

## La stanchezza della minaccia vana (note sparse a dieci anni dalla “legge Severino”)

*Alberto Di Martino*

*Il contributo riflette criticamente sulle tendenze politico-criminali e applicative che hanno segnato il decennio successivo all'approvazione della legge anticorruzione del 2012 (cd. legge Severino), con particolare riferimento agli atteggiamenti culturali che hanno accompagnato la riforma e con i quali essa è stata recepita in particolare dalla giurisprudenza. In particolare, quanto alla giurisprudenza, il lavoro riflette sugli aspetti di metodo, sul rapporto fra regole astratte e caso concreto nella formazione del diritto vivente, sulla distinzione fra casi facili e casi difficili e sull'abuso di questa coppia concettuale. Infine si sofferma su una delle sfide culturali più importanti in materia di corruzione, cioè le innovazioni necessarie quanto alla raccolta dei dati empirici, proponendo di istituzionalizzare le analisi e le valutazioni di impatto della regolazione, con adeguata formazione di tutti i soggetti chiamati ad effettuarle, prima di procedere ad ogni ulteriore iniziativa legislativa in materia penale.*

### 1. Premessa

Le ricorrenze possono avere il sapore amaro del ricordo di speranze, “ameni inganni”; e, più che ad un bilancio, metter davanti al resoconto di sofferti cicli d'una precoce manutenzione ordinaria, iniziata a ridosso dell'immissione sul mercato come se il prodotto tecnologico avesse manifestato troppo presto difetti di funzionamento, o avesse un *design* non confortevole agli utenti. Nell'acquario penale (quel ch'è stato etichettato come il “minisistema” dei delitti di corruzione), potrebbe amareggiare la *rimembranza acerba* dell'illusione che il rinnovato arredo di fondale avrebbe depurato e reso più trasparente l'acqua, o sarebbe risultato pur

sempre familiare ai suoi principali ospiti, che invece vi si sono trovati comunque con una sensazione di straniamento.

Mettendo da un canto le metafore, sembra possibile affermare che le modifiche agli arnesi penali e l'ossessivo aggravamento delle pene principali nel corso degli anni non abbiano prodotto alcuna apparente incidenza sui livelli della corruzione; né le profonde modifiche apportate alle principali fattispecie incriminatrici hanno agevolato il lavoro degli interpreti, insoddisfatti per l'eccessiva frammentazione, soprattutto non quello dei giudici, subito divisi nell'interpretare regole pur forgiate con l'intento di recepire, dandovi credito col sigillo parlamentare, acquisizioni giurisprudenziali ormai consolidate.

Da queste note il lettore non si aspetterà una rassegna analitica delle evoluzioni legislative, puntualmente descritte in tutti gli aspetti di dettaglio nei generi letterari canonici, dai commenti articolo per articolo alle trattazioni monografiche<sup>1</sup>. Si tratta di una letteratura sempre più attenta, sempre più velocemente pronta, sempre più fitta di voci articolate e intessuta di sfumature (soltanto lasciando talvolta l'impressione che la stadera per misurare la quantità di pagine vergate sia sfuggita di mano e quasi impazzita), che sembra davvero difficile poter aggiungere qualcosa, anche di riassuntivo; lo stesso genere delle analisi consuntive è adeguatamente rappresentato<sup>2</sup>. Nell'ottica di riflettere su tendenze e sfide che a partire dalla riforma Severino è possibile individuare dal

<sup>1</sup> Alle soglie della riforma, v. ad es., limitandoci qui a lavori monografici, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione e della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto 'integrato'*, Torino, 2012; nonché il monumentale V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; fra i lavori successivi cfr. V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020; R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino, 2020; C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, 2020; Sulla nuova fattispecie d'induzione indebita, F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente. Un'indagine fra tradizione giuridica e nuovi orizzonti normativi*, Roma, 2020; M. PIERDONATI, *I confini dell'induzione indebita. Il valore euristico dei casi problematici*, Napoli, 2018. Sulla corruzione privata E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.

<sup>2</sup> Cfr. ad es. R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, Padova, 2015; G. COCCO, *La corruzione generica a quattro anni dalla riforma. Questioni dogmatiche e applicative*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 7 ss.; N. AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, consultabile online in *disCrimen* del 27.11.2019.

punto di vista specificamente penalistico, sembra invece più fruttuoso concentrare l'attenzione su alcuni aspetti di metodo: con riferimento non tanto al prodotto normativo, quanto agli atteggiamenti culturali che hanno accompagnato l'introduzione o la modifica delle regole, o con cui queste sono state recepite dai diversi destinatari. In questa sede ci si concentrerà sugli atteggiamenti che ha assunto la giurisprudenza di fronte ad un'indiscutibile modifica del paradigma tradizionale di repressione della corruzione; questo interesse è dettato essenzialmente, se si vuole, dal limite delle competenze di chi scrive, pur se non esclude la consapevolezza che i destinatari delle regole penali non sono soltanto i giudici, ma anche tutti i soggetti chiamati ad operare nel complesso sistema della cosiddetta giustizia penale; oltre che, è appena il caso di aggiungere, i cittadini.

Così precisati i limiti di questo lavoro, saranno affrontati essenzialmente i seguenti aspetti: premessa una sommaria ricapitolazione delle evoluzioni normative che hanno scandito il decennio appena trascorso (§ 2), si darà conto degli atteggiamenti interpretativi con i quali, soprattutto nella giurisprudenza penale, sono state accolte le principali innovazioni sostanziali della legge del 2012 (§ 3); saranno concisamente illustrate le questioni considerate come tuttora aperte: non tanto con riguardo al merito delle soluzioni proposte, quanto nel quadro degli atteggiamenti culturali e specificamente metodologici con cui le riforme sono state recepite (§ 4); infine ci si soffermerà brevemente su quella che dovrebbe essere considerata come una delle sfide culturali più importanti in materia di anticorruzione<sup>3</sup>: innovare seriamente la raccolta dei dati in direzione interdisciplinare, nonché istituzionalizzare – eventualmente centralizzare anche a mezzo di una generale informatizzazione – le analisi e valutazioni di impatto della regolazione, con adeguata formazione di tutti i soggetti chiamati ad effettuarle, prima di procedere a qualunque ulteriore azione che comporti modifiche, foss'anche con le migliori intenzioni, del sistema penale e delle incriminazioni in particolare (§ 5).

<sup>3</sup> Per il concetto di "anticorruzione" cfr. di recente F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, 2021, *ad vocem*.

## 2. Dieci anni in pillole

### 2.1 Linee portanti

La cifra caratterizzante gli aspetti penalistici della riforma operata con la legge 190/2012 è stata, semplificando all'osso, quella di schierare le linee della repressione in una sorta di *acies triplex*, di triplice linea di risposta: modifica delle fattispecie di corruzione in senso stretto, introducendo in particolare un nuovo reato di corruzione per l'esercizio della funzione; modifica della fattispecie di concussione, tradizionalmente considerata come tipicamente italiana; affiancamento al "vecchio" millantato credito di una più aggiornata incriminazione del c.d. traffico di influenze.

La prima linea di riforma esprimeva il riconoscimento legislativo di un orientamento giurisprudenziale molto noto e dibattuto, formatosi nell'esperienza di 'Tangentopoli', che applica comunque lo schema corruttivo alla realtà criminologica rappresentata da una vera e propria messa a libro paga dei pubblici funzionari, pur senza identificare uno specifico atto oggetto di compravendita.

La seconda linea di riforma era volta a dare risposta soprattutto a pressioni internazionali, volte a far riconsiderare all'ordinamento italiano la natura del rapporto tra soggetto privato e pubblico funzionario al di fuori di situazioni di vera e propria costrizione (soprattutto nel caso di transazioni economiche internazionali).

Infine, il nuovo reato di traffico di influenze – pure sollecitato, anche se tecnicamente non imposto, da una convenzione internazionale – intendeva attrarre nell'orbita del diritto penale situazioni molto anticipate rispetto ad un eventuale accordo corruttivo, ma che ne costituiscono, nell'ottica del legislatore, un fertile terreno di rischio: è il regno dei c.d. faccendieri.

Con periodicità pressoché triennale si sono poi susseguiti altri interventi legislativi, che potrebbero essere rappresentati come di tipo meramente cosmetico, nel senso cioè che non modificano le fondamentali linee della riforma del 2012, ma intervengono con ritocchi giustificati da considerazioni di efficienza (o, il che è lo stesso, dalla constatazione o dal sospetto della inefficacia del grande intervento riformatore del 2012). Il centro estetico, insomma, è rimasto sempre aperto.

Innanzitutto, con legge 69/2015, l'incarico di pubblico servizio torna ad essere soggetto attivo della concussione, dalla quale era stato estro-

messo sul presupposto che una vera e propria costrizione potesse essere esercitata soltanto da un pubblico ufficiale; una logica, questa, sepolta dalla realtà dell'ordinamento amministrativo, davanti alla quale il diritto penale appare gravemente scollato<sup>4</sup>. In effetti, il diritto amministrativo riconosce all'incaricato di un pubblico servizio una sfera di poteri che potrebbero essere abusivamente esercitati nei confronti del soggetto privato allo stesso modo, e forse persino più intrusivamente che non quelli del pubblico ufficiale. Si provvede inoltre ad un ulteriore inasprimento delle cornici edittali previste per tutti i reati di corruzione.

L'intervento è seguito a note vicende di cronaca, nelle quali è emersa ancora una volta una realtà di corruzione sistemica in ambiti locali ma di grande rilievo: si tratta in particolare delle vicende cosiddette di mafia capitale<sup>5</sup>, o 'Tangentopoli romana'. Il disporsi di rapporti corruttivi in modalità sistemiche seppure in ambito locale (per quanto molto rappresentativo, coinvolgendo la capitale dello Stato) non deve peraltro stupire, se si pone mente al fenomeno del c.d. *corruption displacement* evidenziato da studi politologici: si tratta dello spostamento della corruzione che si disloca dall'ambito nazionale a quello locale, quale effetto collaterale avverso della concentrazione dell'attività repressiva sul livello politico nazionale<sup>6</sup>.

La risposta, prevedibile quanto banale, è stata nel senso di un generalizzato inasprimento delle pene principali – soprattutto nell'ottica di incidere sulla prescrizione e sull'applicabilità di altri istituti premiali – nonché di un aggravamento delle pene accessorie. Come caratteristica significativa della riforma del 2015 si può indicare, peraltro, l'introduzione di una forma inedita di riparazione pecuniaria: con la sentenza di condanna per i delitti espressamente indicati, è sempre ordinato il pagamento di una

<sup>4</sup> Sul tema sia sufficiente rinviare a V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, partic. p. 123 ss.

<sup>5</sup> In senso critico, v. l'intelligente divulgazione di C. VISCONTI, *La mafia è dappertutto. Falso!*, Bari-Roma, 2016, specialm. il cap. II. In generale, una lettura del nuovo volto della corruzione alla luce della propria specialissima esperienza è offerta da P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017.

<sup>6</sup> Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, l'analisi di E.F. WOODHOUSE, *Accountability and corruption displacement: evidence from Italy*, in *Journal of Public Policy* (2022), 42, pp. 730-754 (spec. 732 e 748 ss.).

somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico funzionario, e ciò appunto a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione a cui questi appartiene o in favore dell'amministrazione della giustizia nel caso di corruzione giudiziaria, impregiudicato il diritto al risarcimento del danno. Si tratta di un istituto a natura sostanzialmente punitiva, che «si connota per l'intento di rafforzare l'efficacia general-preventiva e retributiva dell'apparato sanzionatorio»<sup>7</sup>.

Ancora a quest'altezza temporale, dunque, le strategie anticorruzione sono centrate sul diritto penale ed in particolare puntano ad un ulteriore potenziamento dell'arsenale sanzionatorio (poco importa capire se per ragioni di semplice simbolismo populistico o per esibita ignoranza o per entrambi i motivi). Ma, come si vedrà, è atteggiamento che, almeno quanto all'ossessione per l'innalzamento delle pene edittali, si rivelerà caduco: l'ineffettività di tale strategia nel contenimento della corruzione sarà riconosciuta di lì a breve.

Per quanto non direttamente collegata alla materia penale, dev'essere inoltre registrata la legge 179/2017 sul *whistleblowing*, volta a migliorare ed estendere l'applicazione di uno strumento considerato importante nell'emersione dei fenomeni corruttivi e particolarmente raccomandato a livello internazionale<sup>8</sup>. Da un lato sono apportate modifiche alla previsione già introdotta dalla legge Severino per il settore pubblico, dall'altro lo stesso istituto, cioè un sistema di tutele per dipendenti o collaboratori che effettuano segnalazioni circostanziate relative alla commissione di illeciti o alla violazione del modello di organizzazione gestione o controllo, conosciuti in ragione delle funzioni svolte, è introdotto per il settore privato, con una integrazione del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi.

