

INTRODUZIONE

La legge 9 gennaio 2019, n. 3, intitolata «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», su iniziativa del Ministro della Giustizia è entrata nel mondo massmediatico con l'appellativo di «legge spazza-corrotti».

Che un provvedimento legislativo possa essere così volgarmente denominato è un segno dei tempi; che la legge penale possa ambire a «spazzare» una qualsiasi categoria di rei – cioè non a prevenire la commissione degli illeciti e neppure a rieducare gli autori di essi, ma proprio a eliminarli o a neutralizzarli radicalmente (un po' come la castrazione chimica caldeggiata negli ultimi giorni nei confronti di quanti abbiano commesso reati sessuali) – è un altro segno dei tempi; che il fenomeno della corruzione – passato indenne attraverso gli inasprimenti sanzionatori operati prima dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e poi dalla legge 27 maggio 2015, n. 69 – debba ora ritenersi definitivamente sconfitto, è invece contrario al buon senso, prima ancora che alla realtà.

Ma tant'è. La sensazione è che attualmente ogni modifica del codice penale come pure del codice di rito obbedisca ai principi del *marketing* e richieda dunque un linguaggio promozionale se non proprio pubblicitario, modellato sui tempi brevi imposti dalla ... volubilità del mercato.

Entrando nel merito della legge n. 3 del 2019 non bisogna essere troppo severi, poiché essa rimane nel solco repressivo dei precedenti interventi del Parlamento, verificatisi tra il 2012 e il 2015, e anzi manifesta una volontà di adempiere ai vincoli sovranazionali sconosciuta anche al più recente passato.

Sul versante del diritto penale sostanziale, troppe sono però le direttrici riformistiche perché possa rinvenirsi un'idea perseguita con metodo: procedibilità per i reati commessi all'estero, prescrizione, pene accessorie, riabilitazione, sospensione condizionale, ordinamento penitenziario e poi modifiche e abrogazioni di fattispecie incriminatrici e nuove

cause di non punibilità. Il sospetto è che si navighi a vista per combattere una situazione emergenziale che però, a causa del suo consolidamento strutturale nelle istituzioni, richiederebbe un progetto più ampio e incisivo, nel quale il diritto penale sia chiamato a svolgere il ruolo che gli compete: cioè quello di retroguardia.

Sul versante processuale, la linea seguita è quella della progressiva attrazione dei più gravi delitti di corruzione nell'orbita del crimine organizzato e delle relative regole speciali. Si tratta di un percorso già intrapreso nella legislatura precedente con l'inclusione delle persone sospettate di associarsi a scopi corruttivi fra i soggetti destinatari delle misure di prevenzione *ante- o praeter-delictum* (in particolare la confisca), al pari dei sospetti mafiosi o terroristi (art. 4 comma 1 lett. *i-bis*, d.lgs. n. 159 del 2011, novellato da art. 1 legge n. 161 del 2017). La legge n. 3 del 2019 prosegue l'opera, estendendo la pratica delle indagini sotto copertura all'accertamento di questa tipologia di delitti (art. 9 legge n. 146 del 2006) e incoraggiando la collaborazione con forme inedite di non punibilità (art. 323-*ter* c.p.) o con soluzioni premiali a favore delle persone giuridiche coinvolte in procedimenti per codesti delitti (art. 25 comma 5-*bis* d.lgs. n. 231 del 2001). Va nella stessa direzione la modifica in tema di uso del captatore informatico (art. 266 comma 2-*bis*), già previsto per i delitti di criminalità organizzata indicati nell'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, ora esteso anche ai più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Il patteggiamento – inaccessibile per fatti di mafia, di terrorismo, di pedo-pornografia, ecc. – resta accessibile agli imputati per fatti di corruzione (art. 444 comma 3-*bis* c.p.p.). Una modalità inedita di patteggiamento, compatibile con l'applicazione della nuova misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 289-*bis* c.p.p.) a sua volta preliminare alla nuova pena accessoria della incapacità perpetua di contrattare con la pubblica amministrazione (cosiddetto DASPO per i corrotti).

Analoghi rilievi valgono per l'importante modifica dell'art. 4-*bis* legge n. 354 del 1975 che priva dei benefici penitenziari i condannati per fatti di corruzione che non abbiano prestato la propria fattiva collaborazione all'autorità giudiziaria. Anche qui la corruzione è assimilata alla categoria dei delitti di criminalità organizzata, per la repressione e prevenzione dei quali valgono regole speciali.

Chiude il volume una riflessione sulla lunga disposizione della legge n. 3 del 2019, avente ad oggetto gli obblighi che incombono su partiti

ed associazioni politiche, con riguardo alla rendicontazione delle fonti di finanziamento. È materia per verità estranea all'ambito penale e processuale; ciò nonostante è parso opportuno dedicarvi attenzione, perché – non solo nell'esperienza italiana – la connessione fra finanziamento della politica e fenomeni corruttivi ha rappresentato una costante rintracciabile, si può dire, in ogni epoca e sotto i più diversi regimi politici.

I CURATORI

Bologna-Pavia, maggio 2019

PARTE PRIMA
QUESTIONI DI DIRITTO
PENALE SOSTANZIALE

I

LA PERSEGUIBILITÀ DEI REATI COMMESSI ALL'ESTERO

di Carlo Cucinotta

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La riforma dell'art. 9 c.p. – 3. La riforma dell'art. 10 c.p.

1. *Premesse.*

Con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, il legislatore è intervenuto sulla disciplina dettata dagli artt. 9 e 10 c.p. al fine di ampliare la giurisdizione italiana nella repressione di taluni delitti contro la pubblica amministrazione interamente commessi all'estero.

Alla base di tale deroga al principio di territorialità vi è l'esigenza, dichiarata nei lavori preparatori¹, di adeguare la normativa interna alle disposizioni della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione del 1999, il cui art. 17 comma 1 impone agli Stati firmatari di affermare la propria giurisdizione ogni volta che rispetto a uno dei reati previsti dagli artt. 2 ss. (corruzione pubblica, corruzione privata, traffico di influenze, riciclaggio e reati fiscali connessi alla corruzione) ricorra una delle seguenti condizioni: a) il reato è commesso in tutto o in parte nel proprio territorio; b) l'autore del reato è un proprio cittadino, pubblico ufficiale o membro di un'assemblea pubblica nazionale; c) il reato coinvolge un proprio pubblico ufficiale, un membro delle assemblee pubbliche nazionali o qualsiasi altra persona di cui agli artt. 9-11 [*i.e.* funzionari di organizzazioni, assemblee o tribunali internazionali] che sia al contempo un proprio cittadino.

¹V. *Relazione al Disegno di legge 24 settembre 2018, C. 1189*, p. 2 ss.

