

**La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.:
vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale
e collaborazione processuale***

di Laura Notaro **

27 agosto 2020

Sommario: 1. Premessa. – 2. La nuova causa di non punibilità *ex art. 323-ter* del codice penale. Caratteri generali e problemi interpretativi. – 2.1. Limiti temporali. – 2.2. Requisiti della collaborazione e oggetto dell'onere restitutorio. – 2.3. Rapporto con l'attenuante *ex art. 323-bis*, secondo comma c.p. – 2.4. Questione dell'applicabilità alle ipotesi di tentativo. – 2.5. Posizione processuale del denunciante. – 3. Questioni intorno all'opportunità politico-criminale della nuova causa di non punibilità *ex art. 323-ter* c.p. – 3.1. Scarsa attrattività della fattispecie di non punibilità. – 3.2. Possibili controindicazioni della figura premiale. – 4. Per una prospettiva sistematica: ancora su legittimità e limiti del ricorso a figure premiali fondate sulla collaborazione processuale. – 5. Questioni intorno alla legittimità della causa di non punibilità *ex art. 323-ter* c.p. – 5.1. (Dis)continuità rispetto al modello reintegratorio. – 5.2. Questioni relative ai principi costituzionali in materia penale. – 5.3. Questioni relative alla dinamica dell'accertamento processuale. – 5.4. Verifica delle condizioni di legittimità. – 6. Conclusioni. – 6.1. Un *trade-off* tra opportunità politico-criminale e legittimità costituzionale? – 6.2. Quali spazi per la premialità nell'ambito dei delitti contro la P.A.?

1. Premessa

Fra le più rilevanti novità dell'ennesima riforma¹ in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione – ormai nota a livello mediatico con la denominazione di “legge Spazzacorrotti” – vi è l'introduzione della causa di non punibilità *ex art. 323-ter* c.p. Secondo la novella, non è punibile il soggetto parte dell'accordo corruttivo che

* Articolo tratto dalla relazione esposta al convegno “*Modelli europei di contrasto alla corruzione: prevenzione, repressione e impatto sul sistema economico*”, Pisa, 4 Ottobre 2019.

** Dottoranda di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Pisa (Dottorato in Scienze giuridiche – curriculum “Amministrazione, mercato e giustizia penale”).

¹ Si tratta del terzo intervento legislativo in materia nell'arco di 8 anni, dopo la legge 6 novembre 2012, n. 190 (sulla quale cfr. F. CINGARI, *Sulle nuove norme penali contro la corruzione pubblica*, in *St. iuris*, 2013, 10, p. 1078; D. BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, p. 71; R. BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 3, p. 347) e la legge 27 maggio 2015, n. 69 (sulla quale cfr. F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 7, p. 805; P. BARTOLO, *L'art. 319-quater c.p. e i "nuovi" reati di "induzione indebita" e "corruzione indotta"*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, pp. 567-585).

volontariamente denunci il fatto prima di avere notizia dello svolgimento di indagini a proprio carico e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione dell'illecito, a condizione che renda disponibile l'«utilità percepita» e si presti a forme di collaborazione processuale.

A dire il vero, l'idea di una causa di non punibilità sopravvenuta del denunciante in materia di delitti contro la P.A. non è di oggi: oltre al principale precedente, costituito dal c.d. progetto di Cernobbio², del quale il testo ora vigente è evidentemente debitore, devono infatti rammentarsi, fra le altre, alcune proposte di legge presentate nel corso della IX, dell'XI e della XIII legislatura³. Né si tratta di un'elaborazione solo italiana: nell'ambito della disciplina della corruzione, simili cause di non punibilità sono previste, ad esempio, dai codici penali di Spagna e Portogallo⁴.

A livello sistematico, l'esame dell'istituto rimanda al problema generale del riconoscimento di effetti favorevoli alle condotte susseguenti alla commissione del reato⁵ e, in particolare, alla previsione di forme di premialità per la collaborazione

² Il riferimento è alle proposte avanzate nel 1994 da un gruppo di Procuratori della Repubblica e professori universitari, per le quali cfr. *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025. Per il dibattito in merito alla proposta, cfr. F. STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 935; F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 941; D. PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 948; G.M. FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 945; C.F. GROSSO, *Il progetto anticorruzione di manipolite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2341; S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione e i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1; T. PADOVANI, *Il problema di Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448; S. MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 461.

