tribunale rileva che il permesso premio, in assenza della novella, sarebbe stato certamente concesso, attesa l'ottima condotta carceraria del condannato. Con riguardo, poi, alla non manifesta infondatezza, il collegio paventa l'illegittimità dell'art. 1 co. 6 lett. b della l. 3/2019 sotto tre profili. In primo luogo, per contrasto con gli artt. 25 co. 2 e 117 co. 2 Cost., in riferimento all'art. 7 Cedu, per violazione del principio della irretroattività della legge penale. Sul punto, viene rilevato come i *dicta* europei valgano non solo per le misure alternative alla detenzione ma altresì per i permessi premio. In secondo luogo, la novella contrasterebbe con i medesimi parametri costituzionali pocanzi citati per violazione del principio di affidamento. Infine, viene prospettato un contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 2 e 3 Cost. per violazione del principio di ragionevolezza e della funzione rieducativa della pena. In proposito, viene rilevato come la mancanza di una disciplina transitoria possa dare luogo a ingiustificate disparità di trattamento. Inoltre, l'automatica esclusione dall'accesso alle misure alternative andrebbe a discapito anche dei condannati che potrebbero aver già maturato un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto.

La Corte costituzionale, riunite tutte le questioni, respinge le eccezioni dell'Avvocatura generale dello Stato. Sul punto, tuttavia, vale la pena sottolineare una circostanza davvero insolita: la difesa del Governo, all'udienza dell'11 febbraio 2020, ha parzialmente modificato le conclusioni già presentate negli atti di intervento, chiedendo alla Corte di emettere una sentenza interpretativa di rigetto. Con la nuova presa di posizione, l'Avvocatura rileva come le modifiche normative dovrebbero trovare applicazione solo per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della l. 3/2019, aderendo, dunque, all'assunto per cui le norme che peggiorano le condizioni detentive hanno carattere sostanziale e non processuale.

Il giudice delle leggi prosegue analizzando partitamente i profili di dubbia costituzionalità dedotti nelle ordinanze di rimessione.

¹⁷³ Trib. sorv. Potenza 31.7.2019, in G.U., 27.11.2019, n. 48.

Con riguardo all'introduzione di disposizioni, con effetti peggiorativi, applicate retroattivamente, la sentenza rievoca altre pronunce in materia, rilevando che le precedenti declaratorie di illegittimità costituzionale sono state dichiarate per contrasto con l'art. 27 Cost.¹⁷⁴. In altre occasioni aventi ad oggetto gli effetti intertemporali di modifiche all'art. 4-bis Op per contrasto con l'art. 25 co. Cost., la Corte è pervenuta a dichiarazioni di non fondatezza¹⁷⁵.

Viene quindi dato conto dello stato dell'arte della giurisprudenza. Il giudice della nomofilachia, ad eccezione di una pronuncia del 2019¹⁷⁶, ha sempre graniticamente affermato che in materia di esecuzione della pena deve trovare applicazione il principio del *tempus regit actum*¹⁷⁷; la giurisprudenza di merito, recentemente, ha dimostrato un «diffuso disagio»¹⁷⁸ nell'applicare la norma retroattivamente¹⁷⁹.

Non vengono poi taciuti, chiaramente, gli approdi a cui è giunta la giurisprudenza della Corte Edu per cui le disposizioni che determinano una ridefinizione o una modificazione della pena devono sottostare al divieto di applicazione retroattiva di cui all'art. 7 Cedu.

Rileva, quindi, il giudice delle leggi che l'art. 25 co. 2 Cost., da un lato, postula il divieto di applicazione retroattiva delle norme che rendono penalmente rilevante ciò che prima non era tale e, dall'altro, impedisce l'applicazione di una pena più severa di quella prevista al *tempus commissi delicti*.

Viene quindi palesata la duplice *ratio* sottesa al divieto. *In primis*, rileva l'esigenza di garantire ai consociati sia la possibilità di orientare le proprie scelte, *id est* decidere se delinquere o meno, sia di poter selezionare una linea difensiva avendo contezza delle possibili conseguenze sanzionatorie. In secondo luogo, la Consulta richiama una celeberrima pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti¹⁸⁰ che evidenzia come il

¹⁷⁴ Il riferimento è a C. cost. 8.7.1993 n. 306, in CP 1994, 837 con nota di A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*. In tale occasione, la Corte ritenne non sufficientemente motivata la pretesa frizione dell'art. 15 co. 2 d.l. 8 giugno 1992, n. 306 con l'art. 25 co.2 Cost., pur dichiarando l'illegittimità della norma per contrasto con l'art. 27 Cost. nella parte in cui la previsione disponeva la revoca delle misure già concesse qualora non fosse stata accertata la sussistenza di legami con la criminalità organizzata. Ancora l'art. 27 Cost. costituì il parametro per dichiarare l'illegittimità dell'art. 15 della citata legge con C. Cost. 14.12.1995 n. 504, in CP 1997, 1255 con nota di M.G. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.* Nel caso di specie, veniva censurata la norma nella parte in cui estendeva il divieto di ottenere permessi premio anche ai detenuti "ostativi", non collaboranti, ai quali, prima dell'entrata in vigore della norma, fossero già stati concessi tali benefici. Sempre la violazione del principio della funzione rieducativa della pena fu la ragione di altre declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis Op: C. cost. 30.12.1997, in CP 1998, 1310; C. cost. 22.4.1999 n. 137, in CP 1999, 2475; C. cost. 16.3.2007 n. 79, cit.; C. cost. 4.7.2006 n. 257, cit.

¹⁷⁵ Viene, sul punto, segnalata C. cost. 20.7.2001 n. 273, in CP 2001, 3323. La Consulta, in tale occasione, non rilevò profili di frizione con l'art. 25 co. Cost. nella novellata disciplina della liberazione condizionale ad opera del d.l. 306/1992 che imponeva per l'accesso all'istituto in parola in favore dei condannati "ostativi" la collaborazione, osservando che la modifica normativa atteneva non agli elementi costitutivi della liberazione condizionale ma si limitava ad introdurre un criterio legale di valutazione.