La non conformità dell'ordinamento italiano ai vincoli internazionali era dovuta al fatto che a seguito della ratifica della predetta Convenzione, avvenuta con la legge 28 giugno 2012, n. 110, la nostra rappresentanza permanente presso il Consiglio d'Europa aveva depositato, in data 13 giugno 2013, una nota verbale con cui l'Italia dichiarava che avrebbe sì applicato le regole sulla giurisdizione fissate dall'art. 17 comma 1 lett. *b* e *c*, ma alle condizioni stabilite dagli artt. 9 e 10 del nostro codice penale, i quali – come noto – prevedono in taluni casi la richiesta del Ministro della giustizia, l'istanza o la richiesta della persona offesa come condizioni di procedibilità.

Alla luce di tale riserva, peraltro espressamente consentita dallo stesso art. 17 comma 2, il *Group of States against Corruption* (GRECO) aveva espresso nel proprio Rapporto di valutazione, adottato a Strasburgo il 20 giugno 2014, un giudizio di non conformità della normativa italiana rispetto alle disposizioni della Convenzione penale del 1999. Di conseguenza, all'interno della nona raccomandazione veniva chiesto all'Italia di «i) eliminare la necessità della richiesta del Ministro o della querela di parte quale condizione per perseguire i reati di corruzione commessi all'estero; ii) estendere la giurisdizione sugli atti di corruzione commessi all'estero da stranieri ma con il coinvolgimento di funzionari di organizzazioni internazionali, membri di assemblee parlamentari internazionali e funzionari di corti internazionali che siano al tempo stesso cittadini italiani». Tali raccomandazioni, nonostante il legislatore italiano fosse nuovamente intervenuto in materia di delitti contro la pubblica amministrazione con la legge 27 maggio 2015, n. 69, erano rimaste inattuata, onde le stesse venivano successivamente riproposte sia nel secondo Rapporto di conformità sull'Italia adottato il 2 dicembre 2016, sia nell'*Addendum* al secondo Rapporto di conformità licenziato il 29 giugno 2018.

Le ragioni di siffatta resistenza a conformarsi integralmente alle disposizioni sovranazionali avevano natura essenzialmente tecnico-giuridica. Come osservato dalla delegazione italiana istituita presso il GRECO, infatti, l'art. 6 del nostro codice penale, nel determinare le condizioni generali di efficacia della legge italiana nello spazio, risulta dotato di una portata assai ampia, poiché considera un reato commesso in Italia allorché nel territorio dello Stato sia avvenuta in tutto o in parte l'azione o l'omissione che lo costituisce, ovvero ivi si sia verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione². Peraltro – aggiungeva la

² Si veda in proposito quanto riferito dal dott. Raffaele Piccirillo, Capo della dele-

delegazione –, si tratta di una norma interpretata costantemente in senso estensivo dalla giurisprudenza, in quanto ai fini della sua applicazione viene ritenuto sufficiente che nel territorio dello Stato «si sia verificato anche soltanto un frammento della condotta che, seppure privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero»³, e addirittura che in Italia sia avvenuta la semplice ideazione del delitto⁴.

Inoltre – proseguivano i nostri rappresentanti –, anche nelle ipotesi in cui non opera l'art. 6 c.p. può nondimeno trovare applicazione l'art. 9 comma 1 c.p., in base al quale la richiesta del Ministro della giustizia non è necessaria ogni volta che per il delitto per cui bisogna procedere è prevista una pena detentiva non inferiore nel minimo a tre anni, come avviene per la maggior parte dei delitti di corruzione. Per tali ragioni si concludeva che i casi nei quali era necessaria la richiesta del Ministro della giustizia per la punibilità della corruzione commessa all'estero fossero del tutto minoritari.

Nonostante tali osservazioni, il giudizio di non conformità della normativa italiana rispetto alle disposizioni della Convenzione penale del 1999 espresso dal GRECO rimaneva inalterato, soprattutto in riferimento alle ipotesi in cui la necessità della richiesta ministeriale apriva il rischio – denunciato dagli osservatori internazionali – di “interferenze politiche” nell'esercizio dell'azione penale⁵. Più precisamente ciò riguardava, da un lato, i reati di corruzione per l'esercizio della funzione, istigazione alla corruzione *ex art. 322 commi 1 e 3 c.p.*, corruzione tra privati e traffico di influenze illecite commessi interamente in territorio straniero da parte di un cittadino italiano (non potendo in tali casi operare né l'art. 6 c.p., né l'art. 9 comma 1 c.p.); dall'altro lato, tutti i delitti

gazione italiana presso il Gruppo di Stati contro la corruzione del Consiglio d'Europa, nel corso dell'audizione tenutasi in Commissione Giustizia e Affari Costituzionali il 19 ottobre 2018, il cui resoconto è disponibile al seguente indirizzo web: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/000/285/C._1189_Dott._Piccirillo_GRECO_19.10.18_.pdf.

³ Cass. pen., Sez. IV, 17 dicembre 2008, n. 17026; Id., Sez. VI, 9 dicembre 2009, n. 47922; Id., Sez. VI, 24 aprile 2012, n. 16115; Id., Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 13085.

⁴ Cass. pen., Sez. II, 20 settembre 2011, n. 46665; Id., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1320 ss. con nota critica di V. MONGILLO.

⁵ Cfr. quanto affermato dal GRECO nel § 48 del Rapporto di conformità del 2016 e nel § 36 dell'*Addendum* al secondo Rapporto di conformità del 2018.

indicati dagli artt. 2 ss. della Convenzione commessi interamente all'estero da uno straniero con il coinvolgimento di un pubblico funzionario italiano, non essendo in proposito prevista dall'art. 10 c.p. alcuna deroga all'anzidetta richiesta del Ministro della giustizia.

Alla stregua delle valutazioni ora riferite, la riforma degli artt. 9 e 10 c.p. risultava dunque necessaria.

2. La riforma dell'art. 9 c.p.

Una volta accertate le ragioni che imponevano di modificare le condizioni di procedibilità per taluni delitti contro la pubblica amministrazione commessi interamente all'estero, passiamo a esaminare la nuova disciplina degli artt. 9 e 10 c.p.

Con riferimento all'art. 9 c.p., la legge n. 3 del 2019 ha inserito un nuovo ultimo comma, il quale stabilisce che, «nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321 e 346-*bis*». Evitando di indugiare sulla menzione della querela della persona offesa nell'ambito di delitti procedibili d'ufficio, è possibile notare come attraverso tale disposizione sia stata introdotta una deroga al regime di procedibilità previsto dall'art. 9 comma 1 c.p. che, come anticipato, esclude la necessità della richiesta ministeriale per i delitti commessi all'estero dal cittadino italiano puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. In particolare, l'operatività di tale deroga concerne, da un lato, la corruzione attiva e passiva *ex art.* 318 c.p. dell'incaricato di pubblico servizio – atteso che, anche a seguito dell'inasprimento sanzionatorio apportato dalla legge n. 3 del 2019, tale fattispecie continua a essere punita, ai sensi degli artt. 320 e 321 c.p., con una pena nel minimo inferiore a tre anni – e, dall'altro lato, il traffico di influenze illecite, essendo il relativo minimo edittale fissato dall'art. 346-*bis* c.p. in un anno di reclusione.