³ Cfr. *Proposta di legge C. 1780* presentata il 31 maggio 1984, firmatari *Azzaro e altri*, accessibile online, in https://www.camera.it/_dati/leg09/lavori/stampati/pdf/17800001.pdf, che delineava una causa di non punibilità per il corruttore e una forma di "perdono giudiziale" per il corrotto; nonché *Proposta di legge C. 2256*, presentata il 16 febbraio 1993, firmatari *Fumagalli Carulli e altri*, accessibile online, in http://legislature.camera.it/_dati/leg11/lavori/stampati/pdf/53521.pdf, che configurava una causa di non punibilità per corruttore e corrotto; *Disegno di legge S. 3340*, presentato il 10 giugno 1998, firmatario *Bertoni*, accessibile online, in <http://www.senato.it/leg/13/BGT/Testi/Ddlpres/00003601.htm>, che prevedeva la non punibilità del corruttore, nonché dell'autore di un tentativo di corruzione attiva. Peraltro, già nella IV e nell'VIII legislatura era stata proposta l'introduzione di una causa di non punibilità, applicabile al solo corruttore ed esclusivamente nell'ambito della corruzione attiva propria: cfr. *Disegno di legge C. 4849*, presentato il 6 febbraio 1968, iniziativa governativa, accessibile online, in https://www.camera.it/_dati/leg04/lavori/stampati/pdf/48490001.pdf; nonché *Proposta di legge C. 1619*, presentata il 19 aprile 1980, firmatari *Trantino e altri*; *Proposta di legge S. 885* dell'8 maggio 1980, firmatario *Filetti*.

⁴ Il riferimento è all'art. 374-B, § 1, lett. a) cod. pen. portoghese e all'art. 426 cod. pen. spagnolo. Nella dottrina italiana, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 195 ss.

Peraltro, una causa di non punibilità, a beneficio del solo corruttore che denunci il fatto prima che il Pubblico Ministero ne sia informato, è disciplinata anche dai codici penali di Romania e Bulgaria (per i relativi riferimenti, cfr. *Relazione illustrativa alla Proposta di legge C. 1780*, firmatari *Azzaro e altri*, IX legislatura, p. 7).

⁵ In argomento, cfr. G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, Leonardo Da Vinci Editrice, 1965; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, Giuffrè, 1982.

investigativa e processuale del reo⁶. Il tema ha suscitato particolare interesse, in Italia, a partire dalla legislazione anti-terrorismo degli anni '80⁷, trovando peraltro ampi riscontri nel diritto comparato, sia continentale che, soprattutto, di *common law*⁸.

L'esame dei caratteri fondamentali della nuova causa di non punibilità costituisce dunque l'occasione per una rinnovata riflessione sulla legittimità – oltre che sull'opportunità politico-criminale – della legislazione premiale fondata sulle condotte collaborative del reo.

Dopo una preliminare analisi della nuova disposizione e dei problemi interpretativi che ne derivano (§ 2), il presente lavoro si propone di offrire una valutazione della causa di non punibilità *ex art. 323-ter*, dal duplice punto di vista della sua opportunità politico-criminale (§ 3) e della sua legittimità rispetto ai principi costituzionali in materia penale (§ 5). Ai fini di quest'ultima indagine, si procederà, preliminarmente, alla ricostruzione del dibattito sui limiti di ammissibilità delle fattispecie premiali connesse alla collaborazione, per come si è sviluppato a partire dagli anni '80 (§ 4). Il recupero delle riflessioni di allora potrà infatti costituire lo strumento attraverso il quale individuare i limiti di ammissibilità della causa di non punibilità di più recente introduzione (§ 5). Nelle conclusioni (§ 6), alla luce dei risultati della duplice valutazione della novella (§ 6.1), si tenterà di ipotizzare, per l'ambito dei delitti contro la P.A., una fattispecie premiale diversa, la cui ragion d'essere sia maggiormente incentrata sul piano dell'offesa (§ 6.2).

⁶ In argomento, cfr. il fondamentale lavoro monografico di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002; nonché, più di recente, ID., *La premialità nell'ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 519. Da ultimo, con specifico riferimento all'ambito dei delitti di corruzione, nel contesto di un lavoro di comparazione con l'esperienza brasiliana, cfr. F. RAMAZZINI BECHARA, O. EVANGELISTA PEZZOTTI, R. GIRANI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premiale riferita ai fenomeni corruttivi: da Tangentopoli a Lava Jato*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, p. 1 ss.