¹⁷⁶ Cass. 20.3.2019 n. 12541, cit.

¹⁷⁷ Cass. S.U. 30.5.2006 n. 24561, cit.

¹⁷⁸ Così, testualmente, C. cost. 26.2.2020 n. 32, cit.

¹⁷⁹ Si veda, ad esempio, G.i.p. Como ord. 3.3.2019, cit.

¹⁸⁰ Corte suprema, Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 389 (1798).

divieto "ex post facto laws" rappresenti «un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare ex post pene per fatti già compiuti»¹⁸¹.

La Corte, quindi, sottolinea come la materia dell'esecuzione della pena richieda fisiologici assestamenti della disciplina normativa che non potrebbero essere sempre predeterminati al momento della commissione del fatto. Invero, se per ogni aspetto del regime trattamentale dovesse trovare rigida applicazione la normativa prevista al *tempus commissi delicti*, non solo si registrerebbero significative difficoltà di gestione per l'amministrazione penitenziaria, ma sarebbero evidenti «differenze di trattamento tra i detenuti; con tutte le intuibili conseguenze sul piano del mantenimento dell'ordine all'interno degli istituti, che esso è pure condizione essenziale per un efficace dispiegarsi della funzione rieducativa della pena»¹⁸².

Ciò non significa, per contro, che in materia debba aderirsi, senza eccezioni, al criterio del *tempus regit actum*, atteso che qualora la modifica normativa dia luogo ad una trasformazione della natura della pena ha innegabili effetti sostanziali. Attiene, quindi, alla natura della pena una disposizione di legge che preveda che «una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale [...] divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va[da] eseguita di norma "dentro" il carcere. Tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa»¹⁸³.

Ciò osservato, la Corte ritiene che modifiche in senso restrittivo per l'accesso ai permessi premio e al lavoro all'esterno non incidano sulla natura della pena, dato che, in entrambe le ipotesi, si tratta di esecuzione intramuraria. Tali ipotesi, quindi, non rientrano nel campo applicativo dell'art. 25 co. 2 Cost.

Per contro, le misure alternative alla detenzione, la liberazione condizionale e la disciplina di cui all'art. 565 co. 9 Cpp consistono in forme di esecuzione che escludono la restrizione in carcere e, quindi, incidono sulla natura della pena.

Atteso che il diritto vivente appare orientato nel senso di un'interpretazione di segno opposto, la Corte altro non può fare che dichiarare l'illegittimità della disposizione per contrasto con l'art. 25 co. 2 Cost. nella distorta lettura offertane dai giudici nazionali.

Per quanto concerne, poi, gli effetti restrittivi per l'accesso al permesso premio la Corte ripercorre la strada tracciata in altre pronunce e ritiene incompatibile con gli artt. 3 e 27 Cost. l'art. 6 della l. 3/2019 nella parte in cui vieta l'ottenimento del beneficio penitenziario *de quo* ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della norma, abbiano già maturato risultati rieducativi idonei in tal senso.

Nessuna delle citate ordinanze di rimessione giunge a mettere in gioco la compatibilità della nuova disciplina con l'art. 27 co. 3 Cost., slegata dal canone della ragionevolezza sotto il profilo della disparità di trattamento. Non si è direttamente posta, in altri termini, la questione se l'inserimento dei reati contro la pubblica

¹⁸¹ Così, testualmente, C. cost. 26.2.2020 n. 32, cit.

¹⁸² In questi termini, C. cost. 26.2.2020 n. 32, cit.

¹⁸³ Così, C. cost. 26.2.2020 n. 32, cit.

amministrazione all'interno dell'art. 4-bis Op sia compatibile con il principio finalistico della pena in sé e per sé considerato. La Corte, pertanto, sullo specifico profilo, non si pronuncia¹⁸⁴.

Sul punto, riteniamo che, pur nella consapevolezza del disvalore rappresentato dalla condotta dei reati di corruzione, la scelta carceri-centrica non appaia in alcuna misura giustificata per le ontologiche differenze tra tali reati e i delitti che storicamente hanno indotto il legislatore a introdurre un regime ostativo. Per sradicare l'autore di reati contro la pubblica amministrazione dal fertile terreno del crimine, ammesso e non concesso tale esigenza sussista concretamente, esistono (e la novella le ha incrementate) più blande e meno invasive soluzioni.

L'esempio emblematico può essere offerto dal delitto di peculato, configurabile – come spesso accade – in modalità monoepisodica e, nella maggioranza dei casi, senza la benché minima forma di contestazione concorsuale o associativa. In tale evenienza, l'univoca via del carcere palesa finalità esclusivamente repressive e ben difficilmente può sostenersi la necessità di recidere il collegamento del reo con il territorio (*id est* con la pubblica amministrazione), posto che tale finalità sarebbe già raggiunta con l'applicazione obbligatoria delle pene accessorie di cui all'art. 317-bis Cp.

9. Le linee guida seguite dal legislatore del 2019, per quanto concerne la responsabilità degli enti (art. 1 co. 9 l. 3/2019), possono agevolmente sovrapporsi a quanto previsto per le norme destinate alle persone fisiche in un coacervo di misure ove spicca l'inasprimento sanzionatorio¹⁸⁵.