Non sono stati richiamati dall'art. 9 comma 4 c.p., invece, sia il delitto di istigazione alla corruzione per l'esercizio della funzione (anche con riferimento all'art. 322-*bis* comma 2 c.p.), sia il delitto di corruzione tra privati, i quali, prevedendo una pena detentiva inferiore nel minimo a tre anni, ove commessi interamente all'estero risultano ancora procedibili – contrariamente a quanto richiesto sia dalle disposizioni internazionali, sia ripetutamente dal GRECO – attraverso la richiesta del Mini-

stro della giustizia. Ne deriva, sotto questo profilo, la perdurante difformità della normativa italiana rispetto ai vincoli sovranazionali, che risulta oggi priva di qualsiasi giustificazione considerando che l'art. 1, comma 10 della legge n. 3 del 2019 ha previsto che «il Governo non rinnova, alla scadenza, le riserve apposte alla Convenzione penale sulla corruzione [...] diverse da quelle aventi ad oggetto le condotte di corruzione passiva dei pubblici ufficiali stranieri e quelle di corruzione, sia attiva che passiva, dei membri delle assemblee pubbliche straniere, fatta eccezione per quelle degli Stati membri dell'Unione europea e delle assemblee parlamentari internazionali».

3. La riforma dell'art. 10 c.p.

Il nuovo comma 3 dell'art. 10 c.p. dispone che «la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis*», derogando così al regime di procedibilità per i delitti commessi all'estero dallo straniero delineato dall'art. 10 comma 1 c.p., ai sensi del quale la richiesta ministeriale costituisce sempre una condizione di procedibilità.

Soffermandoci più da vicino sull'esegesi di tale disposizione, occorre anzitutto interrogarsi sulla presenza, nell'ambito di una modifica disposta per agevolare la repressione della corruzione commessa all'estero, del richiamo ai delitti di concussione (art. 317 c.p.) e induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.). Per accertare le ragioni di tale riferimento può essere utile il parallelismo con l'art. 322-*bis* c.p., introdotto nel nostro ordinamento con la legge 29 settembre 2000, n. 300, in attuazione di tre convenzioni internazionali concernenti rispettivamente la tutela degli interessi finanziari comunitari e il contrasto della corruzione sia dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, sia dei funzionari delle Comunità europee⁶. In quella sede, il legislatore

⁶ Si tratta, più precisamente, della Convenzione di Bruxelles 26 luglio 1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (con gli annessi Protocolli di Dublino, 27 settembre 1996, e Bruxelles, 29 novembre 1996), della Convenzione di Bruxelles 26 maggio 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e della Convenzione OCSE di Parigi 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici

italiano era stato chiamato infatti a incriminare la corruzione dei soggetti indicati dalle predette convenzioni (agenti e membri delle istituzioni comunitarie, funzionari di altri Stati membri) ma, al momento di estendere nei loro confronti le fattispecie corruttive previste dal nostro codice penale, aveva inserito nel nuovo art. 322-*bis* c.p. anche ulteriori reati, fra cui l'art. 317 c.p.

Questa scelta trovava ragione nella fluidità del confine tra i delitti di concussione e corruzione⁷, che nella nostra prassi giudiziaria aveva reso possibile qualificare ai sensi del previgente art. 317 c.p. – soprattutto nella forma della concussione per induzione – fatti considerati come corruzione negli altri ordinamenti europei (nei quali è assente il delitto di concussione⁸). Si pensi alle condotte di sollecitazione o induzione poste in essere dal pubblico funzionario, qualificate altrove come corruzione passiva (in virtù della tipizzazione autonoma del reato), ma suscettibili di ricadere nella concussione, al ricorrere dell'abuso del pubblico agente, all'interno del nostro ordinamento⁹. Per assicurare una repressione omogenea della corruzione internazionale ed evitare che tali differenze qualificatorie potessero tradursi in una violazione delle convenzioni ratificate dall'Italia, il nostro legislatore era intervenuto inserendo nell'art. 322-*bis* c.p. dapprima l'art. 317 c.p. e, successivamente, con la legge 6 novembre 2012, n. 190, anche l'art. 319-*quater* c.p.

Tornando al nuovo art. 10 comma 3 c.p., può notarsi come l'eliminazione della richiesta ministeriale per i delitti di concussione e induzione indebita si ponga in linea con la tradizione inaugurata dall'art. 322-*bis* c.p. Come visto, l'inserimento degli artt. 317 e 319-*quater* c.p. nella fattispecie di corruzione internazionale si rendeva necessario per adeguare l'ordinamento italiano ai vincoli sovranazionali sul piano dell'incriminazione astratta. La previsione di tali fattispecie nell'art. 10 comma 3 c.p. è volta ora a uniformare il sistema repressivo della corruzione in-

ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Al riguardo v. S. MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 415 ss.; M. PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 1013 ss.

⁷ Sul punto, per tutti, G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 886 ss.; G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, *ivi*, 1996, p. 487 ss.

⁸ Evidenzia l'assenza negli altri ordinamenti europei del reato di concussione G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale"*, *cit.*, p. 498 ss.

⁹ Così M. PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, cit.*, p. 1014.

ternazionale anche sul piano procedimentale, assicurando, in conformità all'art. 17 della Convenzione penale del 1999, che l'azione penale nei confronti di tutti i fatti qualificati come corruzione dalle disposizioni convenzionali (art. 2 ss.) risulti sempre liberamente esercitabile.

Proseguendo nell'esame dell'art. 10 comma 3 c.p., è necessario soffermarsi sul richiamo agli artt. 318 ss. c.p., rilevando come l'ordinamento italiano si sia in questo modo definitivamente conformato alle disposizioni della Convenzione penale del 1999 e alle indicazioni espresse dal GRECO nei propri rapporti di conformità. Tuttavia, se all'interno della nona raccomandazione era stato chiesto all'Italia di eliminare la richiesta del Ministro della giustizia per «gli atti di corruzione commessi all'estero da stranieri ma con il coinvolgimento di funzionari di organizzazioni internazionali, membri di assemblee parlamentari internazionali e funzionari di corti internazionali *che siano al tempo stesso cittadini italiani*», è possibile notare come la legge n. 3 del 2019 abbia superato i confini del *petitum*, in quanto i reati di cui agli artt. 318 ss. c.p. sono stati inseriti nell'art. 10 comma 3 c.p. senza limitarne l'applicazione ai casi in cui il funzionario che riceve l'utilità sia un cittadino italiano.

Ne deriva che la richiesta del Ministro della giustizia non risulta più necessaria neppure per i casi di corruzione commessa all'estero fra soggetti stranieri, sempre che ricorrano naturalmente le altre condizioni previste dall'art. 10 c.p., quali il danno per lo Stato o per un cittadino italiano e la presenza del reo nel territorio italiano. Per fare un esempio, si pensi alla corruzione di un giudice di una Corte sovranazionale, ovviamente non italiano, da parte di uno straniero in un processo che vede come parte in causa l'Italia o un cittadino italiano; oppure alla corruzione di un funzionario straniero nell'ambito di una gara d'appalto indetta dall'amministrazione di uno Stato terzo a cui partecipino anche un'impresa italiana (*rectius*: con azioni o quote detenute da cittadini italiani). In tutti questi casi, ove lo Stato o il cittadino italiano subisca un danno in conseguenza del reato, e il reo sia presente nel territorio italiano, l'azione penale nei confronti di quest'ultimo potrà essere liberamente esercitata.