⁷ L'altro settore in cui in Italia sono state sperimentate forme di premialità per la collaborazione è quello della criminalità di stampo mafioso. In merito alla circostanza attenuante *ex art. 8 d.l. 152/1991*, cfr. G. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in V. MAIELLO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 197; sulla disciplina dell'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per reati in materia di criminalità organizzata, cfr. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in V. MAIELLO, *op. cit.*, p. 241.

⁸ Negli ordinamenti di *common law* il ricorso all'apporto del coimputato e la previsione nei suoi confronti di ampie forme di "immunità", lungi dal rappresentare il frutto di una legislazione emergenziale, assume carattere di regolarità, anche grazie alla discrezionalità dell'azione penale. In argomento, cfr. E. AMODIO, *I "pentiti" nella common law (relazione presentata al XV Convegno Enrico de Nicola sul tema "La legislazione premiale", Courmayeur, 18-20 aprile 1986)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 4, p. 991; I. CALAMANDREI, *La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1, p. 240; nonché, più di recente, A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, Giuffrè, 1995.

2. La nuova causa di non punibilità *ex art. 323-ter* del codice penale⁹. Caratteri generali e problemi interpretativi

L'istituto in esame, secondo la concorde qualificazione dei primi commentatori¹⁰, è una *causa sopravvenuta di esclusione della punibilità¹¹ di natura personale¹²*.

La delimitazione del suo *ambito di applicazione oggettivo* ha generato alcune perplessità nella dottrina. Non è ben chiara, anzitutto, la *ratio* della scelta di includere – accanto ai reati di corruzione (artt. 318, 319, 319-ter, 321 c.p.) e di induzione indebita (319-*quater* c.p.) – anche i delitti di turbativa (artt. 353, 353-bis, 354 c.p.)¹³, ma non il reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), inizialmente contemplato dalla versione originaria del disegno di legge¹⁴. Rilievi critici sono stati formulati, inoltre, in relazione all'*estensione soggettiva* del nuovo istituto di favore, che è applicabile non

⁹ Per comodità del lettore, si riporta il testo della disposizione di nuova introduzione: «Art. 323-ter. *Causa di non punibilità*. Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-*quater*, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146».

¹⁰ A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, 3*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 4, p. 965; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 55; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, p. 266.

¹¹ Il problema dello scostamento della figura in esame dalle ipotesi "classiche" di causa sopravvenuta di esclusione della punibilità previste dal codice Rocco sarà affrontato più diffusamente in seguito. In generale sulle cause sopravvenute di non punibilità cfr. F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 95; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 25; nonché, nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2015, p. 798.

¹² Trova applicazione, pertanto, l'art. 119 c.p., che esclude l'estensibilità ai concorrenti delle "circostanze soggettive" di esclusione della pena. Così A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore*, cit., p. 965; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., p. 55; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 266.

¹³ Per questi rilievi, cfr. M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, p. 1267.

Sul punto può osservarsi che tutti i precedenti progetti di legge che hanno prospettato l'introduzione di una causa di non punibilità in materia di delitti contro la P.A. (cfr. nota 3) limitavano il proprio ambito applicativo ai reati di corruzione.

¹⁴ Per le perplessità in ordine all'esclusione del reato di traffico di influenze illecite, cfr., oltre a M.N. MASULLO, *loc. ult. cit.*, F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Leg. pen.*, 14 agosto 2019, p. 21; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., p. 55; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 264.

solo al pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, ma anche al privato¹⁵. Bersaglio delle critiche dottrinali, come meglio si vedrà in seguito, è stata altresì l'indicazione dei limiti temporali stabiliti per la denuncia¹⁶, i quali sollevano importanti problemi interpretativi. Tali difficoltà sul piano esegetico, insieme a quelle ulteriori – che riguardano i requisiti del contributo collaborativo, l'onere restitutorio, il rapporto con l'attenuante *ex art. 323-bis*, secondo comma c.p., l'applicabilità alle ipotesi di tentativo e la posizione processuale del denunciante – meritano di essere affrontate separatamente nei paragrafi che seguono.