Necessariamente connessa a tale aspetto sostanziale deve considerarsi la nuova previsione di cui all'art. 25 co. 5-bis d.lgs. 231/2001, laddove, per mitigare la portata del nuovo inasprimento¹⁸⁶ previsto dal precedente comma 5, derogatorio rispetto alle

¹⁸⁴ Invero, si rileva che venivano rimesse alla Corte tre questioni sotto il profilo della compatibilità con l'art. 27 Cost. dell'inserimento dei delitti contro la pubblica amministrazione nel catalogo di cui all'art. 4-bis Op. *In primis*, il giudice della nomofilachia, su ricorso avverso il provvedimento del G.i.p. di Como in precedenza citato, sollevava incidente di legittimità costituzionale chiedendo alla Consulta proprio di valutare la compatibilità dell'art. 1 co. 6 l. 3/2019 con gli artt. 3 e 27 Cost. non già sotto il profilo della mancanza di una disciplina intertemporale, quanto per il fatto stesso di aver inserito nel catalogo di cui all'art. 4-bis il delitto di peculato; Cass. 18.7.2019, in G.U., 25.9.2019, n. 39. Analogamente, C. App. Palermo 29.5.2019, in G.U., 2.10.2019, n. 40, rimetteva gli atti alla Corte costituzionale affinché valutasse la compatibilità dell'inserimento del reato di cui all'art. 319-*quater* nel catalogo dei reati ostativi. Infine, C. App. Caltanissetta 8.10.2019, in G.U., 2.1.2020, n. 1, come la citata Corte di cassazione, dubitava della costituzionalità dell'apertura dell'art. 4-bis Op all'art. 314 Cp. La Corte costituzionale, riunite le cause, alla luce del fatto che le tre ordinanze riguardavano fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. 3/2019 e in ragione di quanto disposto con la sentenza 32/2020, ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici remittenti; C. cost. ord. 11.3.2020 n. 49, in www.sistemapenale.it, 13.3.2020. Diffusamente, sui dubbi di "ragionevolezza intrinseca" del catalogo di cui all'art. 4-bis Op, V. Manes, F. Mazzacuva, *op. cit.*, 18.

¹⁸⁵ C. Cucinotta, *Le modifiche in tema di responsabilità degli enti*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, cit., 193 ss.

¹⁸⁶ Non si registrano, in precedenza, disposizioni del d.lgs. 231/2001 che abbiano derogato al massimo previsto dall'art. 13 (novellato proprio con riferimento all'art. 25 co. 5), a norma del quale le sanzioni interdittive non possono avere una durata inferiore a tre mesi e superiore a due anni. Prima della novella, la norma stabiliva che le sanzioni interdittive non potessero avere durata inferiore ad un anno.

indicazioni contenute nell'art. 13 del medesimo testo, in caso di collaborazione dell'ente, rende nuovamente applicabili i limiti di durata standardizzati dal suddetto art. 13.

La nuova disposizione, a carattere speciale, potendo trovare applicazione solo con riferimento ai reati presupposto di cui all'art. 25 d.lgs. 231/2001, si aggiunge a un più ampio sistema di istituti premiali che caratterizzano la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Si tratta, invero, di condotte di collaborazione di natura sostanziale previste in tutto l'arco del procedimento¹⁸⁷.

In primis, l'art. 12 co. 2 prevede la riduzione da un terzo alla metà della sanzione pecuniaria qualora l'ente risarcisca integralmente il danno, eliminando le conseguenze dannose o pericolose o, comunque, si adoperi efficacemente in tal senso e qualora adotti e renda operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Il comma successivo prevede che qualora ricorrano entrambe le suindicate condizioni la riduzione sia tra la metà e i due terzi.

L'art. 17, inoltre, in ottica ancor più premiale atteso che le sanzioni interdittive sono pacificamente quelle più temute, ricollega l'inapplicabilità di tali sanzioni alla riparazione delle conseguenze del reato che si configura alla ricorrenza, prima dell'apertura del dibattimento, delle due sopracitate condizioni e della messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca¹⁸⁸. Nel caso in cui venga richiesta l'applicazione di una misura cautelare, l'ente può chiedere la sospensione della stessa in attesa che vengano poste in essere le condotte di cui all'art. 17. Analogamente, ai sensi dell'art. 65, prima dell'apertura del dibattimento l'ente può chiedere al giudice di sospendere il procedimento per provvedere alle condotte citate se dimostra di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima.

Infine, l'art. 78 concede, ancora, all'ente che abbia posto in essere tardivamente le condotte di cui all'art. 17 la possibilità di chiedere la conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie.

L'idea di fondo, in adesione al principio *carrot-stick* che caratterizza tutto il "sistema 231"¹⁸⁹, è quella di permettere sempre all'ente di tornare alla legalità. Tutte le citate condotte hanno caratteristiche prettamente sostanziali: è richiesto un *facere* in cambio di una premialità, ma non si richiede una condotta in senso stretto processuale. Di natura ibrida, invece, la nuova ipotesi di collaborazione posto che viene richiesta l'integrazione delle condizioni di cui all'art. 17 ma per ottenere il trattamento ordinario vi è un *quid pluris*, consistente in una collaborazione processuale, che parrebbe palesarsi come una chiamata in correità, ovvero nel rintraccio delle somme illecite percepite o trasferite.

Il comma 5 dell'art. 25, infatti, introduce un regime speciale in ottica squisitamente repressiva per i reati contro la pubblica amministrazione commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente, prevedendo che la durata delle sanzioni interdittive, nel caso

¹⁸⁷ R.A. Ruggiero, *Le condotte di collaborazione previste nel D.Lg. 231 del 2001*, in *CP* 2014, 398.

¹⁸⁸ Sul punto, S.R. Palumberi, *Il ravvedimento operoso post delictum dell'ente*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, t. II, Milano 2016, 2683.

¹⁸⁹ R. Guerrini, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano 2006, 180.

di commissione dei reati di cui ai commi 2 e 3, abbia una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette qualora il reato sia stato commesso da persona in posizione apicale, e non inferiore a due anni e non superiore a quattro se commesso da persona sottoposta alla direzione e controllo della prima. Il neointrodotta comma 5-bis stabilisce che, «[se] prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2».

La disposizione ricalca in maniera pedissequa il disposto di cui all'art. 323-bis Cp, senza premunirsi di considerare che la collaborazione richiesta ad una persona fisica non può sovrapporsi perfettamente a quella esigibile da un ente. Sarebbe stata preferibile una norma opportunamente ritagliata sulle caratteristiche ontologiche della persona giuridica. Si consideri, ad esempio, che l'aver posto, quale condizione per accedere alla premialità, l'essersi adoperato efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori non può che essere considerato uno dei contenuti del modello di organizzazione e gestione che, se, come richiede la norma, adottato e adeguatamente attuato, non può prescindere dall'interruzione di qualsivoglia prosecuzione di una condotta illecita.