È da notare, infine, il mancato richiamo nell'art. 10 comma 3 c.p. del delitto di traffico di influenze illecite. Parlare di una lacuna al riguardo potrebbe risultare inesatto, poiché a ben vedere l'art. 17 della Convenzione penale del 1999, pur richiedendo agli Stati di incriminare i traffici di influenze, non impone di affermare la giurisdizione ove tale reato venga commesso interamente all'estero da stranieri. È vero che la lett. c dell'art. 17 richiede di punire anche il reato che “coinvolge” un

proprio pubblico ufficiale e che, pur intercorrendo fra soggetti privati, i traffici di influenze coinvolgono sempre in senso lato i soggetti pubblici. Tuttavia, come indicato nella relazione esplicativa della Convenzione, il criterio di cui alla lett. *c* intende riferirsi, tramite il termine “coinvolge”, al caso del pubblico ufficiale corrotto dal cittadino straniero, onde consentire agli Stati di estendere la propria giurisdizione nei confronti di quest’ultimo¹⁰; non viene considerata, invece, l’ipotesi del traffico di influenze posto in essere da stranieri fuori dai confini nazionali. Ne deriva, pertanto, che ove tale reato venga commesso interamente all’estero da un cittadino italiano e uno straniero, per effetto del nuovo art. 9 comma 4 c.p., esaminato in precedenza, l’azione penale sarà liberamente esercitabile nei confronti del primo, mentre per il secondo troverà applicazione il regime generale previsto dall’art. 10 comma 1 c.p.

Per concludere è necessario accennare a una problematica comune agli artt. 9 e 10 c.p. e ancora una volta trascurata dal legislatore italiano, vale a dire quella della doppia incriminazione. Come noto, sussiste incertezza sulla possibilità di procedere contro un fatto previsto come reato dalla legge italiana ma non dall’ordinamento straniero nella cui giurisdizione sia stato interamente commesso¹¹. A tal proposito si può pensare a un traffico di influenze commesso interamente in Svizzera, atteso che tale ordinamento non attribuisce rilevanza penale al c.d. *trading in influence*. *Quid iuris* ove in territorio svizzero venga interamente a realizzarsi la vendita di un’influenza, esistente o asserita, su un soggetto pubblico italiano?

Al riguardo è opportuno distinguere. Nell’ipotesi in cui autore del reato sia un cittadino italiano, la necessità della doppia incriminazione appare difficilmente sostenibile, poiché se «la *ratio* principale del prin-

¹⁰ V. *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, p. 16 s., reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>.

¹¹ A favore della necessità della doppia incriminazione sia per il reato commesso dal cittadino, che per quello commesso dallo straniero M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., vol. I, Giuffrè, 2004, p. 143. Ritengono invece che tale principio operi solamente nei confronti dello straniero I. CARACCIOLI, *L’incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all’estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 1025 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, 2014, p. 126. Escludono, infine, che il criterio della doppia incriminazione valga per gli artt. 9 e 10 c.p. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, 2017, p. 898; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Giuffrè, 2003, p. 152 s.

cipio di legalità sta proprio nel far sì che ognuno *sappia*, prima di agire, se l'azione che compie è penalmente lecita oppure no»¹², si può affermare che il cittadino è posto nelle condizioni di sapere che il traffico di influenze costituisce un reato nel nostro ordinamento, specie ove si consideri che all'interno di quest'ultimo sono destinati a prodursi gli effetti della condotta criminosa (salva, naturalmente, l'ipotesi della c.d. vendita di fumo). A conclusioni opposte si perviene, invece, nel caso in cui autore del reato sia lo straniero, in quanto nei suoi confronti non sussiste alcun onere di conoscenza della nostra legge penale: in tale ipotesi, al fine di garantire il pieno rispetto del principio di legalità, appare preferibile ritenere la doppia incriminazione una condizione di procedibilità (che, con riferimento all'art. 346-*bis* c.p., si aggiunge – come rilevato in precedenza – alla richiesta del Ministro della giustizia *ex art. 10 comma 1 c.p.*).

¹²I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero*, cit., p. 1025.

II

LE MODIFICHE RELATIVE ALLE PENE ACCESSORIE E ALLA RIPARAZIONE PECUNIARIA

di Nicola Pistilli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le modifiche alle pene accessorie: l'ampliamento del catalogo dei reati e le attenuazioni di pena. – 2.1. L'applicabilità delle pene accessorie al tentativo. – 2.2. La determinazione della durata. – 3. *Segue*: l'incapacità perpetua a contrattare con la pubblica amministrazione e il problema della perpetuità delle pene accessorie. – 4. I riverberi in punto di sospensione condizionale della pena. – 5. Le possibili evoluzioni della sanzione interdittiva come pena principale o sostitutiva con specifico riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione. – 6. La riparazione pecuniaria: verso un'ipertrofia delle misure patrimoniali.

1. *Introduzione.*

La legge 9 gennaio 2019, n. 3 apporta significative modifiche alla disciplina delle pene accessorie e a quella della riparazione pecuniaria con riferimento ad alcuni tra i più gravi reati contro la pubblica amministrazione.

Partendo dal primo dei due istituti, il provvedimento in commento realizza un complessivo potenziamento dell'apparato delle pene accessorie, che si muove essenzialmente lungo tre direttrici.

La prima consiste nell'ampliamento dei reati presupposto: la novella interviene sul catalogo di cui all'art. 32-*quater* c.p., disciplinante la pena dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, e su quello – più ristretto – di cui all'art. 317-*bis* c.p., in tema di interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Nella disposizione da ultimo citata, poi, all'interdizione perpetua dai pubblici uffici si affianca l'incapacità perpetua di contrattare con la pubblica amministrazione, con esclusivo riferimento alle fattispecie ivi menzionate: si tratta del noto “DASPO a vita per i corrotti”.

Infine, nell'ottica di affrancare la pena accessoria dai meccanismi estintivi che interessano la pena principale, il legislatore dispone che il giudice può escludere l'operatività della sospensione condizionale rispetto alle due citate tipologie di pene accessorie e che la riabilitazione non si estende a quelle perpetue¹. Sempre a una logica di irrobustimento di tali sanzioni rispondono le modifiche al codice di rito volte a consentire l'irrogazione delle pene accessorie anche in caso di patteggiamento "tradizionale", in deroga alla regola generale di cui all'art. 445 c.p.p.².