2.1. Limiti temporali

¹⁵ Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 8. L'A., pur ritenendo di non poter raccomandare senza riserve la diversa soluzione, che limita la non punibilità al solo privato corruttore, ne riscontra la maggiore congruenza con l'assetto che vede gravitare il versante offensivo, nei delitti di corruzione, sulla condotta del pubblico agente, soggetto da cui «l'ordinamento esige fedeltà».

Si noti che i primi progetti di legge che hanno delineato una causa di non punibilità in materia di delitti contro la P.A. ne avevano limitato l'operatività al solo corruttore (cfr. *Disegno di legge C. 4849*, presentato il 6 febbraio 1968, iniziativa governativa; *Proposta di legge C. 1619*, presentata il 19 aprile 1980, firmatari *Trantino e altri*; *Proposta di legge S. 885* dell'8 maggio 1980, firmatario *Filetti*). Anche la *Proposta di legge C. 1780* presentata il 31 maggio 1984, firmatari *Azzaro e altri* prevedeva una causa di non punibilità solamente per il corruttore, accompagnata, però, dalla possibilità per il corrotto di ottenere il perdono giudiziale, seppur con limiti significativi: il giudice avrebbe potuto concedere il perdono giudiziale, in caso di prognosi negativa in ordine alla reiterazione di reati, ma esclusivamente nell'ambito della corruzione impropria e solamente una volta (la disposizione di favore non sarebbe stata applicabile a chi ne avesse già beneficiato).

Una causa di non punibilità "bilaterale", applicabile sia al corruttore che al corrotto, è stata configurata per la prima volta dalla *Proposta di legge C. 2256*, presentata il 16 febbraio 1993, firmatari *Fumagalli Carulli e altri*. Peraltro, al di fuori del dibattito parlamentare, la medesima estensione soggettiva è stata prevista dal c.d. progetto di Cernobbio del 1994.

Negli ordinamenti stranieri che prevedono cause di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A. si tende a limitare l'applicabilità dell'esimo al corruttore (cfr. art. 426 cod. pen. spagnolo). Diversa è la disciplina portoghese (art. 374-B, § 1, lett. a cod. pen. portoghese), che si applica sia alle fattispecie di *corrupção activa* (art. 373 cod. pen. portoghese) che a quelle di *corrupção passiva* (art. 374 cod. pen. portoghese).

¹⁶ In relazione al limite temporale, fissato al momento in cui il soggetto ha notizia delle indagini a proprio carico, possono ricordarsi le diverse soluzioni ipotizzate nelle precedenti proposte di legge: secondo la *Proposta di legge Azzaro* (1984), la denuncia doveva intervenire prima che il fatto venisse «esposto in una denuncia o in un rapporto di polizia giudiziaria». La *Proposta di legge Fumagalli Carulli* (1993), invece, fissava quale limite temporale il momento in cui «i singoli fatti» fossero «specificamente contestati in un atto dell'autorità giudiziaria».

Quanto al termine per l'auto-denuncia (quattro mesi dal fatto), ha segnalato la «nota di casualità» della scelta legislativa V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 265, facendo riferimento ai diversi termini stabiliti dal c.d. progetto di Cernobbio (di 3 mesi), dal testo originario del d.d.l. Bonafede (di 6 mesi), nonché dall'ordinamento spagnolo (di soli 10 giorni nel testo originario del codice penale del 1995, attualmente di 2 mesi). A ciò potrebbe aggiungersi il termine di un anno previsto dalle Proposte di legge presentate durante la IX (C. 1780, firmatari *Azzaro e altri*, cit.) e la XI legislatura (C. 2256, firmatari *Fumagalli Carulli e altri*, cit.), nonché il termine di 30 giorni dal compimento dell'atto oggetto del patto corruttivo, a cui è subordinata la causa di non punibilità (*dispensa de pena*) disciplinata dall'art. 374-B, § 1, lett. a) del codice penale portoghese.

Le maggiori incertezze interpretative derivano dalla formulazione impiegata dal legislatore per delineare i limiti temporali della nuova causa di non punibilità.