A fronte di un discutibile inasprimento sanzionatorio in grado di configurarsi come un'iniezione letale per l'ente¹⁹⁰, la previsione di una disposizione premiale appare condivisibile, sebbene non possa essere celato un netto sbilanciamento a favore dello *stick*, posto che la carota, in tale evenienza, più che in premialità parrebbe consistere nella mera (ri)applicazione della disciplina generale di cui all'art. 13, già di per sé significativamente rigorosa. Inoltre, la formulazione della norma appare, da un punto di vista sia semantico che sistematico, foriera di talune perplessità.

Ed invero, scopo dell'ente non è ottenere la sanzione interdittiva ordinaria, quanto, piuttosto, evitare radicalmente una censura in grado di paralizzarne la capacità produttiva. Il *do ut des* – collaborazione processuale con l'indicazione dei responsabili e l'assicurazione delle prove in cambio del reingresso nel regime delle sanzioni interdittive ordinarie – appare allora sbilanciato, posto che se davvero l'ente pone sul piano sacrificale i responsabili del reato, la resipiscenza palesata andrebbe retribuita con premialità più appetibili.

¹⁹⁰ F. Cingari, *op. cit.*, 19. Per C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP* 2019, 530, «si è, così, al cospetto di una disciplina speciale, che, spiace dirlo, trasuda di incultura e di diletterantismo. È l'innalzamento delle comminatorie edittali interdittive a lasciare senza parole. Non si limita soltanto a replicare le fattezze di una prevenzione generale che si autoalimenta dei propri insuccessi, che, a ben vedere, ha costituito il *trend* delle ultime riforme in tema di contrasto della corruzione. Questa volta l'autoalimentazione degenera in una direzione inimmaginabile, perentoria, definitiva. Solo chi non conosce la realtà di un'impresa può pensare a simili comminatorie, camuffandole per "temporanee": l'irrogazione della sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, sia pure per quattro anni, equivale, *rectius*: consiste, nella *pena di morte dell'ente!*».

Inoltre, da un punto di vista temporale, la norma individua, quale *dies ad quem*, la pronuncia della sentenza di primo grado. Il fatto che non sia indicato un *dies a quo* potrebbe far ritenere che le condotte richieste potrebbero aver luogo anche nella fase procedimentale. Pensiamo che per ragioni sistematiche, ma anche – e soprattutto – per motivi utilitaristici, tuttavia, il periodo in cui potrebbe trovare applicazione la norma non possa che essere quello tra l'apertura del dibattimento e le conclusioni di primo grado, posto che la fase antecedente appare essere coperta dalle premialità di cui all'art. 17 che richiede oneri certamente meno gravosi¹⁹¹.

Ed anzi, non appare del tutto conforme ai canoni della ragionevolezza questa limitazione della premialità conseguente alla collaborazione processuale a solo alcuni dei reati presupposto e, di fatto, solo ad una fase processuale che peraltro può iniziare a significativa distanza dal *tempus commissi delicti*. Parrebbe allora sistematicamente più coerente estendere, allargandone il regime premiale in misura maggiore rispetto a quanto previsto dall'art. 17, posto che l'onere richiesto appare maggiore, la collaborazione processuale anche alla fase procedimentale, soprattutto in ragione del fatto che lo *step* procedimentale delle indagini preliminari sembra quello in cui naturalmente dovrebbero essere individuati (e non accertati) i responsabili ed assicurate (e non assunte) le fonti di prova. Deporrebbe, peraltro, in tal senso un argomento semantico.

Si tratta, a ben vedere, di una collaborazione processuale da espletarsi in dibattimento ma appare davvero oscuro per quale motivo l'ente dovrebbe caricarsi di un onere maggiore – la collaborazione – a fronte di una premialità minore – il mero rientro nel regime ordinario – se, prima dell'apertura del dibattimento, un onere minore – la semplice riparazione – è retribuito con una premialità maggiore – l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive. La logica parrebbe essere quella di attribuire all'ente, accusato dei più gravi reati previsti del "sistema 231" (quantomeno con riferimento alle sanzioni interdittive¹⁹²), che per qualche motivo non sia riuscito ad adempire ai *desiderata* di cui all'art. 17, la possibilità di "scaricare" le persone fisiche autori del reato presupposto al fine di tornare nel regime ordinario di premialità.

Alla luce di tali considerazioni occorre allora chiedersi se il legislatore del 2019 si sia davvero interrogato e confrontato con il *trend* internazionale – che appare orientato verso l'ampliamento di strumenti di *diversion* nei confronti degli enti – e si sia posto, *in primis*, la domanda che dovrebbe palesarsi come prodromica ad ogni intervento sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nell'ordinamento nazionale, ossia per quale motivo, ad eccezione di pochi uffici della procura della Repubblica¹⁹³, l'iscrizione nel registro degli indagati degli enti sia particolarmente rara,

¹⁹¹ F. Cingari, *op. cit.*, 20.

¹⁹² Osserva correttamente V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 305, come i reati di cui all'art. 25 del d.lgs. siano i più gravi solo sul «versante interdittivo», posto che, da un punto di vista editale, vi sono fattispecie ben più gravi.

¹⁹³ La Procura della Repubblica di Milano, uno degli uffici certamente più attivi sul tema, ha registrato, per l'anno 2017, un calo delle iscrizioni del 37% rispetto all'anno precedente: cfr. *Bilancio di responsabilità sociale 2017*, in www.procura.milano.giustizia.it, 85. Recentemente, M. Ceresa-Gastaldo, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.6.2019, ha suggerito

registrandosi uno *spread* di assoluto rilievo tra la contestazione del reato presupposto in capo alla persona fisica e quella nei confronti dell'ente¹⁹⁴.

La risposta parrebbe essere negativa.

L'introduzione di una simile collaborazione per il solo art. 25 d.lgs. 231/2001 e per la sola fase dibattimentale non sollecita sicuramente a limitare la scarsa applicazione processuale della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, così come, conseguentemente, non invita le persone giuridiche ad adottare modelli di organizzazione *ante delictum*.