<sup>7</sup> Cfr. ad esempio, in questi termini, R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 76, ove ulteriori riferimenti.

<sup>8</sup> Per una prima descrizione del contenuto della legge cfr. G. CARDINALE, *Whistleblowing: tra disciplina di settore e interventi di riforma*, in *Giur. Pen. web*, 2018, 6, p. 1 ss. Al tema è dedicato il volume di A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I Convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria" - Milano, 18-19 novembre 2019*, Milano, 2020. La letteratura internazionale è vastissima; cfr. soltanto, in prospettiva comparata (che comprende 23 Paesi), G. THÜSING, G. FORST (eds.), *Whistleblowing. A Comparative Study*, Springer, 2016; nonché H.C.L. YURTAGÜL, *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union*, Springer, 2021.

Infine, la riforma operata con legge n. 3/2019, notoriamente passata alle cronache come legge “spazzacorrotti”, trova la sua dichiarata ragione nella persistenza di un alto livello di corruzione percepita, nonché nella presa d’atto del persistente carattere diffuso, seriale, sistematico della corruzione in senso stretto e di altri reati contro la pubblica amministrazione: un fenomeno endemico, che alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici sia sociali<sup>9</sup>. Anche in questo caso, non mette conto indugiare sugli elementi di dettaglio; la strategia dispiegata è tripla.

In primo luogo, sono disposti inasprimenti – giudicati talvolta ai limiti del ragionevole – del complessivo trattamento sanzionatorio dei reati corruttivi, valorizzando in particolare le pene accessorie.

Inoltre, è introdotta una causa di non punibilità per il corrotto pentito, volta a perseguire una maggiore efficacia preventiva rispetto alla riduzione di pena già prevista dalla legge del 2012.

Infine, ma non da ultimo, la legge punta al potenziamento degli strumenti investigativi (intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile; estensione ai delitti puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni del regime speciale previsto per i delitti di criminalità organizzata e terroristica, con particolare riferimento all’intercettazione ambientale tramite captatore informatico all’interno del domicilio, a prescindere dall’esistenza di un fondato motivo per ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa; estensione ai più gravi delitti contro la p.a. delle operazioni sotto copertura).

La strategia politico-criminale perseguita dall’ultima riforma intende tuttavia presentarsi differente da quella che ha informato il *trend* legislativo degli anni trascorsi, pur nel quadro del complessivo aggravamento sanzionatorio. Ferma restando la tendenza al rigore, in effetti, è affermato che ulteriori interventi di diritto penale sostanziale non consentirebbero

«di realizzare l’obiettivo prefissato dal legislatore in termini di maggiore incisività nell’azione di contrasto e repressione del fenomeno

<sup>9</sup> Fra tanti, R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 79.

corruttivo, come dimostrano le comparazioni e le rilevazioni statistiche effettuate nel corso dell'istruttoria, nonché le analisi della giurisprudenza e i contributi dottrinari disponibili. I dati statistici elaborati dalla direzione ministeriale competente, in particolare, evidenziano come al sensibile e progressivo inasprimento delle pene previste per i delitti contro la pubblica amministrazione adottato dalle precedenti riforme normative non corrispondono significative correlazioni con il numero dei reati accertati e delle condanne definitive, stante l'esiguità dei reati accertati in giudizio e la sostanziale indifferenza del loro numero ai mutamenti edittali<sup>10</sup>.

Nel complesso di un quadro ancora caratterizzato da una "tolleranza-zero" tanto sbandierata quanto frustrata dalla sua inanità, qual nota vagamente ottimistica potrebbe meritare di essere sottolineato proprio l'avvenuto riconoscimento, in sede legislativa, della vacuità di ulteriori aumenti delle cornici edittali. Per quanto una tale ammissione si accompagni pur sempre ad un aggravamento complessivo del trattamento sanzionatorio, come si è accennato, potrebbe trattarsi di una consapevolezza che va gradualmente consolidandosi, orientando la gestione dei fenomeni corruttivi verso i lidi della prevenzione, non soltanto sotto un profilo strettamente giuridico.

## 2.2 *Una storia parallela: l'abuso di ufficio (cenni)*

La storia delle vicende normative occorse nel decennio post-Severino non sarebbe completa se non si dedicassero almeno pochi cenni ad una "storia parallela", cioè alle vicende normative e giurisprudenziali che

<sup>10</sup> Cfr. Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sullo schema di disegno di legge recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza e controllo dei partiti e movimenti politici", p. 2. E prosegue: «il potenziamento degli strumenti di contrasto del malaffare dilagante non può esaurirsi nell'inasprimento sanzionatorio, destinato a rimanere privo di effettività se non accompagnato da efficaci strumenti di prevenzione e accertamento dei reati. Del resto, il sensibile e progressivo inasprimento delle pene previste per i delitti contro la pubblica amministrazione a partire dalla riforma adottata nel 1990 (con legge 26 aprile 1990, n. 867) e, più marcatamente, dal 2012 (con le leggi 6 novembre 2012, n. 190 e 27 maggio 2015, n. 69) - pur sortendo l'effetto di prolungare i termini di prescrizione dei reati - non presenta una significativa correlazione con il numero dei reati accertati e delle condanne definitive, come le statistiche del Ministero della giustizia - Direzione generale di Statistica e Analisi organizzativa rivelano».

hanno interessato il reato di abuso di ufficio<sup>11</sup>, per quanto si tratti d'una storia le cui ragioni, dimensioni, esiti fuoriescono largamente dall'oggetto di questo scritto.

Per quanto la legge del 2012 si sia limitata ad un ritocco verso l'alto della cornice editale risultante da precedenti riforme<sup>12</sup>, senza intervenire sulla fattispecie interessata già a quell'epoca da controverse vicende applicative, proprio queste vicissitudini sono inestricabilmente legate all'ambito ed alle sorti della galassia dei reati di corruzione.

Concepito come estremo baluardo contro condotte non altrimenti qualificabili, l'abuso d'ufficio ha sempre costituito, in effetti, una sorta di reato-spia di condotte più gravi, fra le quali appunto quelle corruttive. Questo può spiegare come la fattispecie di reato, per quanto tecnicamente residuale, che cioè si applica «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», abbia sempre ricoperto un ruolo strategico, prospettandosi incombente in concreto a dispetto della sussidiarietà in astratto. In questa sua veste di reato residuale ma minacciosamente pervasivo, inoltre, l'abuso d'ufficio è stato sempre affetto da un deficit di determinatezza e dunque da una malleabilità applicativa la quale percorre lunghe stagioni d'incursione del sindacato penale nell'attività dell'amministrazione pubblica. A partire dalla notissima riforma del 1990, con reiterati interventi il legislatore ha cercato di definire in modo più preciso la condotta di "abuso", in realtà progressivamente restringendone la portata applicativa sia sul piano oggettivo<sup>13</sup> sia su quello soggettivo<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sia sufficiente citare qui il recente lavoro di E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta - Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Università di Trento, collana della Facoltà di giurisprudenza, vol. 38, 2022, il cui cap. 1 è interamente dedicato alla ricostruzione delle modifiche normative che hanno interessato l'articolo 323 c.p. A questo lavoro si rinvia anche per ogni opportuno richiamo di bibliografia.

<sup>12</sup>La pena passa da sei mesi a tre anni ad un anno e quattro anni di reclusione.

<sup>13</sup> Mentre nella versione originaria ed in quella modificata nel 1990 (l. n. 86/1990) il fatto era costituito da un abuso caratterizzato dal dolo specifico, cioè il fine di procurare vantaggio o di recare danno, a partire dall'ulteriore modifica del 1997 (l. n. 234/1997) la fattispecie richiede un vero e proprio evento (procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare un danno ingiusto); inoltre, la condotta dev'esser qualificata da un requisito modale, perché si conferisce rilevanza soltanto ai casi di «violazione di norme di legge o di regolamento», o di omessa astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti».

<sup>14</sup> Ciò è stato perseguito, con la riforma del 1997, richiedendo espressamente il dolo intenzionale.

Tuttavia è altrettanto noto che il «modello minimalista e residuale» non è stato rispettato a lungo dalla giurisprudenza: come è stato osservato, «l'ambito di (potenziale) rilevanza penale rischiava (...) di ridursi alla sola e assai marginale attività vincolata (...) divenendo tanto asfittica da risultare completamente inutile»<sup>15</sup>. Di qui le dilatazioni applicative, in particolare ai casi di sviamento di potere pur in assenza di una formale violazione di legge o regolamento (concetti già problematici in sé, come il regolamento, o divenuti tali nell'esegesi, come nel caso del concetto di «legge», esteso fino a comprendere i generali principi costituzionali sull'amministrazione); la Cassazione cristallizza la sua posizione in tal senso proprio alla vigilia della riforma Severino<sup>16</sup>.

Di recente, una delle estensioni applicative più controverse affiorate nella prassi ha riguardato, non a caso, un campo di interferenza con l'ambito dell'anticorruzione: quello del ricorso, quale parametro dell'abuso, alla violazione delle linee guida dell'ANAC<sup>17</sup>. Per quanto la questione applicativa specifica sia nuova, e le diatribe siano state da subito roventi, si è trattato dell'ulteriore manifestarsi di un problema strutturale risalente, rispetto al quale la posizione giurisprudenziale si è definita in termini del tutto coerenti con una linea culturale profondamente assestata nel tempo. Si è trattato dell'ennesima emersione della faglia sotterranea che scorre da tempo sotto il territorio di confine fra esercizio dei poteri amministrativi e controllo del giudice penale, e la cui persistenza non può essere spiegata senza considerare, come è stato sottolineato, che negli ultimi vent'anni del Novecento si è assistito ad un «salto di qualità» rispetto a quelle realtà corruttive documentabili almeno dagli inizi del secolo scorso, e in realtà sin dall'Italia postunitaria. Ma «la spaventosa crescita quantitativa dei fenomeni illegali, (...) rappresenta in sé quel salto di qualità: il passaggio da realtà illegali importanti, ma localizzabili, a veri e propri fenomeni che affondano nel tessuto connettivo della vita

<sup>15</sup> S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE, G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2ª ed., 2021, p. 283.

<sup>16</sup> Cass. S.U. 29.9.2011 n. 155, ad es. in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>.

<sup>17</sup> C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, p. 285.

sociale di ogni giorno (...) È in un simile contesto che la magistratura italiana si è trovata ad operare<sup>18</sup>.

La reazione dei pubblici amministratori, soprattutto locali, alla minaccia incombente della contestazione dell'abuso d'ufficio ha portato tuttavia – secondo una visione corrente che forse, tuttavia, meriterebbe di essere riconsiderata –<sup>19</sup> ad un fenomeno noto come amministrazione difensiva (giornalisticamente detta “fuga dalla firma”), cioè «un approccio alla gestione della cosa pubblica caratterizzato dall'adozione di criteri di cautela estrema, che arriva fino alla paralisi decisionale, da parte dei pubblici funzionari, preoccupati di incorrere nei rigori della legge penale»<sup>20</sup>. L'amministrazione difensiva indica dunque un comportamento assunto durante un processo decisionale, volto piuttosto all'autotutela del soggetto decisore rispetto ai rischi che la decisione da prendere

<sup>18</sup> L. MARINI, *La corruzione politica*, in L. Violante (a cura di), *La Criminalità, Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Torino, 1997, p. 368.