Il primo limite, che fa riferimento alla «notizia» dello svolgimento a proprio carico di indagini in relazione ai fatti oggetto di denuncia, lascia aperto il problema della sua esatta determinazione¹⁷: ci si può ben domandare se la fonte della notizia preclusiva dell'operatività dell'esimente debba necessariamente essere un atto formale dell'Autorità¹⁸ oppure se la possibilità di beneficiare della causa di non punibilità venga meno anche nel caso in cui la conoscenza delle indagini a proprio carico sia stata acquisita per altre vie, anche informali (ad esempio, una notizia di stampa o la "soffiata" di un amico).

La formulazione legislativa pare in effetti rimandare a un'accezione atecnica di "notizia", lasciando così propendere per la seconda soluzione¹⁹. Questa interpretazione sembrerebbe preferibile anche in considerazione della prospettiva teleologica del limite temporale in esame, che risulta finalizzato a garantire il carattere volontario della denuncia e dunque la sua indipendenza dall'avvenuta apertura di indagini a proprio carico²⁰.

Venendo ora a considerare il secondo limite temporale posto dall'art. 323-ter, l'incertezza riguarda il *dies a quo* del termine di quattro mesi, che la disposizione individua nel momento della «commissione» del fatto. L'espressione appare dotata di qualche ambiguità, soprattutto in considerazione della struttura delle fattispecie in questione, nelle quali perfezione e consumazione non sempre coincidono. Per ciò che riguarda i delitti di corruzione, infatti, fermo restando che la fattispecie si perfeziona già al momento dell'accettazione della promessa, l'individuazione del momento consumativo risulta variabile a seconda che all'accordo segua o meno la dazione dell'utilità²¹. Per la giurisprudenza delle Sezioni Unite, i delitti di corruzione sono

¹⁷ Sul punto, cfr. M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1269; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 270; T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione: al nemico che fugge ponti d'oro*, in *DisCrimen*, 14 marzo 2019, p. 3.

¹⁸ Ad esempio: la comunicazione della Procura in risposta a una richiesta ex art. 335, terzo comma c.p.p., l'informazione di garanzia ex art. 369 c.p.p., un'ordinanza di applicazione di una misura cautelare, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-bis c.p.p.

¹⁹ Nello stesso senso, cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 270; T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit. p. 3; R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, p. 15.

²⁰ Nel caso in cui non sia stato notificato un atto formale, per precludere l'operatività dell'esimente sarà dunque necessario provare l'effettiva conoscenza delle indagini da altra fonte, non potendo apparire sufficiente la mera conoscibilità (che potrebbe sostenersi, ad esempio, sulla base dell'elevata diffusione della testata giornalistica da cui sia trapelata la notizia). La difficoltà di raggiungere tale prova, tuttavia, potrebbe frequentemente far coincidere, nella pratica, la data-limite per la denuncia con quella in cui l'indagato ha ricevuto un'informazione o un avviso tra quelli previsti dal codice di procedura penale.

²¹ Sul tema del momento consumativo dei delitti di corruzione, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 146; M. CATENACCI, *I delitti di corruzione. Caratteri generali*, in AA. VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale* (diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero), vol. V, Torino, Giappichelli, 2016, p. 88.

infatti “reati a duplice schema”²²: possono giungere a consumazione con le successive corresponsioni di utilità (secondo lo “schema principale”), mentre, qualora all’accordo non segua alcuna dazione, verrebbero ad esaurirsi nel momento dell’accettazione della promessa (secondo lo “schema sussidiario”)²³.

L’ambiguità delle espressioni utilizzate dal legislatore non sembra essere dettata dalla necessità di lasciare al giudice fisiologici margini di discrezionalità, utili ad avvicinare la decisione al caso concreto. Di tale flessibilità non ci sarebbe invero bisogno, ben potendo il legislatore ricorrere a una formulazione più precisa (ad esempio fissando un chiaro *dies a quo* del termine di quattro mesi dalla consumazione o dalla perfezione del reato). A ben guardare, l’adozione di una formula discrezionale sarebbe anzi *da evitare*, considerato che la scarsa determinatezza dei requisiti temporali della causa di non punibilità pare ridurre notevolmente la sua attrattività²⁴, frustrando le esigenze politico-criminali a cui dovrebbe rispondere.

2.2. Requisiti della collaborazione e oggetto dell’onere restitutorio

Anche la duplice condizione a cui è subordinata l’applicabilità dell’esimente – collaborazione con l’Autorità²⁵ e messa a disposizione dell’utilità eventualmente percepita o di somma equivalente – solleva alcuni problemi interpretativi.