Non pare, poi, che si sia scelto di seguire la logica suggerita da altre esperienze nazionali, ove la collaborazione avviene in una fase predibattimentale, considerando elemento essenziale ai fini di soluzioni di diversione penale la condotta resipiscente dell'ente, condotta che – necessariamente – implica il "sacrificio" dell'autore materiale del reato presupposto.

In altri ordinamenti, infatti, in particolare quelli anglosassoni, la direzione intrapresa dai relativi legislatori sembrerebbe essersi orientata verso soluzioni alternative al processo penale nell'ottica di riconciliare l'ente con la legalità, indirettamente scaricando sulle persone fisiche autori del reato presupposto le conseguenze squisitamente penali dell'*offence*¹⁹⁵. È appena il caso di osservare che in tali sistemi giuridici questi meccanismi sono suscettibili di un'applicazione più elastica in ragione dell'azione penale discrezionale¹⁹⁶.

All'ordinamento statunitense si deve l'introduzione di sistemi di *pre-trial diversion*¹⁹⁷, anche¹⁹⁸ nel processo agli enti, attraverso l'adozione dei *non prosecution agreements* (NPA) – accordi tra *prosecutor* e *corporation* in forza dei quali il primo,

di «ripristinare l'obbligatorietà "dimenticata" dell'azione sanzionatoria, introducendo il controllo del giudice (oggi assente) sull'inazione e ribadendo l'assenza di qualsiasi spazio discrezionale al momento dell'avvio delle indagini».

¹⁹⁴ Sul punto, V. D'Acquarone, R. Roscini Vitali, *Sistemi di diversione processuale e D. Lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *R231 2/2018*, 125.

¹⁹⁵ Sul punto, F. Mazzacava, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *DPenCont* 2016, 80; R.A. Ruggiero, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12.10.2015.

¹⁹⁶ Sul punto, M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società*³, Torino 2019, 181 s., il quale assume la natura obbligatoria dell'azione penale posto che «il pubblico ministero non è, e non può essere, arbitro della funzione repressiva, né di quella regolatrice del mercato». Si veda, anche per i numerosi riferimenti bibliografici, R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino 2018, 79 ss., la quale rileva come le maggiori criticità non coincidano con la scelta legislativa di affidare il controllo dell'inazione del pubblico ministero al procuratore generale quanto, piuttosto, nel fatto che il rappresentante del pubblico ministero presso la corte di appello – a differenza del giudice per le indagini preliminari (che deve emettere un provvedimento per aderire o meno alla richiesta dell'inquirente) – non ha alcun obbligo di attivarsi.

¹⁹⁷ Le prime forme di *probation* trovano, come noto, origine proprio nell'ordinamento statunitense con la «leggendaria figura» di John Augustus, calzolaio di Boston che si offrì di pagare la cauzione di un soggetto arrestato per ubriachezza procurandogli un lavoro; dopo tre settimane il giudice sospese la pena irrogandogli solo una sanzione pecuniaria simbolica: sul punto, M. Miraglia, *Un processo penale diverso. Analisi e prospettive della messa alla prova*, cit., 9. Sulla *diversion*, V. Fanchiotti, *Speranze e delusioni in U.S.A. nella ricerca di alternative al processo penale*, in *GP* 1983, 227 ss.

¹⁹⁸ È nota, infatti, la forte incidenza statistica degli accordi tra *prosecutor* e *defendant*: V. Fanchiotti, *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *RIDPP* 1994, 56.

ottenute talune assicurazioni dalla seconda, decide di non proseguire l'azione penale – e dei *deferred prosecution agreements* (DPA)¹⁹⁹, sulla stessa linea dei NPA e statisticamente molto più utilizzati: l'azione viene semplicemente differita, con ratifica del giudice, e definitivamente abbandonata solo quando la *corporation* adempie ad una serie di prescrizioni, rimanendo sotto osservazione per un determinato periodo²⁰⁰. Si era registrata, di fatto, più che una negoziazione, un'imposizione da parte del *prosecutor* nei confronti della *corporation* per il rischio connesso non solo all'entità della sanzione infliggenda all'esito del processo ma anche al danno di un'eco mediatica che un processo ad un'azienda – *a priori to big to fail* – può creare. Emblematico, in tal senso, il noto caso della Arthur Andersen²⁰¹, tra le *big five* società di consulenza a livello mondiale, accusata di ostruzione alla giustizia, che rifiutò l'accordo con il *prosecutor* e, nonostante l'assoluzione, collassò economicamente²⁰².

L'esatto contenuto dei DPA e NPA è stato in concreto delineato da strumenti di *soft law*, linee-guida emesse dal *Department of Justice* (DOJ)²⁰³ e dai *Principles of Federal Prosecution of Business Organization*, tramite i vari *memorandum* dell'*Attorney General* di volta in volta in carica. All'interno di essi, oltre a talune indicazioni assimilabili ai nostrani meccanismi *carrot-stick*, quali il risarcimento del danno o la riorganizzazione aziendale mediante adeguati *compliance programs*²⁰⁴, hanno spesso trovato cittadinanza vere e proprie norme in grado di spogliare l'ente di ogni garanzia difensiva. Alludiamo non solo al generico obbligo di cooperare con l'autorità inquirente, ma anche e soprattutto alla rinuncia agli *attorney-client* e *work product protection privileges*. I primi sollevano i legali interni all'azienda dall'obbligo di riservatezza, autorizzandoli ad offrire una piena *disclosure* all'autorità inquirente; i secondi impongono all'ente la consegna di tutta la documentazione interna predisposta in vista del procedimento. Orbene, il primo *memorandum*, «Holder Memo» del 1999, varato dall'*Attorney General* Erik Holder, non faceva alcun cenno ai sistemi di *pre-trial diversion* ma, nell'indicare quali casi di *corporation liability* meritassero la formulazione di un'accusa, dava significativo rilievo alla collaborazione offerta dall'ente. Proprio sulla nozione di collaborazione, indispensabile ai fini di un accordo con il *prosecutor*, si sono concentrati i successivi *memorandum*. Con il

¹⁹⁹ Ellis W. Martin, *Deferred Prosecution Agreements: Too Big to Jail and the Potential of Judicial Oversight Combined with Congressional Legislation*, in *N.C. Banking Inst.* 2013, 461, nt. 33, per cui «[a] DPA is a voluntary agreement that takes the place of a criminal charge in which a prosecutor agrees to withhold the prosecution of a defendant so long as the defendant complies with the provisions outlined in the agreement».