<sup>19</sup> S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Riv. it. di public management*, vol. 3, n. 2, 2020, p. 342 ss. Si tratta di un'indagine statistica basata sulla distribuzione di un questionario molto articolato (con domande situazionali e domande sulla percezione del rischio), poco conosciuta in ambito giuridico-penale, che riteniamo invece di grande interesse. Svoltata da due economisti, nelle conclusioni (pur provvisorie e problematiche) si sottolinea come il riferimento all'amministrazione difensiva non sia ascritto specificamente ai rischi penali, ma alla duplice circostanza, da un lato, della difficoltà di una normativa confusa sul piano del diritto amministrativo e, dall'altro lato, alla carenza di formazione specifica, in particolare sulla materia degli appalti. Può essere interessante notare, inoltre, che quando la domanda circa il comportamento “difensivo” non è posta in modo diretto, i comportamenti riferibili all'amministrazione difensiva non sembrano particolarmente significativi all'interno della categoria del responsabile unico del procedimento, ammontando a non più del 10 o 20% delle decisioni prese; quando invece la domanda è posta in modo per così dire frontale, le risposte profilano uno scenario del 30-50%. Ancora, i rimedi di fronte ai comportamenti di amministrazione difensiva sono indicati prevalentemente, dagli stessi funzionari, nel potenziamento della formazione, nel miglioramento degli incentivi volti a premiare la rapidità delle decisioni, nel miglioramento degli incentivi di carriera, oltre che nel potenziamento del sistema dell'assicurazione professionale contro i rischi della responsabilità erariale. Si tratta dunque di soluzioni che non hanno nulla a che vedere con l'ambito penalistico, sul quale invece sembrano essersi concentrati i rimedi messi in cantiere in sede legislativa, in cui la discussione ruota, in termini comprensibilmente molto conflittuali, attorno all'abolizione o meno dell'abuso d'ufficio. Cfr., quanto alle proposte di legge in cantiere, i d.d.l. 2145 «Modifica dell'articolo 323 del codice penale in materia di reato di abuso di ufficio», 2279 «Modifica all'articolo 54 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ecc.», 2324 «Disposizioni in materia di responsabilità penale» (*Atti Parlamentari - Senato, XVIII Legislatura*).

<sup>20</sup> Così nella manualistica penale riassume il fenomeno, ad es., S. FIORE, *op. cit.*, p. 278.

comporta, che non alla scelta migliore per l'organizzazione pubblica in cui il decisore esercita le funzioni.

D'altronde, il raggiungimento della soglia di intollerabilità nei rapporti fra sindacato penale ed amministrazione sembra essere avvenuto in concomitanza con la diffusione di un dato statistico, ripreso anche dai commentatori: «Sulla base dei dati forniti dal Ministero della Giustizia, nell'anno 2021, su 5.418 procedimenti definiti dall'ufficio GIP/GUP, le archiviazioni sono state 4.613 (di cui 148 per prescrizione); quanto alle sentenze di condanna, ne sono state pronunciate 9, con 35 patteggiamenti, mentre sono stati 370 i decreti che hanno disposto il giudizio. All'esito del dibattimento, poi, su 513 procedimenti definiti le condanne sono state 18 (a fronte di 37 nel 2020 e di 54 nel 2019) e le assoluzioni 256»<sup>21</sup>. L'accusa iniziata sui presupposti di un abuso si rivela infondata in una percentuale intollerabile di casi; tanto intollerabile, da delegittimare i presupposti dell'intervento penale.

È proprio in questo contesto che maturano le condizioni per il più recente intervento legislativo, operato con il d.l. 74/2020 convertito in l. 11.9.2020, n. 120. Nel richiedere in particolare la violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (con eliminazione *tout court* dei regolamenti), il legislatore palesa nel modo più trasparente l'intenzione di sottrarre al sindacato penale l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Un'intenzione sempre costante nel tempo a partire dalle riforme degli anni Novanta, ed altrettanto costantemente contrastata da una giurisprudenza insofferente<sup>22</sup>.

V'è da chiedersi se la riforma dell'abuso si ponga in controtendenza rispetto alla severità della legge c.d. spazzacorrotti. Per quanto la ricerca di una reale coerenza politico-criminale nell'agitarsi del legislatore sia comunque opera vana (salvo ravvisarla nel pericoloso collante del cosiddetto populismo penale), si potrebbe osservare che le due riforme si collocano su piani distinti in termini di politica del diritto e questo

<sup>21</sup> La citazione è tratta da C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso di ufficio*, in *Sistema penale (online)*, 23.1.2023, cui si rinvia per riferimenti bibliografici ulteriori.

<sup>22</sup> Per un quadro riassuntivo dell'applicazione giurisprudenziale cfr. da ultima E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio*, cit., cap. II (p. 123 ss.).

renderebbe in qualche misura semplicistica non soltanto una valutazione in termini di “inversione di rotta”, ma anche una vera e propria comparazione.

Mentre la riforma in tema di corruzione in senso stretto mira (anche) a rendere più efficiente la pubblica amministrazione, eliminando – tramite una repressione penale *efficace* – le cause di disfunzione, la riforma in materia di abuso del pubblico funzionario mira (esclusivamente) a rendere più efficiente la pubblica amministrazione, eliminando – tramite il *limite* ad una repressione penale *inefficace e come tale dannosa* – la (pretesa) causa di disfunzione; e la disfunzione, in questa prospettiva, sarebbe rappresentata dall’agire con cautela prossima all’inattività.

Nell’uno e nell’altro caso le direttive di scopo sembrano poggiare su assunti problematici, non adeguatamente forniti di riscontri empirici<sup>23</sup>; questo vale soprattutto, come si è accennato (*retro* nel testo e in nota 19) per la questione dell’abuso, al di là dell’amplificazione massmediatica delle recriminazioni degli amministratori locali. Ma il tema, come si è anticipato, fuoriesce dai limiti del presente scritto.

### **3. Tre assi della riforma e loro ricezione: caratteri generali**

Tracciare un bilancio della ricezione delle riforme nella comunità degli interpreti non è semplice, e probabilmente non molto sensato. Si tratta di un’abitudine che è stata possibile in stagioni culturali passate, nelle quali potevano essere distinte le ancora non così numerose voci, e confrontate e contrastate le une con le altre, ricostruite le tonalità e le sfumature di ciascuna, definite magari chiare posizioni “di scuola”. Oggi non sembra né possibile né sensata un’attività ricostruttiva di questo tipo; ci si può e ci si deve limitare a constatare che, in realtà, i giudizi sulla legge del 2012 (e sulla stagione da essa inaugurata) non sono affatto univoci. Non v’è dubbio che un cospicuo numero di voci sia critico, probabilmente in maggioranza (ma è ormai poco persuasivo pesare le opinioni in maggioritarie e minoritarie); parimenti è indubbio che altre, non poco

<sup>23</sup> Nel primo caso, la presunzione che una repressione penale efficace possa estirpare la corruzione e sia funzionale all’efficienza dell’amministrazione; nel secondo, che sia proprio la minaccia di subire un processo per abuso a paralizzare gli amministratori pubblici nell’esercizio dei poteri decisionali a contenuto discrezionale.

significative, lo siano meno; gli argomenti in un senso o nell'altro militano con ragioni che reclamano di essere ascoltate. È possibile che questa situazione s'inserisca in un più generale fenomeno di crisi epistemologica del sapere accademico<sup>24</sup>; ad ogni buon conto, è comunemente riconosciuto nella comunità scientifica il prodursi anche in questa materia di due fenomeni rilevanti nell'esperienza giuridica contemporanea, in sé e per il loro reciproco intreccio: per un verso, la ricezione legislativa di scelte interpretative giurisprudenziali (è il caso della corruzione per esercizio della funzione); per altro verso, il recepimento nell'ordinamento nazionale di scelte di criminalizzazione internazionali o sovranazionali, o comunque di raccomandazioni provenienti da organizzazioni di cui pur sempre l'Italia fa parte nel contesto di quelle limitazioni di sovranità coperte dall'articolo 11 Cost. (sono i casi della controversa nuova fattispecie di induzione a dare o promettere utilità, e del traffico di influenze).

### 3.1 *Corruzione per l'esercizio della funzione*

Entra nel codice come erede della "scoperta" della corruzione sistemica nella stagione di Tangentopoli, e della strategia di risposta giudiziaria approntata – a diritto (allora) vigente – per farvi fronte: dilatare la tradizionale fattispecie di corruzione fino a prescindere dal requisito dell'atto di ufficio o, detto più chiaramente, applicare quella fattispecie anche quando fosse difficile o addirittura impossibile identificare uno specifico atto compravenduto. Questa difficoltà venne ricondotta alla sconvolgente scoperta della corruzione di un intero sistema economico-politico, realtà di contesto fino ad allora insospettata. La fattispecie del codice Rocco, nella sua versione originaria, poté apparire, per così dire, sepolta sotto uno strato di polvere depositato dal tempo: pensata per un «mariuolo isolato» (l'etichetta che ipocritamente si cercò di attribuire a Mario Chiesa), per situazioni "pulviscolari" – secondo un'espressione gergale diffusa – ed invece chiamata a sanzionare un «intreccio fraudo-

<sup>24</sup> EVOCO un fenomeno non solo complesso ma per il quale le mie letture si limitano a due riferimenti, peraltro recentemente considerati centrali nella discussione: P. COOK, *The University of Crisis*, in *American Journal of Economics And Sociology*, vol. 80, 1, 2021, p. 23 ss., p. 24, p. 26; J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, tr. it., Milano, (ed. Orig. 1979); B. READINGS, *The University in Ruins*, Cambridge Mass., 1996.

lento e perverso tra la politica e il mondo imprenditoriale italiano»<sup>25</sup>, a partire dai colossi dell'economia: FIAT, ENEL, ENI, Olivetti, Fininvest. Il diritto penale fu coscritto a gestire macro-eventi offensivi per i quali la logica dell'imputazione individuale avrebbe potuto sembrare addirittura inappropriata, perché arbitrariamente selettiva e quindi profondamente disuguale.

Ancora in recenti saggi storiografici si ricorda come una delle personalità più influenti e drammaticamente coinvolte da quelle vicende, Bettino Craxi, avesse invocato una "soluzione politica" per Tangentopoli: «l'Italia sembrava un paese sull'orlo di una rivoluzione civile»<sup>26</sup>. In questo contesto, l'applicazione dilatata degli strumenti penali esistenti può essere riguardata retrospettivamente da una luce diversa. L'allentamento del principio di legalità penale, per un verso, può apparire ormai indiscutibile; per altro verso, si potrebbe osservare che proprio la gestione con gli strumenti giuridico-penali di quel conflitto abbia consentito di mantenere la funzione complessiva del diritto, del sistema giuridico, come mezzo di composizione dei conflitti sociali, o comunque in qualche misura contribuito a preservarla. In altri termini, la dilatazione della "legalità penale" è stato il prezzo pagato per mantenere un sorta di paradossale, contingente tenuta della "legalità generale" – meglio si direbbe, della legittimità del sistema nel suo complesso di fronte all'emergere, negli anni successivi inarrestabile, di atteggiamenti e valori antipolitici, quasi uno «scongelo di posture e comportamenti antichi, tipici di ampie fasce popolari e di una parte predominante della piccola e media borghesia nazionale, che la rottura resistenziale e il clima della guerra fredda avevano ibernato, ma ora riaffioravano come fossili ancora vitali». Si stava andando «verso la disillusione nei riguardi della politica, il rifiuto dei partiti con le loro stanche liturgie, la crescente sfiducia nelle istituzioni rappresentative, l'irrelevanza dei corpi intermedi, l'esaltazione del cambiamento per il cambiamento e la spasmodica attesa di un uomo sempre nuovo e risolutore, cavaliere o capitano di ventura che fosse, con

<sup>25</sup> M. GOTOR, *L'Italia nel Novecento. Dalla sconfitta di Adua alla vittoria di Amazon*, Torino, 2019, p. 432.

<sup>26</sup> M. GOTOR, *op. cit.*, 435.

tutta l'energia di un finto antisistema»<sup>27</sup>. La fede nei magistrati del 'pool di Mani Pulite poteva dar l'immagine di aver la capacità di incanalare queste pulsioni verso la residua fiducia, per sineddoche, in una parte almeno del sistema istituzionale, quello incarnato dalla magistratura; ma la storia ha poi preso un'altra via.

Venuta meno la fiducia nella magistratura per ragioni che qui non è possibile prendere in considerazione, finita la "grande ideologia" che divideva il mondo in due grandi sistemi valoriali e politici, destra e sinistra, stava sorgendo la Repubblica dell'antipolitica, una fase storica misurata in circa venticinque anni dal 1994, anno della cosiddetta discesa in campo di Silvio Berlusconi e caratterizzata, in termini generalissimi, da un crollo di autorevolezza del Parlamento agli occhi dell'opinione pubblica nazionale e, almeno in determinati casi, internazionale. Alcune vicende direttamente significative quanto all'argomento che ci occupa, hanno segnato, secondo il giudizio di uno storico, il punto più basso di questo processo: il ricordo va al giorno «5 aprile 2011, quando i deputati del centro destra votarono compattamente che il Presidente del Consiglio Berlusconi, allorché nel 2010 aveva telefonato alla questura di Milano per ottenere il rilascio di una minorenni di origine marocchina di nome Ruby, frequentatrice della sua residenza privata di Arcore, lo aveva fatto in quanto la credeva nipote del presidente dell'Egitto Hosni Mubarak»<sup>28</sup>. Alla fattispecie chiamata in causa anche da questa vicenda, la concussione che, come si è visto, sarà modificata proprio di lì a poco con la legge Severino, dedicheremo le osservazioni che seguono.