La scelta di rafforzare l'operatività delle pene accessorie, anche mediante una – seppur limitata ad alcuni dei reati contro la pubblica amministrazione, e per questo discutibile – emancipazione rispetto al corso della pena detentiva, può rappresentare la prima tappa verso una rivalutazione della sanzione interdittiva a discapito di quella carceraria; questa prospettiva viene esplicitata, del resto, nella stessa Relazione di accompagnamento al disegno di legge, ove si legge che «il sensibile aumento delle pene già apportato ai delitti contro la pubblica amministrazione dalle modifiche normative intervenute nel corso degli anni» sconsiglia «un ulteriore, generalizzato aggravamento delle pene principali», dovendo il sistema orientarsi verso «una più severa disciplina delle sanzioni accessorie, che valga a renderne i contenuti di interdizione e divieto effettivi e dissuasivi»³. Se questa evoluzione va certamente seguita con interesse, la novella solleva tuttavia non poche perplessità sul terreno della razionalità sistematica e, soprattutto, perde l'occasione di sciogliere definitivamente alcuni nodi emersi di recente nella prassi, con i quali occorre inevitabilmente confrontarsi nel corso di questo lavoro.

Passando all'altro istituto sanzionatorio toccato dalla novella, quello della riparazione pecuniaria, l'art. 322-*quater* c.p. va incontro a una pressoché integrale riformulazione, volta ad ampliare da un lato i soggetti tenuti alla riparazione pecuniaria, tra i quali figura ora anche il privato, dall'altro l'oggetto della stessa, finora limitato a «quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio» e oggi comprensivo delle utilità costituenti il profitto o il prezzo del reato.

¹ Su quest'ultimo istituto si rinvia alla parte II, cap. VII.

² In tema si veda *infra*, parte II, cap. V.

³ Camera dei Deputati, XVIII leg., *Relazione di accompagnamento al disegno di legge C. 1189*, presentato in data 24 settembre 2018, p. 5.

2. *Le modifiche alle pene accessorie: l'ampliamento del catalogo dei reati e le attenuazioni di pena.*

Come anticipato, la legge n. 3 del 2019 amplia in misura significativa sia l'inventario dei reati per i quali opera l'incapacità temporanea di contrattare con la pubblica amministrazione sia quello che dà luogo all'applicazione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e della (nuova) incapacità perpetua di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il primo elenco, quello contenuto nell'art. 32-*quater* c.p., viene arricchito con le seguenti fattispecie: peculato (art. 314 comma 1 c.p.), con esclusione di quello d'uso, corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.) e traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). La novella non modifica significativamente la fisionomia del catalogo, che continua a essere sbilanciato sul versante dei reati dei pubblici ufficiali, con riferimento ai quali la pena accessoria esplica un'efficacia tutto sommato limitata, atteso che, in questa veste, i soggetti in parola possono difficilmente atteggiarsi a controparti contrattuali dell'amministrazione; l'unica ipotesi di reale operatività della sanzione rispetto a costoro è quella del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio che, una volta decaduti dai rispettivi incarichi per via della condanna, avviano un'attività d'impresa consistente nell'erogare beni e servizi potenzialmente fruibili dall'amministrazione. Per altro verso, si tratta per la maggior parte di reati rispetto ai quali «non è presente fra i presupposti applicativi (almeno non necessariamente) il requisito di una precedente attività negoziale con la P.A., su cui l'illecito si sia radicato»⁴, sicché, in definitiva, viene a mancare quell'omogeneità tra violazione perpetrata e contenuto della pena che dovrebbe contrassegnare le pene accessorie, in modo da renderle una sorta di “contrappasso” rispetto al reato commesso⁵. Emblematico è, sotto questo aspetto, il reato di concussione, il quale non può che essere commesso da un pubblico ufficiale, restando esclusa la punibilità del privato⁶.

⁴C. FIORE, *Pene accessorie, confisca e responsabilità delle persone giuridiche nelle «modifiche al sistema penale»*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 252; conf. S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Cedam, 1986, p. 149.

⁵Testualmente A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, p. 1201.

⁶Così P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Giuffrè, 1984, p. 131.

Rispetto a queste fattispecie la pena in parola mira più che altro a colpire il privato concorrente: si pensi, per tutte, alla corruzione e all'induzione indebita. Rimane invece inspiegabile la mancata inclusione di alcuni reati dei privati contro la pubblica amministrazione, i quali possono agevolmente essere «commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa»: si consideri la violenza o la minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.) o ai componenti di un corpo politico o amministrativo (art. 338 c.p.), attuate per ottenere un provvedimento favorevole o dannoso rispetto ad un'attività economica; o, ancora, i delitti di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.) e astensione dagli incanti (art. 354 c.p.), la cui mancata menzione appare ancor più irragionevole alla luce della innegabile contiguità – tipologica ed empirico-criminologica – con alcuni dei reati inclusi, quali la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), l'inadempimento di contratti nelle pubbliche forniture (art. 355 c.p.) e la frode nelle medesime (art. 356 c.p.).

Rispetto a quello appena esaminato, l'inventario di reati di cui all'art. 317-*bis* c.p. subisce una sensibile integrazione, comprendente le seguenti fattispecie: corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio aggravata (art. 319-*bis* c.p.), induzione indebita, limitatamente al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio (art. 319-*quater* comma 1 c.p.)⁷, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), corruzione attiva (art. 321 c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-*bis* c.p.), traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). Il legislatore interviene dunque a parificare, quanto a trattamento accessorio, tutte le ipotesi di corruzione e aggiunge al catalogo le due fattispecie introdotte dalla riforma della 2012 che fino ad ora ne erano rimaste fuori (induzione indebita e traffico di influenze illecite): non si può mancare di rilevare che anche tale catalogo, ancor più di quello di cui all'art. 32-*quater* c.p., è sbilanciato sul versante dei reati commessi dai pubblici ufficiali a discapito di quelli commessi dai

⁷ Sull'irragionevolezza di tale esclusione nel regime previgente si veda V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2015, p. 15.

privati, omettendo di contemplare, tra gli altri, persino il reato del privato concorrente nell'induzione indebita⁸.

Il livellamento sanzionatorio operato dal novellato art. 317-*bis* c.p., che oggi dispone l'interdizione e l'incapacità perpetue per una serie nutrita di fattispecie, conosce tuttavia due temperamenti, dei quali l'uno – il più significativo – costituisce una novità della riforma e si articola a sua volta in due varianti, che attribuiscono una diversa efficacia mitigatrice della pena accessoria alle due attenuanti di cui all'art. 323-*bis* c.p. Le due ipotesi che ci si accinge ad analizzare, configurando una disciplina più favorevole sopravvenuta, sono destinate a trovare applicazione anche ai fatti pregressi non ancora coperti dal giudicato, ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p.