²⁰⁰ R.A. Ruggiero, *Non prosecution agreements*, cit., 3.

²⁰¹ E.K. Ainslie, *Indicting Corporations Revisited: Lesson of the Arthur Andersen Prosecution*, in *American Criminal Law Review* 2006, 107.

²⁰² R.A. Ruggiero, *Non prosecution agreements*, cit., 7.

²⁰³ F. Mazzacava, *La diversione processuale*, cit., 81. Si allude alle *U.S. Sentencing Guidelines*, atto normativo che mirava ad orientare il giudice nel calcolo della sanzione. Sul meccanismo previsto per la responsabilità penale delle *corporations*, N. Bertolini, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: in particolare, le federal sentencing guidelines*, in *FAMbr* 2003, 528. In seguito, la Corte Suprema ha affermato la non vincolatività delle *U.S. Sentencing Guidelines*. Sul punto, V. Fanchiotti, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *DPP* 2005, 903.

²⁰⁴ R.A. Ruggiero, *Non prosecution agreements*, cit., 10.

«Thompson Memo» del 2003, dell'*Attorney General* Larry D. Thompson, si è preteso che la collaborazione fosse autentica, obbligando le *corporations* a misure sempre più singolari per dimostrarne l'autenticità, quali non solo la rinuncia ai *privileges*, ma anche il rifiuto di pagare le spese legali ai propri dipendenti imputati²⁰⁵.

Nel 2006, il «Mc Nulty Memo»²⁰⁶ si è compiuto un (nei fatti infruttuoso) tentativo di superare l'intollerabile situazione di frizione delle prassi dei *prosecutors* con le garanzie costituzionali, prima fra tutte il diritto alla riservatezza, quella di non autoincriminarsi e, in genere, il diritto di difesa dei dipendenti di medio-basso rango. Questi, infatti, venivano di fatto posti sul piano sacrificale dall'ente, che, prima, in adempimento degli obblighi contrattuali, imponeva loro di partecipare alle attività preparatorie alla difesa e, poi, li "abbandonava" quando, per giunta, era probabile che nel corso di tali attività il dipendente avesse rilasciato dichiarazioni di difficile ritrattazione in sede di giudizio. Viene così previsto che la rinuncia ai *privileges* potesse avvenire solo quando il superamento del vincolo di riservatezza fosse indispensabile alla prosecuzione delle indagini, previa istanza all'*Assistant Attorney General*²⁰⁷. Tuttavia, il tentativo si è nei fatti rivelato poco incisivo, attesa non solo la natura di *soft law* delle *guidelines*, ma anche in ragione del fatto che la rinuncia ai *privileges* avviene sovente "spontaneamente" previo "suggerimento" del *prosecutor*.

Tale sbilanciamento ha portato la Corte suprema, con la nota sentenza *U.S. v. Stein*, a dichiarare la violazione del V e del VI emendamento allorché l'ufficio del procuratore del distretto sud di New York ha subordinato l'accordo con una grossa multinazionale alle suindicate imposte condizioni²⁰⁸.

In seguito, con il «Filip Memo» del 2008, adottato dall'*Attorney General* Mark Filip, si è affermato che «*cooperation by a corporation simply means disclosure of all relevant factual information to investigators, but does not require waiver of any privileges*»²⁰⁹.

Con l'ultimo *memorandum*, «Yates Memo», emanato dal vice *Attorney General* Sally Quillian Yates, si registra una nuova linea politica da parte del DOJ, che ha orientato la collaborazione verso l'individuazione di tutti i responsabili delle condotte criminose, precisando che «*the company must identify all individuals involved in or responsible for the misconduct at issue, regardless of their position, status or seniority, and provide to the Department all facts relating to that misconduct*»²¹⁰. Come è stato osservato²¹¹, il *memorandum* dell'*Attorney General* Yates è stato criticato in quanto la logica di porre sul piano sacrificale i responsabili individuali del reato ha possibilità di successo solo qualora questi siano figure di secondo piano, mentre ben difficilmente gli *high-level*

²⁰⁵ J. Power, *Show Me the Money: The Thompson Memo, Stein, and an Employee's Right to the Advancement of Legal Fees Under the McNulty Memo*, in *Wash. & Lee L. Rev.* 2007, 1205.

²⁰⁶ S.H. Duggin, *The McNulty Memorandum, the KPMG Decision and Corporate Cooperation: Individual Rights and Legal Ethics*, in *GEO. J. LEGAL ETHICS* 2008, 341.

²⁰⁷ G.G. Mezio, *Diritto e procedura penale degli enti in U.S.A.*, Milano 2018, 214.

²⁰⁸ J. Power, *Show Me the Money*, cit., 372.

²⁰⁹ B.A. Wilkinson, A. Young K. Oh, *The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: a Ten-Year Anniversary Perspective*, in *New York State Bar Association* 2003, 9.

²¹⁰ U.S. Department of Justice, *Yates Memo*, in www.justice.gov. Cfr. Y.A. Pan, *The Yates Memo: Watch Out, the DOJ Is Coming – Or Is It?*, in *Rutgers University Law Review* 2016, 803.

²¹¹ R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali*, cit., 130.

officials – di fatto i contraenti del *prosecutor* – si sacrificerebbero in prima persona²¹².