### *3.2 Concussione per costrizione e induzione indebita a dare o promettere utilità*

La seconda profonda innovazione del sistema dei delitti commessi dai pubblici funzionari si ricollega, come accennato sopra, ad un contesto parzialmente diverso, quello del rapporto fra diritto penale interno e obblighi o suggerimenti di criminalizzazione provenienti dal diritto internazionale pattizio. La riforma della fattispecie di concussione è infatti

<sup>27</sup> M. GOTOR, *op. cit.*, 451.

<sup>28</sup> M. GOTOR, *op. cit.*, p. 488 s., al quale faccio riferimento anche il cenno poco sopra, nel testo, alla "Repubblica dell'antipolitica".

comunemente ricondotta, come si è già accennato, alle “pressioni” esercitate in particolare nel contesto della partecipazione dell’Italia al sistema della convenzione OCSE sulla corruzione nelle transazioni economiche internazionali<sup>29</sup>. Anch’essa è stata oggetto di contrastanti valutazioni fra gli studiosi e sin da subito di contrasti giurisprudenziali sfociati in una nota sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite, sulla quale si dovrà tornare specificamente (*infra*, § 4). Sin d’ora è necessario osservare come la riforma del 2012 avrebbe potuto o avrebbe dovuto segnare l’accettazione di un cambio di paradigma fondamentale il cui significato, quanto al modo di percepire il rapporto con i pubblici poteri, si dispiega ben al di là dell’esegesi della singola disposizione e dello stesso sistema dei delitti di corruzione.

L’atteggiamento culturale fondamentale sotteso alla logica della convenzione OCSE è che il pagamento indebito ad un pubblico funzionario, per quanto effettuato per ben chiare ragioni di tutela dei propri interessi economici da pressioni indebite, deve essere considerato, tendenzialmente, sempre illecito perché di natura sostanzialmente corruttiva. Da questo punto di vista “esterno” al diritto nazionale, ciò che è incompatibile con l’esigenza di reprimere la corruzione non è la fattispecie di concussione in quanto tale, perché della condotta del pubblico funzionario la convenzione si disinteressa; incompatibile è invece la “non punizione” del privato – nell’orizzonte culturale anglosassone si tratterebbe di una *defense* – che realizzi la condotta appena indicata. Per quanto possa risultare bizzarro, si è trattato di un fraintendimento, o meglio di un parlarsi fra sordi, che ha afflitto a lungo le discussioni nel contesto dell’attività del gruppo di lavoro istituito per il monitoraggio dell’esecuzione della convenzione: da un lato si obiettava all’ordinamento italiano, anche in ragione di interpretazioni dell’induzione ritenute troppo benevole, di concedere al privato una inappropriata *defense*, incompatibile con il sistema convenzionale; dall’altro si replicava che la concussione non era

<sup>29</sup> Cfr., volendo, A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 355 ss.

una *defense*, ma al contrario una *offence*, cioè una fattispecie di reato in cui il privato era vittima e dunque non poteva essere punito<sup>30</sup>.

La punibilità del privato in questi casi, che legislatore ha ritenuto di separare dalla tradizionale ipotesi della concussione per costrizione in cui il soggetto deve essere considerato vera e propria vittima della condotta del pubblico agente, trova insomma la sua ragione nel ribaltamento radicale della prospettiva di valore dalla quale è considerata la condotta del soggetto che si risolve al pagamento indebito.

Questo cambiamento radicale deriva dall'adozione di una prospettiva sistemica: nell'arena economica globale la legittimità degli interessi economici individuali perseguiti non può tradursi automaticamente in una patente di legittimità di condotte di pagamento volte a garantirli ad ogni costo, con pregiudizio degli interessi concorrenti. Ogni interpretazione dell'assetto giuridico-penale realizzato dal legislatore non può che partire dal riconoscimento della profondità di questo cambio di prospettiva valoriale. Le opzioni talvolta tratteggiate per concettualizzare l'attitudine interpretativa nei confronti della riforma e di questo suo particolare aspetto – tutto è cambiato; nulla è cambiato; qualcosa è cambiato –<sup>31</sup> non sono in realtà equivalenti. C'è una forte affermazione di valore circa il “dire no”: come è stato osservato,

«c'è chi ha la forza di dire no alle tangenti anche quando quella della corruzione sembrerebbe una strada sicura e redditizia. Qualcuno riesce a ribellarsi, facendo saltare il tavolo, anche dopo aver partecipato al gioco (...) Anche un solo onesto, infatti, può fare la differenza, inceppare gli oliati meccanismi della corruzione sistemica»<sup>32</sup>.

Le pressioni internazionali verso l'abrogazione del privilegio del privato esprimevano (esprimono) un quadro di valore opposto alla «propensione

<sup>30</sup> Questa diatriba ha un grande interesse sotto il profilo della metodologia del diritto comparato, ma non è possibile indugiare in questa sede.

<sup>31</sup> Su questi approcci cfr. ad es. V. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, p. 895 ss. (p. 896).

<sup>32</sup> A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012, p. 124.

di politici, funzionari, cittadini o imprenditori a ricorrere alle tangenti, al pari di altre attività illecite», una propensione che «riflette (...) le caratteristiche delle convinzioni interiorizzate e la forza delle cerchie sociali di riconoscimento – nei partiti, nella burocrazia, nel mercato, nella società – che attribuiscono valore positivo il rispetto della legge». L'idea che il privato il quale, "indotto", paga, sia una vittima e cioè l'idea della vulnerabilità morale, è precisamente quello che non è accettato nel contesto internazionale. Qualche politologo, d'altronde, si è fatto carico di mostrare come un cambio anche rapido delle politiche anticorruzione, volte a sradicare abitudini ritenute parte integrante del costume corrente, è stato possibile in paesi fra l'altro non democratici come Singapore e Hong Kong, come pure in Georgia<sup>33</sup>.

Non c'è dubbio, dunque, che tanto sul piano strutturale quanto sul piano valutativo, a prescindere per ora dalla questione tecnica della successione di norme, il giudizio sul rapporto tra privato e pubblico funzionario nei casi di semplice induzione – salvo identificare i contenuti di questa relazione – sia da considerare in termini non solo diversi, ma radicalmente opposti a quanto si fosse ritenuto fino ad allora. Una lettura tecnico-giuridica, se intesa nel senso di certificare tramite l'identità puramente linguistica anche l'identità della condotta dal lato del pubblico funzionario (di costrizione ed induzione si continua a parlare, pur nel quadro di una struttura ben diversa)<sup>34</sup> porterebbe a fraintendere il giudizio penalistico su quella relazione e dunque il senso generale della nuova fattispecie<sup>35</sup>. L'intera dinamica dell'interazione tra pubblico funzionario e soggetto indotto è ora considerata in una nuova luce<sup>36</sup>. Quando infatti il pubblico funzionario realizza una condotta non costrittiva, il privato che paga

<sup>33</sup> A. VANNUCCI, *op. cit.*, p. 253 ss. (ove ulteriori riferimenti bibliografici).

<sup>34</sup> Reato "monosoggettivo" con vittima nella prima versione; reato a pluralità soggettiva tipica, cioè con due o più autori necessari, nella versione rinnovata.

<sup>35</sup> Secondo M. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro* (etc.), in *Cass. pen.*, 2014, 5, p. 1482 ss. (p. 1483), il ricorso al buon «vecchio tecnicismo giuridico» consentirebbe una più chiara ed onesta lettura della reale discontinuità normativa, evitando abusi derivanti da puri giudizi di valore. Qui ci si esprime in termini più scettici: non è il tecnicismo giuridico che può spiegare il cambiamento di prospettiva valoriale nel giudizio sul privato non costretto che paga al pubblico funzionario; e questo a prescindere dall'analisi tecnica sui rapporti intertemporali e le conclusioni che siano raggiunte in quella prospettiva specifica.

<sup>36</sup> In questa prospettiva è condivisibile M. DONINI, *loc. ult. cit.*

deve essere *in linea di principio* punito: potrebbe resistere e dunque dovrebbe anche resistere, perché non c'è (più) nessuna ragione giuridica per considerare questo comportamento come costretto e dunque come comportamento di una vittima.

E non si tratta affatto d'un giudizio moralistico, diversamente da quanto rimproverato da taluno. Né di un semplice riequilibrio di una situazione fittizia pre-riforma tipica del solo nostro ordinamento, nel quale si sarebbe abusato della non punibilità del privato "sostanzialmente" corruttore per ottenerne la collaborazione nella scoperta e punizione del corrotto. Si tratta invece di forzare, questo sì, un cambio di mentalità, sul presupposto che si possa essere cittadini maturi di un sistema democratico i quali, pur di fronte ad un abuso del pubblico funzionario, sanno di poter pretendere che l'amministrazione pubblica operi in qualità di servizio al cittadino, come Costituzione prevede, e non sia una ragione di potenza baronale; cittadini maturi, perché sanno che ci sono mezzi istituzionali per reagire all'abuso.

Non c'è pertanto nulla di abusivo in sé e per sé nel considerare ora coautore chi era calato giuridicamente – e non per una pretesa *Natur der Sache*, un'ontologica 'realtà delle cose' – nei panni di una vittima. Su questi aspetti torneremo più avanti (§ 4).

### 3.3 *Traffico di influenze*

Quanto all'ultima fattispecie attorno alla quale ruotano le scelte d'incriminazione della legge Severino, in verità anch'esse indotte da previsioni di strumenti internazionali della vincolatività delle quali si discute<sup>37</sup>,

<sup>37</sup> Cfr. l'art. 18 della convenzione contro la corruzione delle Nazioni unite ([https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026\\_E.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf)): «Trading in influence Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: (a) The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person; (b) The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage». Su questi aspetti ad es. V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità im-*

costituisce una novità indiscussa quanto contestata. Ambisce a cogliere una realtà sociologica fondamentale, tentandone la traduzione in termini giuridici. La realtà sociologica o, se si vuole, criminologica di riferimento è quella di un sottobosco di soggetti coinvolti nell'organizzare, intessere, intrecciare rapporti che consentono di raggiungere accordi eventualmente anche corruttivi, e che operano realmente nell'organizzare e "regolare" le *relazioni* con i decisori politici e burocratici di riferimento. Si tratta, come è stato descritto in studi socio-politologici specializzati, di «una classe imprenditoriale parassitaria, preoccupata di curare le relazioni cui decisori politici e burocratici di riferimento (...) più che di innovare e gestire con efficienza le attività produttive». In questo contesto,

«contatti e transazioni tra tutti i partecipanti al gioco della corruzione sono facilitati dalla presenza di intermediari specializzati nel facilitare la buona conclusione degli affari, mettendo in contatto tra loro i soggetti interessati. I mediatori – che talvolta possono fregiarsi dell'altisonante titolo di faccendieri, a seconda del fatturato, del numero e dello status sociale dei clienti – assicurano una sponda fiduciaria a tutti quelli volenterosi di entrare in contatto, ma dubbiosi sulla buona fede degli interlocutori. Individuare partner disponibili, esplorare possibilità, condurre in porto negoziati, trasmettere materialmente le contropartite, assicurare una conclusione secondo le attese, socializzare alle regole della corruzione i neofiti: sono questi i principali compiti che normalmente l'intermediario – in cambio di un equo compenso, ossia di una quota dei proventi della corruzione – si accolla»<sup>38</sup>.

Storicamente, si tratta di nuove figure di "garanti" che subentrano al sistema di garanzia dei partiti a seguito del loro disfacimento proprio dopo la stagione di Mani Pulite. In sostanza, i faccendieri rivestono il ruolo di garante del rispetto delle regole del gioco, «protagonista indiscusso di una rete di contatti»; «garanti individuali o comitati d'affari assicurano l'a-

*palpabile* (in *Dir.pub.com.eur.*, 3, 2022, ma cito dalla riproduzione in *Sistema penale*, 2.11.2022 ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), spec. pp.4-6.

<sup>38</sup> A. VANNUCCI, *op. cit.*, rispettivam. p. 53, p. 58 s.

dempimento degli impegni, prevengono tensioni e attriti sull'osservanza delle norme, accrescono in ultima analisi l'impermeabilità a intrusioni esterne e la capacità di assorbire dissidi interni<sup>39</sup>.