La diminuzione più considerevole è prevista dal secondo comma dell'art. 317-*bis* c.p., il quale dispone che, ricorrendo «la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-*bis* c.p., secondo comma, la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni». La ricorrenza dell'attenuante “premiata” consistente nella collaborazione del reo rende dunque automaticamente temporanea la pena accessoria, a prescindere dal fatto che la pena principale scenda al di sotto di una determinata soglia, come invece accade per la disposizione di cui al secondo periodo del primo comma. La principale criticità di tale mitigazione consiste, in forza del rinvio all'elenco di delitti di cui all'art. 323-*bis* c.p., nella sua inapplicabilità ai reati di peculato (art. 314), concussione (art. 317 c.p.), corruzione aggravata (319-*bis* c.p.) e traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). Siffatta lacuna determina da un lato una vistosa disparità di trattamento rispetto a fatti di eguale o maggiore gravità (si pensi al reato di corruzione non aggravato o a quello di corruzione in atti giudiziari, rispetto ai quali il peculato e il traffico di influenze illecite sono certamente meno gravi); dall'altro rischia di tradursi in un disincentivo alla collaborazione in settori in cui questa può sortire qualche effetto, quantomeno per ciò che concerne il recupero delle somme e delle altre utilità trasferite⁹.

⁸ Analoga critica è stata avanzata dal prof. M. Masucci durante l'audizione da parte della Commissione presso la Camera: Camera dei Deputati, XVIII leg., Servizio Studi – Dipartimento giustizia, *Le posizioni espresse dagli auditi (sulla base della documentazione consegnata alle Commissioni)*, 25 ottobre 2018, p. 5.

⁹ Per tale rilievo si veda il parere deliberato dal Consiglio Superiore della Magistratura in data 19 dicembre 2018, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2019, p. 15 s.

L'attenuazione più contenuta è quella prevista dal secondo periodo del primo comma: «se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-*bis* c.p. comma 1, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni».

Lo stesso quadro edittale di pena accessoria è previsto dal secondo temperamento, contenuto nel secondo periodo del primo comma, il quale ricorre allorquando «viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni».

Prima di soffermarci più nel dettaglio su quest'ultimo, per valutare come la novella impatti su alcuni problemi interpretativi emersi nella prassi, preme osservare, in linea generale, come il regime appena tratteggiato introduce nel complesso una duplice discriminazione. Anzitutto, viene in rilievo la notevole differenza tra le cornici edittali del secondo comma e quelle del primo (rispettivamente da uno a cinque anni e da cinque a sette); tuttavia, essa può essere almeno parzialmente giustificata invocando la logica premiale nei confronti del collaboratore, nella quale il legislatore della novella sembra riporre particolare fiducia¹⁰. In secondo luogo, meno comprensibile è la discriminazione operata dal secondo periodo del primo comma, dove la comminatoria della pena accessoria temporanea, in caso di particolare tenuità del fatto, prescinde dall'entità della diminuzione operata sulla pena principale, che potrebbe essere anche minima nel caso di cui all'art. 323-*bis* comma 1, trattandosi di circostanza a effetto comune; sicché non è peregrina l'eventualità che, in concreto, unitamente a una pena principale relativamente elevata venga irrogata una sanzione interdittiva contenuta tra i cinque e i sette anni e, di converso, a una reclusione di poco superiore ai due anni, per un fatto di non particolare tenuità, si affianchi una pena accessoria perpetua. Considerato altresì che l'attenuante della particolare tenuità è assolutamente indefinita nei suoi presupposti applicativi¹¹, la scelta di far discendere automaticamente dalla sua ricorrenza la modifica della pena accessoria da perpetua in temporanea desta fondate riserve.

Focalizzando ora l'attenzione sul secondo dei due temperamenti esaminati, già contenuto nella previgente disciplina, è opportuno osservare

¹⁰ In particolare, sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-*ter* c.p., vedi *infra*, cap. V.

¹¹ Sul punto, in senso critico, S. SEMINARA, sub *art.* 323-*bis*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Cedam, 2017, p. 1082.

come la riscrittura operata dalla novella contribuisce a risolvere alcune questioni di carattere sistematico. Anzitutto, l'abbassamento della soglia di pena principale sopra la quale la sanzione accessoria diviene perpetua (da tre a due anni) si rende necessaria perché la previgente formulazione («se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea») si sarebbe mal adattata rispetto all'ampliamento del catalogo di reati. Infatti, i quattro reati inclusi fino ad oggi (peculato, concussione, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari) presentano un minimo edittale superiore ai tre anni e pertanto le relative pene potevano scendere al di sotto di tale limite solo grazie alla ricorrenza di un'attenuante; nel catalogo novellato figurano, al contrario, anche reati il cui minimo edittale si attesta al di sotto dei due anni a prescindere dalla ricorrenza di un'attenuante: è il caso del traffico di influenze illecite. Per altro verso, la nuova norma, dando rilievo in via generale all'entità della pena principale, supera il problema dell'applicabilità della pena accessoria temporanea in caso di giudizio abbreviato. Il precedente tenore letterale sembrava escludere che nel computo della pena dovesse tenersene conto, attesa la totale estraneità dell'istituto processuale alla nozione di "circostanze attenuanti"¹²; una parte della giurisprudenza, nondimeno, guardava alla pena concreta risultante dalla decurtazione dovuta alla scelta del rito speciale¹³. Identico discorso dovrebbe valere per il patteggiamento, che, come si è anticipato, a seguito della riforma è compatibile con le pene accessorie anche nella versione "tradizionale". Infine, sempre per ragioni analoghe a quelle appena enunciate, la disposizione in parola sembra chiudere in senso affermativo il dibattito circa l'operatività della pena accessoria temporanea con riferimento al tentativo, nelle ipotesi in cui la pena irrogata per lo stesso si attesti al di sotto dei due anni. Tale estensione era peraltro già praticata in giurisprudenza ritenendo che il termine "circostanze" fosse utilizzato in senso atecnico¹⁴, anche al fine di evitare la disparità di trattamento

¹² Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2000, n. 2383; in dottrina conf. S. SEMINARA, sub art. 317-bis, in *Commentario breve*, cit., p. 1039, nonché M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, III ed., Giuffrè, 2013, p. 131.

¹³ Così, seppur con riferimento all'art. 29 c.p., Cass., Sez. Un., 17 luglio 1998, n. 8411.

¹⁴ Cass. pen., 9 aprile 1980, in *Cass. pen.*, 1981, p. 2004; in letteratura si veda F. PAZIENZA, *Sull'applicabilità al tentativo delle pene accessorie previste per la corrispondente ipotesi di consumazione*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 68.

che si sarebbe avuta applicando la pena temporanea alla sola ipotesi nella quale la riduzione della pena principale al di sotto della soglia di tre anni fosse dovuta alla ricorrenza di una diminvente e non a quella in cui il delitto si fosse arrestato allo stadio tentato.