Recentemente, il 29 novembre 2018, il vice *Attorney General* Rod Rosenstein ha annunciato l'abbandono del canone «*all or nothing*» adottato dal «Yates Memo», atteso che in determinate ipotesi l'indicazione di tutti i responsabili rischiava di costituire un ostacolo insormontabile al raggiungimento dell'*agreement*, sostituendolo con un più blando obbligo per le imprese di «*identify all individuals substantially involved in or responsible for the misconduct at issue*»²¹³: in tal modo si restituisce agli avvocati dell'accusa la discrezionalità nel valutare la collaborazione dell'ente ai fini di pervenire all'accordo.

Ciò che accade negli Stati Uniti è stato in parte ripreso nel Regno Unito, ove il *Crime and Courts Act (2013)* prevede che tra i contenuti del *deffered prosecution agreement* (DPA) vi sia anche il requisito di *co-operate in any investigation related to the alleged offence*²¹⁴. Inoltre, il regime di utilizzabilità previsto dal paragrafo 13 della medesima *schedule* non cela la possibilità che il materiale sia utilizzato per censurare la condotta dell'autore materiale del fatto²¹⁵. Tuttavia, il fatto che la norma utilizzi l'espressione «*may*» depone per la non tassatività di alcuna delle condizioni ivi indicate, sicché anche la collaborazione non rappresenta una *condicio sine qua non*.

Con riguardo agli ordinamenti di *civil law*, il legislatore francese, preso atto di uno *spread* molto significativo tra le sanzioni pagate dalle persone giuridiche nazionali alle autorità straniere per fatti di corruzione internazionale e l'assenza di condanne, dal 2000 in poi, da parte dei giudici interni nei confronti di enti francesi per analoghe violazioni²¹⁶, ha deciso di intraprendere una strada diversa dalla censura penale tradizionale, introducendo, con la *Loi Sapin II*, l'istituto di *diversion* processuale della

²¹² Sullo *spread* tra *corporate* e *individual prosecution*, B.L. Garret, *Declining Corporate Prosecutions*, in *American Criminal Law Review* 2019, 23-24.

²¹³ G. Colwell, T. Zeno, C. Goldstein, *DOJ Relaxes "All or Nothing" Yates Memo*, in www.anticorruptionblog.com, 29.11.2018.

²¹⁴ *Crime and Courts Act (2013)*, Schedule 17, part 1, § 5, (3), lett. f.

²¹⁵ A. Mangiaracina, *Persona giuridiche e alternative al processo: i deferred prosecution agreements nel Regno Unito e in Francia*, in *CP* 2018, 2190.

²¹⁶ C. Ghrénassia, E. Sacchi, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.1.2018, 5. Il caso più eclatante è rappresentato dalla vicenda Alstom, multinazionale francese che nel 2004 raggiunse l'accordo con il DOJ, obbligandosi, tra le altre cose, a versare una sanzione da 720 milioni di dollari, adottare un *compliance program*, e ammettendo «di aver camuffato i pagamenti ai funzionari stranieri con i contratti di consulenza nei quali erano persino previste delle clausole contro pagamenti illeciti; di aver reclutato consulenti privi delle competenze necessarie per la collaborazione effettiva ai progetti energetici; di non aver vigilato colpevolmente sull'operato dei consulenti assunti e di aver versato loro risorse economiche proporzionali al valore degli affari, con l'evidente finalità di retribuire i pubblici ufficiali stranieri; di aver fornito ai medesimi consulenti le indicazioni per redigere la documentazione contabile necessaria alla liquidazione delle parcelle; di aver adottato delle cautele necessarie ad impedire od ostacolare la ricostruzione degli illeciti pagamenti ai consulenti, pagando in moneta estera e in conti correnti presso istituti bancari stranieri; di aver sabotato consapevolmente i sistemi interni di controllo; di aver fornito false attestazioni alle autorità di vigilanza alle quali sono stati nascosti l'impiego di consulenti e gli illeciti pagamenti; di aver registrato nei propri bilanci queste transazioni come consulenze o donazioni, cercando di farle apparire come del tutto lecite; di aver corrotto anche direttamente gli ufficiali stranieri, ad esempio assumendo alle proprie dipendenze familiari dei funzionari stessi o donando 2 milioni di dollari a un'associazione educativa al solo scopo di consentire la corruzione di un ufficiale»: L. Scollo, *Il caso Alstom: un nuovo «deal de justice» in materia di corruzione internazionale*, in *DCI* 2015, 919.

Convention judiciaire d'intérêt public (CJPI), in forza della quale la *personne morale* accusata di un limitato numero di reati rientranti nel novero della corruzione, del traffico di influenze illecite e del riciclaggio ha la possibilità di sottrarsi al processo accordandosi con il pubblico ministero (previo riconoscimento dei fatti e della qualificazione giuridica) a versare una ammenda di interesse pubblico sino al 30% del fatturato annuo e a sottoporsi, per un periodo massimo di tre anni, ad un *programme de mise en conformité*²¹⁷. Come accade per i DPA nel Regno Unito, la cooperazione, pur avendo un ruolo sicuramente centrale, non è richiesta come elemento irrinunciabile in quanto non solo, in realtà, la disciplina della CJPI non indica i criteri che il *procurateur* deve seguire per avviare le trattative, ma anche perché nel primo caso di applicazione del nuovo strumento di *diversion* penale²¹⁸ la minima collaborazione prestata dalla persona giuridica contraente è stata compensata con una pena "complementare"²¹⁹.

Così brevemente illustrata la finalità della collaborazione in altri ordinamenti si fatica davvero a comprendere per quale motivo il legislatore italiano abbia deciso di sradicare la collaborazione dell'ente dalla sua sede naturale, che la logica imporrebbe in una fase *pre-trial*, e non l'abbia finalizzata verso l'uscita dal processo ma verso il ritorno al comunque rigoroso regime sanzionatorio ordinario.

Qualche rilievo critico, peraltro, può essere rappresentato dall'effettiva applicazione che potrà trovare la nuova norma. Se, infatti, l'art. 17 d.lgs. 231/2001 permette di scongiurare l'afflittività delle sanzioni interdittive qualora l'ente, prima dell'apertura del dibattimento, risarcisca integralmente il danno ed elimini le conseguenze dannose o pericolose e le carenze organizzative adottando ed attuando un MOG idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi e metta a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca, non è dato comprendere per quale motivo le condotte sovrapponibili (tutte, ad eccezione di adoperarsi per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili) non siano state poste in essere prima dell'apertura del dibattimento ed evitare *in toto* l'applicazione delle misure interdittive.