Proprio questa ineffabile realtà è stata tradotta in termini giuridici, faticosamente e con tratto confuso, nel fatto di chi sfrutta o vanta relazioni esistenti o asserite con un pubblico funzionario, e con ciò si fa dare o promettere indebitamente, per sé o per altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio. Questa la versione originaria della fattispecie incriminatrice appositamente creata.

Senza ripercorrere le critiche di dettaglio sulla struttura della fattispecie, è possibile tuttavia indicare la tara d'origine, il difetto fondamentale che la rende sostanzialmente incompatibile con il principio di determinatezza della fattispecie, al di là di ogni sforzo profuso dalla giurisprudenza che, lungi dall'essere espressione di senso dello Stato, sembra piuttosto espressione della tradizionale mancanza di coraggio nel censurare la violazione del principio di legalità da parte del legislatore. E questa fattispecie non può essere determinata, in assenza di una disciplina delle attività di rappresentanza degli interessi, il cosiddetto *lobbying*, rispetto alla quale essa dovrebbe assumere carattere sanzionatorio.

In realtà, quando appaia centrale l'esigenza di prendere in considerazione quelle attività e l'eventuale loro disciplina, la connessione con il diritto penale appare particolarmente problematica. In effetti, la stessa necessaria connessione tra regolazione del lobbismo e incriminazione del traffico di influenze potrebbe essere messa in discussione.

Le strategie di regolazione di questo fenomeno, in realtà, divergono. Da un lato, sulla scorta di una modellistica delle esperienze straniere più significative per il contesto italiano, è stato proposto di stabilire

«poche fondamentali norme di disciplina (...) Svelare i dati del mandante, destinatario, contatto effettivo, spese sostenute, onorari incassati, oggetto dell'attività svolta, documenti scambiati, e traccia dei benefici circolati, contributi elettorali inclusi. A presidio

<sup>39</sup> A. VANNUCCI, *op. cit.*, p. 58 s; p. 140 s.

di una tale normativa: sanzioni patrimoniali interdittive bilanciate dalla fattispecie di traffico di influenze illecite e dai reati di falso. Per il finanziamento alla politica: introdurre una soglia massima di elargizioni a favore dei singoli politici, e imporre ai donatori la prevalenza dell'obbligo di trasparenza su quello di riservatezza. Facendo presidiare tali obblighi da sanzioni pecuniarie afflittive ed ai reati di falso»<sup>40</sup>.

In sostanza, tutela della trasparenza.

Di recente, pur riconoscendo la necessità di regolamentare il lobbismo, si è tuttavia dubitato sia dell'efficacia di questa regolamentazione al fine di "tassativizzare" la fattispecie penale<sup>41</sup> così come congegnata, sia – ed è il rilievo più interessante – dell'opportunità di appiattare l'illiceità penale sulla violazione delle regole extrapenali: far coincidere i due piani «significherebbe introdurre nella fattispecie un elemento in grado di trasformare la incriminazione in una ipotesi di pericolo talmente presunto a base meramente formale, fondata esclusivamente sul dato che il decisore pubblico è stato sensibilizzato al di fuori delle "procedure" previste dalla legge di regolamentazione del settore»<sup>42</sup>.

Il timore è fondato, anche se si tratterebbe soltanto di integrare – e, come pure questa opinione riconosce, necessariamente – uno dei molti requisiti della fattispecie, che non si esaurisce comunque nella mera violazione formale delle regole ma trova in essa una precondizione essenziale per il riconoscimento della condotta tipica.

Una prospettiva sensibilmente diversa è stata invece suggerita recentemente da uno studio della corruzione in prospettiva regolatoria, la cui analisi per questa parte può esser qui soltanto brevemente riassunta. In

<sup>40</sup> R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018.

<sup>41</sup> «Non è auspicabile, in generale, che l'applicazione di una fattispecie incriminatrice venga fatta dipendere in misura significativa da una disciplina extra penale amministrativa, che rischia di funzionare da moltiplicatore dei livelli di complicazione interpretativa, mentre l'obiettivo dovrebbe essere quello di assicurare il massimo possibile di autonomia descrittiva alla fattispecie incriminatrice»: S. FIORE, *Quello che le norme non dicono. L'ortopedia giudiziaria come tecnica di rigenerazione offensiva del traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.* 2023, 1, p. 15 (online).

<sup>42</sup> S. FIORE, *op. cit.*, p. 16.

via preliminare, è stato indicato innanzi tutto che le alternative regolatorie classiche – in cui sembra inquadrabile anche la proposta appena riferita – sono di tipo soggettivo e oggettivo. Le prime (c.d. “*recording subjects*”) si traducono in metodi di registrazione (talvolta su base volontaria) dei lobbisti; ma si tratta di una soluzione rivelatasi ineffettiva<sup>43</sup>. Il fatto stesso che la maggioranza dei lobbisti sembri preferire la soluzione dei registri obbligatori mostrerebbe, secondo questa opinione, l’insufficienza dei *transparency register* in quanto tali, perché non sufficientemente dissuasivi. La seconda strategia (c.d. “*recording objects*”), di matrice europea, consiste nel richiedere un cosiddetto *legislative footprint*. «*A document that would entail the time, identity and content of a legislator’s contact with a stakeholder (...) published as an annex to legislative reports*»<sup>44</sup>. *Ma anche in questo caso, «tracciamento e prova dell’indebita influenza potrebbero essere sia molto difficili, sia molto costosi»*<sup>45</sup>.

È stata quindi prospettata una “terza via” – denominata come *post-lobbying vision* –, che si snoda a partire dall’idea del «*recording results*»: si tratterebbe di delineare un obbligo d’indicare espressamente «*which is the sensitive rule for which the lobbyists have worked*»; ciò che conta realmente non è chi e come abbia fatto lobbying ma quale regola è la conseguenza di un’attività di lobby. Ciò che deve essere richiesto è una chiara informazione e la visibilità mediante etichettatura delle regole “sensibili”: «*(...) institutional sites should be designed carefully according to the logic of traceability of interests when it comes to sensitive rules: interests should be ‘written in red’ and usable in order to achieve full transparency*»<sup>46</sup>.

La prospettiva regolatoria, quali che siano le soluzioni prescelte (ma soprattutto nell’ultima delle prospettive sommariamente riassunte), costituisce una sfida alla facile logica della penalizzazione cieca devoluta al giudice. Anche in questo caso, a ben vedere, si dovrebbe avere il coraggio di proporre un cambiamento culturale profondo, che relega il

<sup>43</sup> M. DE BENEDETTO, *Corruption from a Regulatory Perspective*, Oxford., 2021, p. 116.

<sup>44</sup> M. DE BENEDETTO, *loc. ult. cit.* e testo al richiamo della nota 186.

<sup>45</sup> M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, p- 117.

<sup>46</sup> Per dettagli cfr. M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 118-121.

diritto penale sullo sfondo, bandendo le tentazioni di farne, come è stato scritto, il baluardo primo della moralità pubblica<sup>47</sup> – soprattutto perché non si tratta di un tema morale, ma politico e sociale.

Da un lato, il generale riconoscimento che le attività di *lobby* non soltanto sono lecite, ma sono parte integrante dei processi decisionali in un sistema democratico, dovrebbe di primo acchito collocare le attività di promozione di specifici interessi di soggetti economici (e non) nella sfera del lecito, escludendo ch'esse siano immediatamente traggurdate con le lenti del diritto penale.

Dall'altro lato, la preferenza per la prospettiva regolatoria basata sui risultati, che rinuncia realisticamente ad una dettagliata regolazione delle attività in quanto tali ed alla logica del censimento dei soggetti che le svolgono e dei connessi registri, sembra coerente con il riconoscere che l'aumento delle regole produce mancanza di fiducia e perpetua allo stesso tempo l'illusione normativista per la quale è sufficiente introdurre nuove norme per modificare la realtà sulla quale si ritiene di dover intervenire.

«L'inflazione legislativa e regolamentare è alla radice di diversi meccanismi che concorrono ad aumentare tanto il rischio di corruzione, che l'inefficienza burocratica (...) Questo ginepraio di norme e procedure, forse congegnato in origine per dare granitiche sicurezze ai cittadini e amministratori pubblici, finisce al contrario per generare una diffusa sensazione di incertezza»<sup>48</sup>.

Una spiegazione consapevole di questi aspetti di complessità avrebbe udienza anche sui tavoli internazionali in cui sono negoziati gli strumenti di incriminazione (spesso, dev'essere riconosciuto, con la partecipazione massiccia di magistrati e il discutibile ascolto privilegiato di esponenti dei *prosecutors*, cioè, diremmo noi, della magistratura requirente: quello della composizione delle delegazioni a quei tavoli e della formazione di competenti *grand commis* di Stato diversi dai magistrati è un tema non secondario che dovrebbe essere consapevolmente affrontato a li-

<sup>47</sup> M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, 2015.

<sup>48</sup> A. VANNUCCI, *op. cit.*, p. 118.

vello politico e organizzativo). Una simile presa di posizione potrebbe comunque costituire un credibile, difendibile motivo diplomatico per apporre riserve in sede di ratifica, soprattutto se si tratta di strumenti non vincolanti. Allo stesso tempo, infatti, si mostrerebbe come il complesso dell'ordinamento si organizza, nel fronteggiare il fenomeno, secondo la logica – valorizzata tipicamente proprio in sedi internazionali – dell'equivalente funzionale (*functional equivalence*).

#### **4. Attitudini giurisprudenziali: in particolare, costrizione e induzione nel rapporto con i pubblici funzionari abusanti**

##### **4.1 Casi facili e casi borderline?**

Era stata facile previsione che riorganizzare con ulteriori frantumazioni il sistema dei delitti di corruzione avrebbe comportato defatiganti questioni interpretative, imposte dall'esigenza di stabilire i confini tra le fattispecie ristrutturate. In effetti, l'attività di "recinzione" ha occupato i guardiani del campo (la giurisprudenza della Cassazione penale) sin dall'indomani della riforma. Delineatisi tre orientamenti diversi, almeno quanto alla verbalizzazione espressa delle ragioni decisorie (ma un'indagine con gli arnesi concettuali della scuola comparatistica di Trento, con particolare riferimento ai crittotipi cioè alle ragioni non verbalizzate sarebbe quanto mai opportuna), di lì ad un paio d'anni sono intervenute le Sezioni Unite, con una sentenza largamente commentata (e criticata) nel merito dei principi di diritto ch'essa stabilisce. È tuttora opportuno soffermarsi su di essa, non solo per l'intrinseco valore che le è riconosciuto nell'esperienza giuridica in materia, ma anche – e forse soprattutto – per le riflessioni metodologiche che quella pronuncia sollecita e per le attitudini culturali ch'essa rivela. Sono questi ultimi aspetti che in questa sede particolarmente interessano, perché, al di là delle conclusioni che pure dovranno essere ricapitolate per chiarezza, esibiscono radici profonde di una cultura che, per questo, si proietta nella lunga durata.

Dopo una lunga ricostruzione storica che muove dal sistema del codice Zanardelli, la Corte – riflettendo sulla propria stessa giurisprudenza – riconosce innanzi tutto che il criterio distintivo fra costrizione e induzione aveva una valenza sostanzialmente teorica «con scarsi riflessi pragmatici, e poteva rilevare tutt'al più ai soli fini di apprezzare e valutare in concreto la maggiore o minore gravità della condotta del soggetto pubblico,

il solo punibile, e di calibrare conseguentemente la misura della pena sulla base degli elementi tipizzatori di cui all'art. 133 c.p.». In sostanza, si era determinata un'interpretazione estensiva del concetto di induzione, che lo riportava al nucleo di quello di costrizione, differenziandosi da esso soltanto «per la minore quantità di pressione psicologica esercitata dal soggetto pubblico sulla vittima, comunque consapevole della prevaricazione subita» (§ 11.2). Questa soluzione interpretativa non può più essere riprodotta dopo le modifiche operate con la legge Severino, per effetto delle quali il disvalore delle condotte è diversamente articolato, separatamente tipizzato in due diverse fattispecie, di fronte alle quali «si impone quindi una più attenta operazione ermeneutica, finalizzata a definire, in maniera più netta e precisa, la linea di demarcazione tra le due condotte dell'agente pubblico» (§ 12).

Quanto alla condotta consistente nel costringere il soggetto passivo, essa va intesa come

«costrizione psichica relativa (...) In quanto, mediante la condotta abusiva, si pone la vittima di fronte all'alternativa secca di aderire all'indebita richiesta oppure di subire le conseguenze negative di un suo rifiuto, restringendo così notevolmente, senza tuttavia annullarlo, il potere di autodeterminazione del soggetto privato».