Non univoci appaiono, in particolare, i requisiti di *utilità* e *concretezza* richiesti per la rilevanza della collaborazione. Rimane da chiedersi, infatti, quale debba essere il “livello di efficacia” delle indicazioni fornite rispetto ai fini di «assicurare la prova del

²² Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, dep. 21 aprile 2010, n. 15208, *Mills*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 8, p. 955, con nota di V. MAIELLO, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2010, 9, p. 1089, con nota di G. MARRA.

²³ In merito alla questione interpretativa in esame – che rimane aperta, con rilevanti conseguenze in termini di minore attrattività dell’istituto (sulle criticità dell’istituto da un punto di vista dell’efficacia politico-criminale, cfr., *infra*, § 3) – può peraltro osservarsi che l’opzione della consumazione, secondo alcuni preferibile perché rappresenta il momento di maggiore approfondimento dell’offesa (così V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., p. 269), nei casi in cui l’accordo sia seguito da una o più dazioni, in un certo senso lascia il *dies a quo* del termine per la denuncia nella disponibilità dell’autore del reato: il soggetto potrebbe infatti prolungare strumentalmente la consumazione del delitto, attraverso successive dazioni di utilità, col risultato di guadagnare più tempo per soppesare l’opportunità di un’auto-denuncia (in senso analogo, cfr. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, cit., p. 15).

²⁴ Per le implicazioni della carenza di determinatezza dei requisiti temporali in termini di minore attrattività della causa di non punibilità e dunque di ridotta efficacia politico-criminale, cfr. *infra*, § 3.1.

²⁵ Già la proposta *Fumagalli Carulli* (1993) aveva richiesto una forma di collaborazione, consistente nel fornire indicazioni utili per l’individuazione dei responsabili. In senso analogo si esprimeva la proposta del gruppo di Cernobbio.

Le fattispecie di non punibilità del denunciante previste in materia di reati contro la P.A. dagli ordinamenti di Spagna (art. 426 cod. pen. spagnolo) e Portogallo (art. 374-B, § 1, lett. a) non prevedono un momento di collaborazione. Tuttavia, il secondo paragrafo dell’art. 374-B del codice penale portoghese attribuisce efficacia attenuante a chi collabori concretamente all’ottenimento delle prove decisive per l’identificazione o la cattura degli altri responsabili.

reato» e «individuare gli altri responsabili»²⁶: se, quindi, sia sufficiente che le informazioni del collaboratore siano *idonee* a tali scopi o debbano invece necessariamente portare all'ottenimento di un determinato risultato investigativo o processuale²⁷.

Per quanto riguarda l'*onere restitutorio*, occorre ricordare che la formulazione legislativa adoperata (quella per cui «la non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'*utilità*²⁸ dallo stesso percepita») è da addebitarsi alla modifica intervenuta nel corso dell'esame parlamentare, che ha esteso a tutti i denunciati una condizione inizialmente prevista dal testo originario del d.d.l. per il solo pubblico funzionario²⁹. Si spiega così, probabilmente, il riferimento all'«utilità percepita», che determina, però, non poche difficoltà nell'individuazione del contenuto dell'onere restitutorio gravante sul privato. Nell'estendere la condizione anche al privato, l'intento era probabilmente quello di rispondere all'esigenza di «simmetria» già avvertita dai redattori del c.d. progetto di Cernobbio, che proponeva di richiedere al corrotto il versamento di una somma equivalente a quella ricevuta e al corruttore la messa a disposizione di una somma pari a quanto versato³⁰. Non convince, pertanto, la proposta riduttiva di ritenere il privato obbligato unicamente alla restituzione di quanto ricevuto a seguito di un'eventuale spartizione con il pubblico agente dell'utilità derivante dall'accordo corruttivo³¹, cosicché, in mancanza del conseguimento di una qualche utilità verrebbe meno l'obbligo restitutorio del privato, tenuto esclusivamente all'indicazione di elementi utili per individuare il beneficiario effettivo³². Appare infatti preferibile la soluzione ermeneutica che fa gravare anche sul privato l'onere di versare una somma *equivalente* al profitto del reato, sebbene questa opzione sia conciliabile con la lettera della legge solo con notevoli sforzi interpretativi, tesi a valorizzare

²⁶ Sul punto, cfr. T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 5.