Non basta. La formulazione della norma di cui all'art. 25 co. 5-bis d.lgs. 231/2001 suscita talune perplessità anche da un punto di vista interpretativo posto che non appare di immediata comprensione quale rapporto – alternatività o cumulatività – legghi le condotte richieste ai fini dell'ottenimento della premialità: *i*) evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, *ii*) assicurare le prove dei reati, *iii*) l'individuazione dei responsabili ovvero il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Si osserva, sul punto, che la dottrina maggioritaria²²⁰, interpretando l'art.

²¹⁷ M. Galli, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d'«intérêt public»*, in *RIDPP* 2018, 1285.

²¹⁸ Tra il *Parquet National Financier* (PNF) e la *HSBC Private Bank Suisse SA* (HSBC), *Cour d'Appel de Paris, Tribunal de Grande Instance de Paris*, n.: PNF 11 024 092 018. V. *Cour d'Appel de Versailles, Tribunal de Grande Instance de Nanterre*, 23.2.2018, n.: PNF 11 245 045 572.

²¹⁹ A. Mangiaracina, *Persona giuridiche e alternative al processo*, cit., 2192.

²²⁰ C. Benussi, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.6.2015; G. Domeniconi, *op. cit.*, 15; M. Romano, *sub art. 323-bis Cpp*, in *Id.*, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2019, 390; A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione?*

323-bis co. 2 Cp, non ha palesato nessun dubbio nell'affermare che, ai fini delle configurabilità della circostanza attenuante, sia richiesta una sola delle citate condotte²²¹.

Con riguardo alla novella in discorso, l'ultimo profilo problematico concerne l'individuazione del soggetto in capo al quale grava l'onere collaborativo di cui all'art. 25 co. 5-bis d.lgs. 231/2001²²², con innegabili complicazioni – anzi, a ben vedere, semplificazioni nel senso che è pacifico che tale onere non possa pesare su tale soggetto – nel caso in cui il legale rappresentante sia altresì autore del reato presupposto, posto che, in tal caso, vige l'incompatibilità di cui all'art. 44 d.lgs. 231/2001.

Si rileva, peraltro, che, come poc'anzi osservato, essendo la fase dibattimentale la sede nella quale la collaborazione potrà trovare cittadinanza, il ricorso alla prova testimoniale potrebbe apparire irrinunciabile, o – comunque – più probabile rispetto ad altri strumenti di collaborazione quali la *disclosure* degli atti interni all'ente.

La problematica è nota. L'art. 44 d.lgs. 231/2001, nel prevedere l'incompatibilità con l'ufficio di testimone della persona imputata per il reato presupposto, nonché del legale rappresentante, partecipante al processo in nome e per conto dell'ente, che ricopriva tale carica anche al momento della commissione del reato, implica, in certa misura, che il rappresentante legale successivo possa assumere l'ufficio di testimone e dunque l'obbligo a testimoniare²²³, con buona pace del diritto al silenzio pur in presenza della clausola generale di cui all'art. 35 del medesimo d.lgs. per cui le garanzie riconosciute all'imputato persona fisica dovrebbero essere estese a quella giuridica²²⁴.

Orbene, soluzioni di diversione penale che contemplino e retribuiscano una forma di collaborazione *pre-trial* permetterebbero di superare tali problematiche, soprattutto laddove si riuscissero a sfruttare le potenzialità di cui all'art. 58 d.lgs. 231/2001, che, come noto, in luogo di un controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione prevede un controllo gerarchico, evitando il rinvio a giudizio e coltivando ipotesi di *probation* sino ad oggi non prese in considerazione dal legislatore e negate in via ermeneutica dalla giurisprudenza²²⁵.

E allora, *de iure condendo*, potrebbe e dovrebbe valutarsi l'idea, sia in ottica

Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015), in *SI* 2015, 1121.

²²¹ Benché da un punto di vista di politica legislativa l'opzione per l'alternatività appaia certamente preferibile, non possono celarsi talune perplessità di ordine semantico, posto che, ma la riflessione investe anche il dettato di cui all'art. 323-bis co. 2 Cp, si rileva, da un lato, come le tre condotte siano collegate dalla congiunzione «e» (tra i termini «per assicurare le prove dei reati» e «per l'individuazione»), e, dall'altro, il termine «ovvero» sembri unire le espressioni «l'individuazione dei responsabili» e «il sequestro delle somme o altre utilità trasferite».

²²² Sul punto, F. Di Bonito, *Le modifiche in tema di responsabilità da reato degli enti*, in *Il penalista. La legge anticorruzione (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, a cura di L. Della Ragione, Milano 2019, 66.

²²³ R.A. Ruggiero, *Le condotte di collaborazione*, cit., 400.

²²⁴ M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura*, cit., 87; v. pure H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino 2018, 189; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo a carico degli enti*, Milano 2016, 272.

²²⁵ T. Milano 27.3.2017, in *GiurPWeb*, 27.8.2017 con nota di M. Miglio, *La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica alle persone giuridiche*; cfr. M. Riccardi, M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quale prospettive per la diversione dell'ente?*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.10.2017. Si veda altresì M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 40 e 233 ss.; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali*, cit., 171; D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione?*, in www.lageislazionepenale.eu, 24.11.2019, 10.

specialpreventiva (non assoggettandosi al processo penale) che generalpreventiva (spezzando la linea che tiene insieme i destini dell'ente e dell'autore del reato), di percorrere la strada di offrire all'ente la possibilità di eludere radicalmente il processo penale nel caso in cui – prima del rinvio a giudizio – decida di sottoporsi ad un periodo di osservazione esprimendo in maniera inequivocabile la volontà di riconciliarsi con la legalità.

ILP