La costrizione si realizza mediante violenza o, più frequentemente minaccia: «uniche modalità realmente idonee ad "obbligare" il soggetto passivo a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto» (§ 13.1)<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Quanto alla minaccia, intesa come minaccia di un male ingiusto, la corte specifica che, quanto al danno oggetto della minaccia, per essere ingiusto in senso giuridico, deve essere contro use, vale a dire contrario alla norma giuridica e lesivo di un interesse personale o patrimoniale della vittima riconosciuto dall'ordinamento. Il danno ingiusto deve concretamente assumere varie forme: perdita di un bene legittimamente acquisito; mancata acquisizione di un bene a cui sia diritto; omessa adozione di un provvedimento vincolato favorevole; anche ingiusta lesione di un interesse legittimo (si pensi all'arbitraria ed ingiustificata esclusione da una gara pubblica di appalto). Quanto alle forme della minaccia, essa può essere esplicita ma anche implicita, velata, allusiva, più blanda, ed assumere finanche la forma del consiglio, dell'esortazione. Della metafora "Purché tali comportamenti evidenzino, in modo chiaro, una carica intimidatoria analoga alla minaccia esplicita, vi sia cioè una "esteriorizzazione" della minaccia, pur implicita o sintomatica, come forma di condotta positiva (paragrafo 13.4).

La condotta di induzione svolge un ruolo di selettività residuale rispetto alla precedente,

«nel senso che copre quegli spazi non riferibile alla costrizione, vale a dire quei comportamenti del pubblico agente, pur sempre abusivi e penalmente rilevante, che non si materializzano però nella violenza o nella minaccia di un male ingiusto e non pongono il destinatario di essa di fronte alla scelta ineluttabile ed obbligata tra due mali parimenti ingiusti».

Su questo presupposto, le modalità della condotta induttiva si concretizzano in atteggiamenti che, in negativo, non devono trascinare nella minaccia implicita da parte del pubblico agente di un danno antigiusurico senza alcun vantaggio indebito per il soggetto destinatario della pressione; in positivo, si concretizzano nella «persuasione», nella «suggerione», nell'«allusione», nel «silenzio», nell'«inganno» (sempre che quest'ultimo non verta sulla doverosità della dazioni o della promessa, del cui carattere indebito il privato resta perfettamente conscio; diversamente, si configurerebbe il reato di truffa)<sup>50</sup>. In conclusione, «la tipicità della fattispecie induttiva è quindi integrata dai seguenti elementi: 1) l'abuso prevaricatore del pubblico agente; 2) il fine determinante di vantaggio indebito dell'*extraneus*» (§14.5)<sup>51</sup>.

La Corte si avvede tuttavia che il criterio del danno/vantaggio non sempre consente, se isolatamente considerato nella sua staticità, d'individuare il reale disvalore di vicende che occupano la cosiddetta zona grigia. Si raccomanda quindi un'approfondita valutazione in fatto sulla specificità della vicenda concreta tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina. Occorre in sostanza apprezzare

<sup>50</sup> § 14.4, 14.5.

<sup>51</sup> E la Corte precisa ancora: «l'induzione indebita a dare o promettere utilità si colloca figurativamente in una posizione intermedia tra la condotta sopraffattrice, propria della concussione, e lo scambio corrottivo, quasi al superamento del cosiddetto canone della mutua esclusività di questi due illeciti (paragrafo 14.6)».

il registro comunicativo nei suoi contenuti sostanziali, rapportati logicamente all'insieme dei dati di fatto disponibili (§ 22).

Il criterio è prospettato come necessario nei casi più ambigui (o, come espressamente li chiama la corte, casi *borderline*); si tratta tuttavia di un passaggio metodologico fondamentale, in cui i giudici finiscono con l'adottare un approccio sostanzialmente casuistico (*infra*, § 4.1). Le situazioni a cui la Corte fa riferimento sono sostanzialmente cinque; per esse, secondo i giudici, non sempre è agevole affidarsi al modello interpretativo proposto: si tratta dunque di casi che, secondo gli stessi giudici, metterebbero in discussione il modello piuttosto che soltanto la sua applicazione in concreto<sup>52</sup>. «Ambiguità» ed «opacità» incidono infatti proprio sulla tenuta del modello, il quale finisce con l'essere presentato come linea guida, parametro rivelatore dell'abuso (a seconda dei casi, induttivo costrittivo), verso la soluzione applicativa più giusta. Detto in altri termini, verso la giustizia del caso concreto. Su questo aspetto torneremo più avanti per sottolinearne le implicazioni teoriche.

(A) Primo, è il caso dell'abuso di qualità cioè la situazione in cui «il pubblico funzionario fa pesare, per conseguire la dazioni o la promessa dell'indebito, tutto il peso della sua posizione soggettiva, senza alcun riferimento al compimento di uno specifico atto del proprio ufficio o servizio». Secondo la Corte si tratta di un caso problematico perché l'abuso di qualità sarebbe equivoco, in quanto può porre il privato in una condizione di pressoché totale soggezione, determinata dal timore di possibili ritorsioni antiggiuridiche, oppure può indurlo a dare o promettere l'indebito per acquistare la benevolenza del funzionario abusante. Si tratterà dunque di accertare ogni particolare delle modalità comportamentali dei soggetti coinvolti, per stabilire se il primo abbia veicolato un univoco messaggio di sopraffazione, ovvero se nonostante la posizione di preminenza si sia comunque instaurata una dialettica utilitaristica, nel qual caso si verterà in un'ipotesi di induzione indebita. Questa ricostruzione lascia perplessi. A parte quanto si dirà fra poco, appare davvero singolare che un caso come questo sia considerato *borderline*, dato che investe un elemento costitutivo qualificante di entrambi i reati del cui

<sup>52</sup> Ancors nel § 19.2: si tratterebbe di situazioni nelle quali la dicotomia male ingiusto-male giusto mostra il suo limite.

confine si discute: sia la concussione sia l'induzione, che appunto possono essere realizzati, dal lato del pubblico funzionario anche con un abuso della qualità. Siamo dunque nell'ambito di un caso ordinario di definizione del confine, e non certo di un caso problematico. O, detto in altri termini, ciò che è problematico è proprio definire il confine, non l'applicare in concreto il criterio utilizzato per definirlo.

Peraltro, quanto all'abuso di qualità, c'è da considerare un diverso aspetto. Mantenere la rilevanza di questa forma dell'abuso da parte del pubblico funzionario appare francamente anacronistico, sostanzialmente incongruente con la rinnovata prospettiva valoriale che porta alla punizione del privato. Sottesa all'idea della rilevanza di un abuso della qualità – a prescindere dalle varie sfumature definitorie, censite da qualunque commentario – sta infatti proprio quella prospettiva di valore che la riforma ha inteso scardinare, e cioè l'idea che un pubblico funzionario abbia una intrinseca “qualità soggettiva”, consistente in una posizione di preminenza rispetto ad un privato, rappresentata in modo generico ed indeterminato, come – diciamo così – proiezione dell'immagine del potere. Il pubblico funzionario è invece titolare di poteri solo in quanto funzionali e serventi all'amministrazione pubblica, non certo alla preminenza sui cittadini; egli stesso, se la Costituzione è davvero presa sul serio, è un «cittadino a cui sono affidate funzioni pubbliche» e tale deve essere considerata la sua “immagine”. Davanti ad una condotta che non rientra in questa immagine, e dunque è certamente abusiva senza essere coercitiva, si deve reagire perché l'ordinamento offre tutti gli strumenti di assistenza e di reazione. All'abuso della qualità non avrebbe dovuto essere accordata rilevanza tipica.

(B) La seconda ipotesi problematica è quella della prospettazione implicita di un danno generico, «messaggio che il destinatario, per autosuggestione o per *metus ab intrinseco*, può caricare di significati negativi, paventando di potere subire un'oggettiva ingiustizia» (§ 18).

Anche in questo caso è necessario partire da un orizzonte valoriale radicalmente opposto. Se il comportamento non è esplicitato ma rimane implicito, se il suo significato non è chiaro, perché del tutto generico e non riferito ad aspetti specifici della relazione tra privato e pubblico funzionario, o della sfera giuridica del primo, non c'è dubbio che se dal lato del funzionario possiamo ritenere oggettivamente esistente una condotta induttiva, anche

dal lato di colui che “si fa indurre” la valutazione generale ora espressa dal legislatore è senz’altro negativa e cioè in termini di illiceità. Non si tratta affatto di un caso difficile. Piuttosto, qui come in altri casi in cui si verificano i relativi requisiti, si potrà valorizzare – se del caso – una ridotta rimproverabilità soggettiva, l’esistenza di scusanti o cause di non punibilità che tengano conto, per come legalmente strutturate, per l’appunto della scusabilità totale o parziale della condotta, o della sua ridotta offensività in concreto, senza pregiudicare la rilevanza tipica della condotta realizzata e quindi preservando il messaggio della sua illiceità.

(C) La terza costellazione di casi problematici è rappresentata dalle situazioni cosiddette miste o ambivalenti, di «minaccia-offerta» (o cosiddetta minaccia-promessa). Sono i casi in cui la minaccia di un danno ingiusto si accompagna anche alla prospettazione di un vantaggio indebito. In questi casi, secondo i giudici minaccia ed offerta si fondono in un’unica realtà inscindibile e diventerebbe decisiva, a questo punto, l’indagine sui motivi che abbiano determinato il privato a scendere a patti: se prevale l’intento di perseguire il vantaggio indebito, o se, al contrario, prevale l’intento di evitare il danno ingiusto minacciato.

(C-1) A questa sottospecie di ipotesi appartenerrebbe anche il caso del funzionario che subordina la tempestiva evasione di una legittima richiesta del cittadino al pagamento dell’indebito, lasciando implicitamente intendere che, in difetto, potrebbe sorgere qualche difficoltà. In realtà anche in questo caso si tratterebbe della prospettazione implicita di un danno, come nel primo caso, ma, questa volta, di carattere specifico. Si verserebbe nell’ipotesi di induzione, secondo la Corte, se la «via breve del pagamento illecito» sia stata imboccata per ingraziarsi la benevolenza del funzionario e assicurarsi *pro futuro* la trattazione preferenziale delle proprie pratiche, finendo così con l’inserirsi in quella logica negoziale asimmetrica che connota l’induzione indebita.

Quest’ultimo ragionamento tuttavia è addirittura abusivo. Se la prospettazione implicita si rivolge ad un danno specifico, percepito dal soggetto e che il soggetto intende evitare, non v’è dubbio che in base ai principi sia questo il fatto oggetto del giudizio; l’ulteriore intento non può essere oggetto di giudizio e sanzionato in quanto intento perché si violerebbe in modo clamoroso il principio di materialità dell’articolo 25, co. 2 Cost., uno degli elementari principi di struttura alla base del diritto penale moderno.

La necessità di stabilire un confine diventa qui un argomento peloso, perché in realtà rispetto all'unico fatto oggetto del giudizio un problema di confine non si pone affatto.

D) Una ulteriore costellazione di casi è rappresentata dalle «contingenze relazionali connesse all'esercizio del potere discrezionale del pubblico agente». Tuttavia, in questo caso sembra che l'utilizzo del criterio sia abbastanza piano: se l'atto discrezionale pregiudizievole per il privato è prospettato nell'ambito di una legittima attività amministrativa e si fa comprendere che, cedendo alla pressione abusiva, può conseguirsi un trattamento indebitamente favorevole, non c'è nessuna costrizione e residua soltanto la possibilità di sussumere la vicenda sotto il titolo di induzione indebita.

E) Vi sono infine situazioni nelle quali il privato si risolve alla prestazione indebita con sacrificio di un bene strettamente personale di particolare valore, risolvendo una sorta di conflitto di interessi. In questi casi, nell'ipotesi in cui il bene sacrificato sia largamente più importante rispetto al vantaggio indebito conseguito, in termini di chiara sproporzione, il privato non può che essere considerato vittima. Anche in questo caso tuttavia non sembra che il problema riguardi l'idoneità del criterio proposto ad individuare il reale disvalore delle vicende considerate.

#### *4.2 Una critica, soprattutto di metodo*

Lo stesso criterio generale proposto dalle Sezioni Unite come astratto ed oggettivo non è in realtà né astratto né oggettivo.