²⁷ Sulla questione, che merita di essere affrontata anche attraverso il raffronto con la formulazione che caratterizza l'attenuante *ex art. 323-bis c.p.*, cfr., più diffusamente, *infra*, § 2.3.

²⁸ Dubbi in ordine alla sussistenza dell'onere restitutorio anche laddove l'utilità scambiata non sia monetizzabile sono stati sollevati da R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 18, i quali ipotizzano che, in tali casi, l'onere restitutorio venga meno.

²⁹ La formulazione originaria del d.d.l. era la seguente: «La non punibilità del pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio o del trafficante di influenze illecite è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente ovvero all'indicazione di elementi utili a individuarne il beneficiario effettivo».

³⁰ Sul punto, cfr. M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1270; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 266; F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 5 marzo 2019, p. 9.

³¹ Per tale proposta interpretativa, cfr. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 10.

³² Per tale opinione, cfr. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 18.

l'intenzione del legislatore storico³³.

2.3. Rapporto con l'attenuante *ex art. 323-bis*, secondo comma c.p.

La causa di non punibilità di nuova introduzione si inserisce in un quadro che, dal 2015, già attribuiva rilevanza a condotte susseguenti al reato nell'ambito dei delitti contro la P.A., seppur solo come elemento circostanziale. L'art. 323-*bis*, secondo comma c.p. riconosce infatti un'attenuante a favore di «chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite»³⁴.

Fra gli ambiti di applicazione delle due figure non vi è una completa coincidenza.

Innanzitutto, deve rilevarsi che, a differenza dell'attenuante, la causa di non punibilità si applica anche alle ipotesi delittuose in materia di pubblici incanti (art. 353, 353-*bis* e 354 c.p.), ma non alle fattispecie di istigazione di cui all'art. 322, né alle ipotesi "internazionali" diverse da corruzione e induzione indebita, che invece possono presentarsi nella forma circostanziata³⁵.

Per quanto riguarda le ipotesi di corruzione e di induzione indebita³⁶, le due disposizioni premiali presentano reciproche differenze strutturali.

L'attenuante sembrerebbe riguardare *qualsiasi* condotta³⁷ di «chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori», nonché quelle consistenti in un efficace contributo collaborativo in sede investigativa.

La causa di non punibilità, quindi, sembrerebbe presentare più di un elemento specializzante rispetto alla circostanza: in primo luogo, l'esimente richiede una determinata azione volta a evitare ulteriori conseguenze dell'attività delittuosa (la *denuncia*); in secondo luogo, fissa particolari *requisiti temporali* del contributo

³³ Sostiene la bilateralità dell'onere restitutorio, valorizzando la modifica intervenuta nel corso dei lavori parlamentari, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 266.

³⁴ Sulla circostanza attenuante di cui all'art. 323-*bis*, secondo comma, c.p., cfr. C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2015; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69/2015*, ivi, 15 dicembre 2015; G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 65/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, ivi, 21 gennaio 2016; A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *St. iuris*, 2015, p. 1120 ss. Da ultimo, R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 8.

³⁵ Sul punto, cfr. A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore*, p. 965; T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 3.

³⁶ Sul punto, cfr. M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1273; T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 2.

³⁷ C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2015, § 5.

collaborativo richiesto (prima della notizia delle indagini e comunque entro quattro mesi dalla commissione del fatto)³⁸; infine, esige un ulteriore *onere restitutorio*.

Un discorso a parte merita il confronto fra le due ipotesi sotto il profilo del *livello di efficacia* della collaborazione.

Per quanto attiene alla circostanza attenuante di cui al capoverso dell'art. 323-bis, secondo la prevalente opinione dottrinale³⁹, sarebbe necessario l'effettivo conseguimento di un risultato⁴⁰: occorre che «il contributo consenta di ottenere risultati significativi e altrimenti non conseguibili, o comunque non conseguibili con la stessa celerità o intensità»⁴¹ o, in altri termini, che «la collaborazione produca un effetto concreto e utile per il prosieguo delle indagini e per la ricerca della prova»⁴². La circostanza, quindi, non troverebbe applicazione nel caso in cui l'apporto collaborativo non abbia contribuito al raggiungimento del risultato, ottenuto dall'Autorità inquirente indipendentemente dalla collaborazione⁴³.