2.1. *L'applicabilità delle pene accessorie al tentativo.*

Ovviamente, l'affermazione dell'operatività della pena accessoria temporanea al delitto tentato, per il quale venga irrogata una pena principale inferiore a due anni, dà per presupposta la risoluzione di una questione piuttosto risalente: quella dell'applicabilità delle pene accessorie al tentativo pur in assenza di un'esplicita indicazione del legislatore. Nell'impossibilità di dar conto, in questa sede, dei termini del dibattito¹⁵, ci limitiamo a rilevare come l'orientamento da ultimo prevalente, specie in giurisprudenza, dà al quesito una risposta positiva, facendo leva essenzialmente sulla considerazione che il richiamo del legislatore a uno specifico delitto valga a ricomprendere tutti gli stadi dell'*iter* criminoso, ivi compresa la forma tentata, nonché sul fatto che anche rispetto a quest'ultima ricorrano le medesime esigenze di tutela del bene giuridico che legittimano la pena accessoria in caso di reato consumato¹⁶.

Questa impostazione richiede tuttavia un ripensamento alla luce dei principi di diritto affermati da un recente arresto delle Sezioni Unite¹⁷ in tema di rapporti fra tentativo e confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (norma oggi trasfusa nell'art. 240-*bis* c.p.). Al fine di risolvere tale specifica questione, la Suprema Corte affronta, su un piano più generale, il rapporto tra effetti penali sfavorevoli e tentativo, confutando le due argomentazioni su riferite, addotte a sostegno dell'opposta soluzione, in una prospettiva attenta al rispetto

¹⁵ Per una recente e sintetica rassegna si rinvia a S. LARIZZA, *Pene accessorie*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Parte generale*, vol. III, *La punibilità e le conseguenze del reato*, Utet, 2015, p. 138 s.

¹⁶ Per quest'ultimo argomento, in particolare, Cass. pen., Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 9204; in dottrina conf. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, VII ed., Giuffrè, 2018, p. 692; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Giuffrè, p. 147; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, t. I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II ed., Cedam, 2013, p. 352 e 577; F. PAZIENZA, *Sull'applicabilità al tentativo delle pene accessorie*, cit., p. 67.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 40985.

del principio di legalità: la prima perché non tiene in debito conto l'ormai acquisita autonomia della fattispecie tentata rispetto a quella consumata; la seconda perché oblitera il dato letterale. Seppur quest'ultima critica si presenti in maniera più sfumata nella motivazione della sentenza¹⁸ – verosimilmente perché si è voluto evitare di prendere esplicitamente posizione sulla questione ai fini del diverso problema delle pene accessorie –, le conclusioni alle quali il Supremo Collegio arriva non sembrano lasciare margini di dubbio¹⁹: «quando il legislatore indica nominativamente un determinato delitto, intende riferirsi solo al delitto consumato mentre, quando richiama una categoria di delitti non specificati, si riferisce sia a quelli consumati che a quelli tentati».

Applicando il *dictum* appena riportato alle pene accessorie dei reati contro la pubblica amministrazione, la soluzione circa l'inclusione del delitto tentato dovrebbe articolarsi nei termini che seguono. Nessun problema sorge con riguardo all'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici prevista in linea generale dagli artt. 29 e 31 c.p.: il primo ha come presupposto l'entità della pena principale e dunque è assolutamente insensibile alla distinzione tra forma tentata e consumata; il secondo si riferisce ai «delitti commessi con l'abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione, o ad un pubblico servizio, o a taluno degli uffici indicati nel numero 3 dell'art. 28» e dunque non contiene una tassonomia nominativa di singoli reati. Diversamente è a dirsi per gli artt. 32-*quater* e 317-*bis* c.p., i quali, al contrario, elencano nello specifico i reati presupposto delle relative pene accessorie: ne discende che queste ultime non sarebbero applicabili alle rispettive forme tentate.

Una siffatta conclusione, se si pone in accordo con i corollari del principio di legalità, condivisibilmente evocati nelle cadenze argomentative delle Sezioni Unite, esibisce nondimeno diverse incongruenze sul piano sistematico, alcune delle quali meritano di essere senz'altro segnalate. Anzitutto, l'esclusione del tentativo suscita ampie riserve riguardo al reato di concussione, la quale anche nella forma tentata si caratterizza per la ricorrenza dell'abuso del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, dipendendo la consumazione dalla mera circostanza che il privato ceda alla pressione ingenerata dal ricatto; peraltro, la pena

¹⁸ Si legga in particolare il punto 5.1 della motivazione.

¹⁹ Questa lettura dell'arresto in parola, con riferimento al rapporto tra pene accessorie e tentativo, è condivisa da S. SEMINARA, *L'autonomia del delitto tentato e la sua riconducibilità al concetto normativo di "delitto"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 227.

per la concussione tentata risulta di gran lunga più severa rispetto a quella prevista per altri reati consumati annoverati nel catalogo. Con riferimento alla corruzione, poi, il tentativo unilaterale andrebbe incontro alla pena accessoria in forza dell'espressa inclusione dell'art. 322 c.p., mentre il tentativo bilaterale, che rispetto al primo si situa su un gradino di pericolosità maggiore, ne risulterebbe esente. Nell'impossibilità di risolvere in via interpretativa tali criticità, si rende dunque opportuno un nuovo intervento del legislatore teso ad armonizzare le disposizioni in commento con i più recenti approdi della giurisprudenza in punto di pene accessorie e tentativo.

2.2. *La determinazione della durata.*

Le due attenuazioni relative alle pene accessorie delineate dall'art. 317-*bis*, sulle quali ci si è ampiamente soffermati, sollevano un ulteriore problema applicativo. Come già visto, la novella sostituisce l'indicazione generica contenuta nella previgente formulazione ("interdizione temporanea") con due cornici edittali definite nel massimo e nel minimo. Tale modalità di determinazione della pena è da sempre al centro di un dibattito, sia sul versante dottrinale, sia, soprattutto di recente, su quello giurisprudenziale: è infatti controverso se, allorquando il legislatore indichi la forbice edittale della pena accessoria, la stessa debba considerarsi "espressamente determinata" ai sensi dell'art. 37 c.p. e pertanto sfugga al meccanismo di parificazione rispetto alla pena principale.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza, confermato anche da un arresto delle Sezioni Unite di qualche anno addietro²⁰, ritiene che la regola dell'equivalenza rispetto alla pena principale operi anche con riguardo alle pene accessorie la cui durata è determinata fra un minimo e un massimo. La conclusione muove dalla necessità di consentire, anche in tal caso, l'applicazione delle pene accessorie al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 183 disp. att. c.p.p. e fa essenzialmente leva su due argomenti di carattere letterale. L'ultimo periodo dell'art. 37 c.p., prevedendo che la pena accessoria non può «oltrepassare il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria», starebbe ad indicare che il principio della uniformità temporale si applica anche alle ipotesi nelle quali la durata è contenuta in una cornice edittale. Inoltre, nei casi in cui il legislatore fissa una forbice edittale per

²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 12 febbraio 2015, n. 6240.

la pena accessoria, non utilizza la stessa dizione impiegata per le pene principali – “da ... a ...” –, ma le locuzioni “non inferiore a”, “non superiore a” o “fino a”.