Non è astratto, perché solo in relazione all'atteggiamento concreto, alle specificità della vicenda di contesto, alle circostanze rilevanti, ai beni giuridici in gioco, è possibile stabilire se sia ragionevolmente chiaro che il privato cerca di evitare un danno o piuttosto di carpire un vantaggio indebito. Dunque, il contesto di rapporti interpersonali è sempre decisivo. Neppure si tratta di un criterio oggettivo, perché esso riguarda l'atteggiamento interiore dell'agente. Su questi presupposti, la stessa distinzione tra casi ordinari o "facili" e casi "difficili" si rivela arbitraria e fuorviante. La difficoltà del caso è identificata in situazioni di fatto nelle quali è necessario accertare nei minimi dettagli le condotte rispettive dei soggetti, ma questo attiene all'applicabilità del criterio e non la sua validità. D'altronde, le difficoltà di accertamento nel caso concreto o, più propriamente, la inaggirabile rilevanza del contesto nel definire i rapporti intersoggettivi

rilevanti per queste fattispecie, non ha nulla a che vedere con il concetto di caso difficile nel senso in cui questo è inteso, indipendentemente dalle sfumature, nella teoria del diritto.

Premesso che in realtà del concetto di “caso difficile” sono date diverse interpretazioni a seconda della prospettiva teorica in cui lo stesso concetto è discusso, e limitandosi agli approcci di marca giuspositivistica più familiari alla nostra cultura, si deve ricordare come le accezioni di “*hard case*” sono fondamentalmente due: da un lato, quella proposta da Ronald Dworkin<sup>53</sup> che identifica il caso difficile quando un determinato caso non può essere risolto in base ad una regola inequivoca, ed allora il giudice può discrezionalmente risolverlo in un modo o in un altro, anche opposto. Ma Dworkin non identifica le caratteristiche di un siffatto caso; di esso si può solo dire che si verifica a due condizioni: quando non c'è una regola che specificamente lo disciplina; quando la regola del caso offre una guida incompleta ambigua o contraddittoria. Una versione parzialmente diversa dello stesso concetto è data da Twining e Miers<sup>54</sup>, secondo i quali un caso difficile è un caso in cui (i) il giudice pensa che la lettera della legge sia chiara, o sotto il profilo del testo o per l'intento del legislatore; (ii) ha importanti riserve tuttavia sull'applicare la legge così interpretata. Lo «*hard case*» dev'essere distinto dal semplice “*difficult case*”, nel quale il giudice pensa che la lettera della legge non sia chiara. Ora, nella vicenda in esame il caso difficile sarebbe proprio quello ordinario, nel quale la lettera della legge necessita di essere interpretata perché non è chiara, o comunque non è univoca. Le “altre” situazioni sono situazioni di mero fatto cui applicare il criterio secondo le circostanze del caso concreto, ma non situazioni alle quali il criterio non possa essere applicato. In sostanza, il rapporto tra casi ordinari e casi difficili deve essere invertito: sono quelli che la Cassazione presenta come problematici a costituire la normale condizione contestuale in cui deve essere applicata la fattispecie di induzione. In questa prospettiva, diventa fondamentale inquadrare in un diverso contesto valutativo la relazione intersoggettiva tra un privato pur titolare di un interesse legittimo in senso generale e

<sup>53</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Massachussets, 1977, spec. p. 81.

<sup>54</sup> W. TWININGS, D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, 5<sup>th</sup> ed., Cambridge, 2012.

a-tecnico, la cui realizzazione passa per l'attività dei pubblici poteri, ed un pubblico funzionario al quale viene dato o promesso indebitamente denaro o altra utilità, a fronte dell'abuso di poteri o della qualità.

Opportunamente è stato stigmatizzato come non sia ormai più tollerabile «che si riconosca come giustificata una situazione di paura e di soggezione nei confronti di un pubblico amministratore (...) In realtà sembra molto dubbio che vi sia ancora un atteggiamento di timore riverenziali dei privati nei confronti della pubblica amministrazione (...) Piuttosto pare diffusa l'idea che si possono fare accordi reciprocamente convenienti tra privati e pubblici agenti. Comunque, laddove mai fosse ancora esistente è una concezione culturale di sudditanza del privato rispetto al pubblico agente, essa non andrebbe riconosciuta ma definitivamente sradicata»<sup>55</sup>.

Su questa base, la condotta del privato che paga senza essere costretto deve tendenzialmente essere considerata illecita, e come tale è punita. Vero è che l'induzione, dal canto suo, è un concetto intrinsecamente relazionale, non determinabile in astratto perché dipende dalla fisionomia concreta dei rapporti che si plasmano fra chi induce e chi è indotto, per effetto dell'elemento di squilibrio rappresentato dall'abuso che è in realtà l'unico elemento puramente oggettivo della fattispecie. I pretesi criteri oggettivi, piuttosto che come elementi costitutivi statici del reato, operano invece sostanzialmente come indicatori del possibile significato rispettivo delle condotte: segnalano quando esse sono strumentali l'una all'altra e non invece lo schema di una prevaricazione. Se ne avvede implicitamente la Corte, quando li considera «parametri rivelatori dell'abuso» (§16) pur dopo averli proposti come elementi costitutivi impliciti delle fattispecie, peraltro ibridi per il «necessario intreccio tra gli elementi oggettivi di prospettazione e quelli soggettivi di percezione, per evitare che la *prova* si fondi su meri dati presuntivi» (§15, corsivo aggiunto).

Piuttosto che affidare tipizzazioni casuistiche al giudice, si deve riconoscere che le condotte di questo tipo sono determinabili soltanto in relazione ad un contesto relazionale, il cui significato potrebbe essere deciso in futuro dal legislatore formalizzando queste situazioni – per l'appunto – in indicatori, con guadagno in termini di rispetto della riserva di legge e della determinatezza.

<sup>55</sup> G. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e previd.*, 2018, p. 374 ss. (p. 381).

### 5. *La tempesta continua (un cenno)*

Grande eco hanno avuto vicende recenti di corruzione non amministrativa ma “politica”. Per quanto non vi sia dubbio che alla stregua delle norme comuni<sup>56</sup> la corruzione possa interessare anche il livello politico-legislativo, centrale o locale, è stato argomentato che, in particolare, la corruzione funzionale sia difficilmente configurabile in concreto perché la prova dell'accordo illecito sarebbe molto difficile<sup>57</sup>. È stata quindi formulata la proposta di un'ulteriore fattispecie corruttiva speciale di “corruzione in ambito politico”. Al di là del merito della diagnosi e della proposta, l'ulteriore frantumazione del sistema solleva tuttavia qualche perplessità; ma potrebbe trovare nuova spinta se fosse coerentemente perseguita la tendenza, recentemente prospettata, ad una radicale semplificazione dell'intero complesso dei delitti di corruzione, a cui si farà accenno qui di seguito.

### 6. *Verso una fattispecie unica?*

La frammentazione dei reati, con i conseguenti, faticosi problemi di definizione del confine, sia per il futuro sia per i fatti già commessi e dunque nella prospettiva della successione di leggi (problema importante dal punto di vista pratico seppure transeunte, se le leggi si stabilizzassero...), è sospetta d'essere uno dei fattori delle farraginosità ed infine d'inefficienza della repressione penale.

Si è dunque consolidata una tendenza, il cui importante e riconosciuto precedente risale ad una nota proposta formulata nella stagione di Mani Pulite, verso la radicale semplificazione – fino ad una sostanziale *reductio ad unum* – delle fattispecie di corruzione. Un orientamento “radicale”, ad esempio, consiglia di «percorrere la via di un'unica fattispecie, un'ipotesi generale di corruzione che racchiude in sé, in un'unica disposizione, la corruzione per l'esercizio della funzione e per atto contrario ai doveri d'ufficio e l'induzione indebita, collocando la concussione quale aggravante ad effetto speciale dell'estorsione»<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Art. 357 c.p.

<sup>57</sup> Così, all'esito di un lavoro informato anche sulle attualità di cronaca, C. UBIALI, *op. cit.*

<sup>58</sup> Così sintetizza la proposta R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 384.

Il cuore dell'incriminazione sarebbe dato dalla ricezione indebita di denaro o altra utilità per sé o per altri, o accettazione della promessa da parte del pubblico funzionario in ragione delle sue funzioni, della sua attività, o del compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio. In sostanza, il nucleo offensivo della corruzione sarebbe identificato nell'accordo tra pubblico agente e privato in vista di uno scambio illecito tra utilità e strumentalizzazione del ruolo pubblico. Questa fattispecie sarebbe anche caratterizzata dalla previsione di livelli edittali comuni. A fronte della possibile obiezione relativa al rischio di una penalizzazione a tappeto contraria alla logica della frammentarietà, si è replicato che «il rischio penale incentrato sull'illiceità del *pactum sceleris* (...) risulta con sufficiente precisione delineato e percepibile»<sup>59</sup>. In questa prospettiva «gli usi e i comportamenti socialmente adeguati, la disciplina dei fatti di lieve entità, le fattispecie, contigue, di traffico di influenze illecite di abuso d'ufficio perimetrano *ab externo* l'area penalmente rilevante, rispetto alla quale il prudente apprezzamento del giudice è chiamato a calibrare la risposta sanzionatoria».

A prescindere dai dettagli delle proposte, che si misurano con aspetti tecnici intrinsecamente problematici<sup>60</sup>, la tendenza appena tratteggiata merita attenzione e appare condivisibile nel merito. Tuttavia, residuano perplessità non trascurabili.

Per un verso, non ci si può illudere che le questioni del confine spariscono d'incanto. Esse si collocherebbero comunque all'interno delle "sottofattispecie", perdendo solo parzialmente rilievo nella pratica. Infatti, al momento della contestazione, che segna almeno in via tendenziale l'oggetto del processo, dovrà essere indicata pur sempre la condotta concreta da sussumere nella corrispondente previsione astratta; lo esigono le regole del giusto processo, in primo luogo il diritto di difesa o, come si usa dire nel contesto anglosassone, il principio di *fair labelling*. Non sarebbe accettabile una prassi corriva quanto non difficilmente

<sup>59</sup> R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 383 s.

<sup>60</sup> Ad esempio, quando si prospetta di considerare come "circostanze" del reato determinate situazioni, se ne propone una speciale configurazione agli effetti del bilanciamento; con l'effetto, però, di consolidare tendenze non sempre raccomandabili, quale appunto quella di sottrarre all'ordinario giudizio di bilanciamento larghe aree di elementi circostanziali e dunque pur sempre "accidentali" rispetto al nucleo di illecito cui afferiscono.

pronosticabile, di contestazione alternativa del tipo: “perché pagava spontaneamente o comunque indotto...” – quanto alla posizione di un privato; “perché in violazione dei doveri accettava il pagamento ecc., o comunque con abuso di poteri costringeva o induceva ...” – quanto al pubblico funzionario. E si può immaginare quali e quante diatribe processuali, per non dire di quanti e quali abusi, potrebbero sorgere intorno a queste situazioni.

Per altro verso, anche ammessa la cauta e scrupolosa selezione di un’ipotesi accusatoria di partenza, si deve considerare che la contestazione è “mobile” anche se pur sempre soggetta a limiti definiti: modifiche o nuove contestazioni – oltre al rischio della mancata corrispondenza fra accusa e sentenza – potrebbero incidere sensibilmente sulla durata del processo.

Ma, prima ancora di tutto questo, si dovrebbe sgombrare il campo da perplessità costituzionali non del tutto trascurabili che aleggerebbero su una scelta così radicale. Se queste possono essere affrontate, discusse e superate nelle (poche o tante o troppe) pagine delle discussioni accademiche, si può immaginare che occuperebbero presto l’agone giudiziario; ancora una volta, con impatto sulla complessità e durata, e dunque anche sui costi, dei processi.

Infine, sotto un diverso e più generale aspetto, questa tendenza finisce con il collocarsi pur sempre all’interno di un’ideologia normativista, nella quale si culla l’illusione che determinati problemi, che si considerano con-causati da un determinato, criticabile assetto legislativo, possono essere affrontati e risolti con apposite modifiche normative. Affrontare criticamente questo atteggiamento culturale non è ovviamente possibile in questa sede. Tuttavia, se anche ci si limiti a considerare realisticamente l’attuale contingenza storico-politica – dalla crisi di legittimazione dell’organo parlamentare, ai problemi strutturali di qualità della legislazione, alle esigenze di appropriata comunicazione di certe scelte politico-criminali – si è tentati di preferire che il legislatore penale resti fermo e silente su un assetto che, come testimonia il decennio sul quale stiamo riflettendo, ancora trova difficoltà di assestamento. La vicenda che interessa le sorti dell’abuso di ufficio rappresenta solo il più recente catalizzatore delle tensioni e delle incertezze strutturali dello statuto penale della pubblica amministrazione.