Al medesimo indirizzo appena riferito sono poi riconducibili le opinioni che, pur tenendo ferma la valenza generale del principio dell'uniformità di durata, ammettono una deroga in favore di quello della determinazione discrezionale quando la cornice edittale della pena accessoria sia radicalmente incompatibile con quella della pena principale²¹ o, secondo un'altra variante, pure nel caso in cui il legislatore configuri la pena accessoria come discrezionale nell'*an*, così implicitamente riconoscendone anche la libera fissazione del *quantum*²².

Secondo l'impostazione opposta, in presenza di cornici edittali di pena accessoria il giudice sarebbe libero di determinarne la durata utilizzando gli indici di cui all'art. 133 c.p.²³. L'opinione fa tradizionalmente leva sulla considerazione che il principio dell'equivalenza, espresso dall'art. 37 c.p., non può operare con riferimento a casi nei quali i margini edittali della pena principale e della pena accessoria non si sovrappongono neanche parzialmente²⁴. Del resto, durata «espressamente determinata dalla legge» è anche quella risultante dalla combinazione delle escursioni edittali e dei criteri di cui all'art. 133 c.p.²⁵.

Da ultimo, tale orientamento ha ricevuto un importante avallo da parte della Consulta²⁶, la quale, dichiarando l'incostituzionalità delle pene accessorie fisse dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità di ricoprire uffici direttivi presso imprese²⁷, previste dall'art. 216 legge fall., ha affermato che il riferimento contenuto

²¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, III ed., Giuffrè, 2004, p. 219 e 296.

²² G. CERQUETTI, *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, 1982, p. 831 s.

²³ Per questa soluzione, con riferimento alla durata dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione prevista in linea generale dall'art. 32-ter, F. MUCCIARELLI, sub art. 120, in AA.VV., *Commento delle «modifiche al sistema penale»*, Ipsos, 1982, p. 524.

²⁴ Così P. PISA, *Le pene accessorie*, cit., p. 57 s.

²⁵ S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Cedam, 1983, p. 418.

²⁶ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018, con nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*.

²⁷ Sul punto si tornerà diffusamente nel paragrafo seguente.

nell'ultimo periodo dell'art. 37 c.p. è rivolto «non già ai limiti di durata delle pene accessorie previsti da singole norme incriminatrici [...], bensì ai limiti minimi e massimi individuati dalle disposizioni del Libro I del codice penale [...] che prevedono le singole “specie” di pene accessorie». Secondo il Giudice delle leggi, la soluzione che spezza il principio della pari durata delle pene accessorie la cui entità è determinata tra un minimo o un massimo – oppure solo nel massimo o solo nel minimo – appare più idonea ad assicurare le istanze di individualizzazione della pena anche nell'ottica di una maggiore valorizzazione della funzione di prevenzione speciale, alla quale tale istituto è specificamente orientato.

Rilevando la presenza di due indirizzi contrastanti²⁸, la Cassazione²⁹ ha richiesto un nuovo intervento delle Sezioni Unite per chiarire se la nuova locuzione di cui all'art. 216 legge fall. – “fino a dieci anni” –, risultante dalla citata pronuncia della Corte costituzionale, consenta di considerare la pena accessoria ivi prevista attratta nel meccanismo di cui all'art. 37 c.p., come riterrebbe la giurisprudenza – finora – maggioritaria, oppure debba essere interpretata nel senso che il giudice può autonomamente stabilirne la durata, secondo l'indicazione della Consulta. In base all'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte³⁰, il quesito è stato sciolto nei seguenti termini: «le pene accessorie previste dall'art. 216 legge fall., nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 della Corte costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.».

Non disponendo delle motivazioni della pronuncia, ci limitiamo a osservare come la strada imboccata dalle Sezioni Unite appaia più persuasiva. Anzitutto, sembra decisivo l'argomento letterale evocato dalla Consulta con riferimento all'ultimo periodo dell'art. 37 c.p.: non è consentito oltrepassare il limite minimo o massimo previsto non già *per ciascuna pena accessoria*, bensì «per ciascuna specie di pena accessoria», sicché la norma non riguarderebbe le singole previsioni di pena contenute nella parte speciale. Sul piano della razionalità politico-criminale,

²⁸In tema P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 218.

²⁹Cass. pen., Sez. V, ord. 14 dicembre 2018, n. 56458, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2019, con nota di A. GALLUCCIO, *Pene accessorie della bancarotta fraudolenta e applicazione dell'art. 133 c.p.: la palla passa alle Sezioni unite, dopo l'intervento della Consulta*.

³⁰Cass. pen., Sez. Un., ud. 28 febbraio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019.

poi, come correttamente rilevato dalla Corte costituzionale, svincolare la durata della pena accessoria da quella della sanzione principale conferisce alla prima un'autonomia funzionale nettamente maggiore, la cui rilevanza si apprezza soprattutto laddove la pena detentiva non venga scontata in tutto o in parte in forza dell'operare di vari istituti che ne paralizzano l'esecuzione. In quest'ordine di situazioni, nel quale sicuramente ricadono anche molti dei reati contro la pubblica amministrazione, la sanzione interdittiva rimane in concreto quella nettamente più afflittiva. Del resto, come si vedrà più avanti, la tendenza alla dissociazione tra i due tipi di pena sembra essere assecondata anche dal legislatore in punto di sospensione condizionale e riabilitazione.

La soluzione suggellata dalle Sezioni unite modella il regime riguardante nello specifico i reati contro la pubblica amministrazione nei termini che seguono: ferme restando le ipotesi di interdizione e di incapacità perpetue, il giudice dovrebbe commisurare autonomamente la pena accessoria per i reati di cui agli artt. 32-ter (che si riferisce alle fattispecie elencate nel successivo art. 32-*quater*) e 317-*bis*, che prevedono delle cornici edittali rispettivamente per l'incapacità di contrattare e l'interdizione dai pubblici uffici.

Siffatta conclusione solleva però un interrogativo di carattere generale. Se finora, grazie alla prevalenza dell'indirizzo tradizionale della giurisprudenza, la durata *per relationem* non poneva particolari problemi, l'ampliamento dei casi di determinazione autonoma impone di approfondire la tematica degli indici in base ai quali effettuare tale commisurazione. Emerge qui l'antico problema circa il peso da assegnare alle finalità della sanzione nel momento della sua irrogazione. L'opinione maggiormente accreditata riconosce alle pene accessorie una funzione di prevenzione speciale negativa, volta cioè a impedire che il reo possa avere nuovamente occasione di delinquere³¹. Se il principio dell'uniformità temporale si pone in insanabile contrasto con tale finalità, atteso che non consente di valutare la durata dell'inibizione più idonea rispetto alla stessa³², la modalità di calcolo indicata dalla Corte costituzionale e avallata dalle Sezioni Unite conferisce all'istituto un'autonomia operativa certamente più idonea ad assecondare la finalità specialpreventiva. Questa evoluzione pone però l'interprete dinanzi al problema di elabo-

³¹ Per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, 2019, p. 781; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, 2017, p. 758.

³² Per queste critiche si veda S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, cit., p. 174.