### 7. *Ragionare (male) su dati, tra statistiche e interdisciplinarietà carente*

Sono, com'è noto, la croce della ricerca criminologica in materia di corruzione<sup>61</sup>. Chi fra i giuristi è più sensibile alla rilevanza delle rilevazioni empiriche per le valutazioni di effettività e le strategie politico-criminali s'ingegna ad incrociare basi di dati ancora sensibilmente eterogenee; ma, se si considera la bibliografia di riferimento, non sembra ancora adeguatamente sviluppato, in Italia, il dialogo interdisciplinare. Proprio questa è una sfida che dovrà essere affrontata quanto prima.

Quanto a dati del Ministero della Giustizia disponibili per gli anni 2013-2016, sono relativi ai *procedimenti iscritti e definiti* per gli specifici titoli di reato qui direttamente rilevanti – concussione, corruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite –, ad esempio, emerge<sup>62</sup>:

- a) una larga prevalenza della “classica” fattispecie di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, seguita dalle forme di istigazione;
- b) una presenza comparativamente significativa della concussione;
- c) una presenza trascurabile della corruzione per esercizio della funzione, che dovrebbe esser peraltro addirittura scontata, considerando il periodo di riferimento;
- d) analogamente, e con la stessa avvertenza di cui al punto che precede, una presenza men che sparuta del traffico di influenze;
- e) per i reati per i quali si registra la larga maggioranza di procedimenti, si riscontra invece una percentuale inferiore di condanne, pari circa ad un terzo del totale nel merito e circa un quinto interessati da prescrizione.

<sup>61</sup> Spicca, per mano di autrice ed autore con formazione giuridica, il lavoro di P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007.

<sup>62</sup> La tabella nel testo riguarda «Procedimenti iscritti e definiti nei tribunali italiani -sezione di battimento- contenenti reati di concussione, corruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite negli anni 2013-2016» (<https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Statistiche%20sulla%20corruzione.pdf>), fig. 2. I dati relativi alle condotte di istigazione alla corruzione non sono disaggregati e dunque non è possibile comprendere a quale tipo di ‘corruzione’ si riferiscano.

Per comodità del lettore si riproduce una tabella cui i commenti si riferiscono:

	2013		2014		2015		2016	
	Iscritti	definiti	Iscritti	definiti	Iscritti	definiti	Iscritti	definiti
Concussione (art. 317 cp)	131	106	97	105	115	124	110	117
Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 cp)	18	13	19	8	35	17	27	17
Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 cp)	218	197	300	192	196	163	206	180
Corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter cp)	11	10	22	14	17	12	10	9
Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 cp)	8	15	16	11	18	10	13	9
Istigazione alla corruzione (art. 322 cp)	136	115	122	127	118	105	95	103
Millantato credito (art. 346 cp)	76	71	76	76	74	56	66	53
Traffico di influenze illecite (art. 346 bis cp)	0	0	0	0	1	1	1	3

Ma sono dati poco significativi ai fini di una valutazione di efficacia del sistema, sia perché non è indicata la data di commissione dei reati, risultando dunque impossibile determinare se si riferiscano alla vigenza delle vecchie o delle nuove formulazioni; sia perché, anche per i casi nei quali non vi sia dubbio – perché si tratta di fattispecie di nuova introduzione – il periodo di osservazione è incompatibile con i tempi di “latenza” inevitabili, cioè almeno i tempi minimi per la scoperta dei fatti e l’inizio formale di un procedimento.

Quanto a dati del Ministero dell'interno<sup>63</sup>, essi si riferiscono ad un non meglio precisato concetto di "reati commessi"; non è chiaro se per tali si intendano quelli denunciati, o quelli accertati, o entrambi. Ad ogni modo, è interessante notare come nel periodo fra il 2004 e il 2021 si assista ad una drastica diminuzione della concussione – dal 2012 – e di tutte le tipologie corruttive ma soltanto a partire dal 2017, mentre resta costante solo il trend dell'abuso di ufficio. Al di là della non semplice interpretazione dei risultati questo rapporto, esso restituisce un'immagine di diminuzione o sommersione dei reati di corruzione che, di primo acchito, contrasta frontalmente con quanto emerge, ad esempio, da un rapporto ANAC che, pur indulgendo a qualche codice comunicativo "mediale" ad alto impatto allarmistico, censisce l'inquietante trend di un caso di corruzione a settimana nella materia degli appalti<sup>64</sup>.

Su dati del casellario giudiziale centrale si fonda un recente, apprezzabile tentativo di verificare l'effettività degli apparati «chiamati all'applicazione del diritto penale», per stabilire «se l'andamento statistico delle condanne presenti correlazioni individuabili con le modifiche legislative»<sup>65</sup>. Tuttavia, il metodo prescelto potrebbe scontare il ridotto ambito temporale considerato – il periodo 2012-2017 – che è l'unico rilevante per le nuove fattispecie; anche se sono presi in considerazione reati commessi a partire dal 2004, in realtà devono esser considerati soltanto reati commessi dopo l'entrata in vigore della legge, e non reati commessi prima: il riferimento alle sentenze definitive può essere pertanto poco significativo se non fuorviante, ancora una volta, per via dei tempi di scoperta dei reati e dei tempi del processo.

Quanto ai risultati degli sforzi di rielaborazione di dati statistici, dunque, possono apparire deludenti. Pur senza tener conto delle lacune anche

<sup>63</sup> Ministero dell'Interno, dipartimento della pubblica sicurezza, direzione centrale della polizia criminale, servizio analisi criminale, Roma, febbraio 2022 ([https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-03/report\\_reati\\_corruttivi\\_02.2022.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-03/report_reati_corruttivi_02.2022.pdf)).

<sup>64</sup> ANAC, *La corruzione in Italia 2016-2019. Numeri, luoghi e contropartite del malaffare – Rapporto presentato presso la sede della Stampa Estera il 17 ottobre 2019*, reperibile all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/-/la-corruzione-in-italia-2016-2019.-numeri-luoghi-e-contropartite-del-malaffare>.

<sup>65</sup> E. AMMANNATO, *La misura giudiziaria della corruzione: il terzo livello dell'effettività penale*, in *Dir. pen. contemp.* – *Riv. trimestrale*, 4, 2020, p. 92.

significative che affliggono le rilevazioni, si potrebbe complessivamente osservare che ad onta di alcuni miglioramenti di sistema – in particolare grazie all’attività svolta da ANAC – esse sono ormai poco significative perché, per come presentate, confermano quel che già si sa e cioè che le modifiche normative e soprattutto gli aumenti di pena persino iperbolici in funzione deterrente non hanno avuto pressoché nessun apprezzabile effetto sull’efficienza della repressione<sup>66</sup>.

D’altra parte, “dati” non sono soltanto quelli offerti dalle statistiche giudiziarie. Un elemento di valutazione fondamentale dell’efficienza ed efficacia della legislazione dovrebbe essere la misura dei costi stimati per porre in opera le riforme, o, a seconda della prospettiva, prodotti dalle riforme poste in opera (modifica delle fattispecie, modifica delle cornici edittali, diversificazione della tipologia sanzionatoria, modifiche degli strumenti di indagine, e così via). Questi elementi dovrebbero essere esplicitati nelle analisi/valutazioni di impatto della regolamentazione, ma è difficile reperirne traccia nei documenti disponibili.

Per vero, uno sforzo di trasparenza sotto questo profilo è documentabile. In tempi recenti, ad esempio, nella AIR che ha preceduto la più recente riforma della c.d. spazzacorrotti, obiettivi generali e specifici delle modifiche legislative sono indicati in modo esplicito e comprensibile. Ad esempio, dalla scelta di intervenire

«sull’apparato delle pene accessorie volte a interdire, in caso di condanna, nuove occasioni di rapporto con la pubblica amministrazione, escludendo al contempo che l’eventuale sospensione condizionale della pena detentiva si estenda automaticamente anche all[e] sanzioni che inibiscono ogni rapporto all’interno o con la pubblica amministrazione»

ci si attende di «vedere aumentata, nell’ambito dei dati riferiti, la percentuale di sentenze cui segue l’effettiva esecuzione delle pene che inibiscono l’accesso a funzioni pubbliche ovvero a rapporti economici

<sup>66</sup> Cfr. Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR), cit., fg. 15 («il tasso di corruzione permane elevato nonostante i ripetuti anche recenti interventi normativi, volti essenzialmente a inasprire le pene dei reati»).

con la pubblica amministrazione». È evidente che questa correlazione dovrà essere adeguatamente verificata *ex post*; ed è pure evidente che questo lavoro non è mai stato realizzato e siamo dunque ai primi passi (il che dà la misura di quanto ancora ci sia da fare su questo fronte).

D'altra parte, da questi primi documenti si ricava l'impressione che manchi ancora proprio una reale... valutazione d'impatto metodologicamente appropriata. Si considerino soltanto due aspetti, diversi ma correlati: la realtà istituzionale-organizzativa identificata come campo per l'analisi e la stima dei costi degli interventi.

Quanto al primo aspetto, nel definire i soggetti interessati dalla strategia di modifiche sostanziali e processuali (pene accessorie; strumenti di investigazione), cioè gli «operatori della giustizia», essi sono identificati in polizia giudiziaria, pubblici ministeri, giudici<sup>67</sup>. Manca completamente dalla visione dei destinatari, ad esempio, il complesso del personale amministrativo – dirigenti, direttori, funzionari, assistenti giudiziari, operatori giudiziari, eccetera – che costituisce l'organico necessario (e negletto?) del sistema di amministrazione, che appare già in sofferenza (si pensi a reclutamenti-tampone del tipo di quelli effettuati con l'istituzione dell'ufficio del processo, a suo modo “innovativa”). Non compare dunque nessuna stima dell'impatto sugli adempimenti e sull'impegno di questa parte dell'amministrazione (ad esempio: sarebbe necessario rivedere piante organiche? Rivedere le competenze da accertare in occasione dei concorsi con cui il personale è reclutato? Sono da organizzare corsi di formazione o aggiornamento professionale? Sono necessari affiancamenti che impattano sui tempi di lavoro? – e così via).

Su queste basi, ed è il secondo aspetto, suona apodittico affermare che «trattandosi di modifiche di disciplina del diritto penale si tratta di intervento fronteggiabile a risorse vigenti da parte degli operatori della giustizia» che dovranno soltanto adeguare le strutture interne per quanto di competenza e «pertanto, non sono previsti fattori che possano incidere negativamente sugli effetti prodotti dall'intervento regolatorio»; correla-

<sup>67</sup> Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR), cit., fg. 22.

tivamente, quanto al monitoraggio della sua efficacia non sono previste «nuove forme di controllo che implicino oneri per la finanza pubblica»<sup>68</sup>. V'è da chiedersi se la mancanza di un'analisi di aspetti di organizzazione delle amministrazioni pubbliche possa derivare anche dal fatto che per questa stessa analisi non siano state coinvolte competenze diverse da «magistrati e professori» (questi ultimi, si suppone, di diritto): esperti di amministrazione, di organizzazione aziendale, informatici, magari persino esperti di *mechanism design*, analogamente a quanto è stato proposto per disegnare un efficiente modello di *governance* dei lavori pubblici proprio nel contesto degli studi di anticorruzione<sup>69</sup>.

Una delle principali sfide del prossimo futuro – meglio si dovrebbe dire del presente – è anche quella di mettere in opera la collaborazione fra competenze interdisciplinari, abbandonando l'idea della preminenza del diritto (qui: il diritto penale) come strumento principe di governo dei rapporti sociali, a favore della riflessione sugli strumenti di politica pubblica (di cui peraltro anche il diritto è parte). Non si tratterebbe tanto di ribaltare la visione, tipica del tecnicismo giuridico, delle scienze sociali come “ancillari”, quanto piuttosto di porre tutti i saperi sulla linea orizzontale della condivisione dei rispettivi linguaggi (condivisione non significa volgarizzazione) e della cooperazione nelle opere.

<sup>68</sup> Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR), cit., fig. 23.

<sup>69</sup> Cfr. ad esempio L. PICCI, *Fighting Corruption, Striving for Efficiency and Effectiveness: Reputation-Based Governance of Public Works* ([https://www.asr-id-online.it/static/upload/protected/PICC/PICCI-Fighting-Corruption-10\\_01\\_05.pdf](https://www.asr-id-online.it/static/upload/protected/PICC/PICCI-Fighting-Corruption-10_01_05.pdf)), p. 20.