Quanto alla causa di non punibilità, si è già rilevato⁴⁴ che, a fronte della lettera della disposizione, che parla di «informazioni *utili e concrete*», non pare ancora del tutto chiara la questione interpretativa⁴⁵ concernente il grado di efficacia delle indicazioni fornite rispetto ai fini di «assicurare la prova del reato» e «individuare gli altri responsabili». Non potendo rinvenire alcuna indicazione sul punto nei lavori preparatori e in assenza di chiare affermazioni in un senso o nell'altro da parte della dottrina e della giurisprudenza, ci si può limitare ad osservare che la formulazione impiegata appare diversa e “meno forte” rispetto a quella che caratterizza l'attenuante: si potrebbe immaginare, infatti, un'informazione *concreta* – da intendere nel senso di precisa e dettagliata – e perciò teoricamente *utile* al raggiungimento di un risultato investigativo, ma che nel caso specifico non risulti funzionale ad arricchire il fascicolo

³⁸ I limiti temporali appaiono a loro volta finalizzati a garantire la *volontarietà* della collaborazione, che potrebbe essere ritenuto un ulteriore fattore specializzante rispetto all'attenuante da coloro che ritengono irrilevante, ai fini dell'integrazione della circostanza, il carattere volontario delle condotte. Per l'irrelevanza della volontarietà ai fini dell'attenuante, cfr. A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, p. 1122; R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 8. *Contra*, C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2015, § 7; G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 65/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 16.

³⁹ Non si registrano, per il momento, pronunce della giurisprudenza di legittimità relative all'attenuante ex art. 323-bis, secondo comma c.p.

⁴⁰ Si è espressa in questo senso, di recente, R. Girani, in F. RAMAZZINI BECHARA, O. EVANGELISTA PEZZOTTI, R. GIRANI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premiale riferita ai fenomeni corruttivi*, cit., p. 29.

⁴¹ A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1122.

⁴² R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 8. Nello stesso senso, già C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, cit., § 7.

⁴³ C. BENUSSI, *loc. ult. cit.*

⁴⁴ Cfr., *supra*, § 2.2.

⁴⁵ Sulla quale, cfr. T. MUIESAN, *La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 5.

del Pubblico Ministero con nuovi elementi conoscitivi, perché già ottenuti per altra via. Tale opzione interpretativa potrebbe apparire paradossale, considerando che per l'esenzione da pena ci si accontenterebbe di un contributo *astrattamente utile*, laddove invece la collaborazione *concretamente efficace* risulterebbe meritevole di un "premio" consistentemente più ridotto⁴⁶. Deve rilevarsi, tuttavia, che il maggior premio potrebbe trovare giustificazione guardando agli stringenti requisiti temporali dell'esimente e all'ulteriore onere restitutorio previsto dall'art. 323-ter. Peraltro, la questione non merita di essere enfatizzata, considerando che, nella maggior parte dei casi, una denuncia precisa e dettagliata (che dunque fornisca informazioni concrete e perciò teoricamente utili⁴⁷), che intervenga entro quattro mesi dal fatto, risulterebbe anche efficace al raggiungimento di un concreto e inedito risultato investigativo.

In definitiva, laddove ricorrano gli elementi specializzanti che sembrano doversi riscontrare nella fattispecie di cui all'art. 323-ter, si applicherebbe la causa di non punibilità. L'attenuante, invece, rimarrebbe applicabile, innanzitutto, alle ipotesi in cui il soggetto si sia altrimenti adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, attraverso condotte diverse dalla denuncia. In secondo luogo, la circostanza potrebbe applicarsi a tutti i casi di collaborazione "non qualificata" – quindi, ad esempio, alle ipotesi di collaborazione intervenuta fuori dai limiti temporali dell'art. 323-ter, oppure non accompagnata dalla restituzione dell'utilità percepita nel termine fissato dalla legge – *purché* concretamente efficace ai fini dell'ottenimento di un risultato investigativo non già conseguito. Nei casi di collaborazione "non qualificata" dai requisiti temporali e dagli adempimenti restitutori *ex art.* 323-ter, che nemmeno apportino un contributo effettivamente innovativo alle indagini, evidentemente, nessuna delle due forme di premialità potrebbe operare.

2.4. Questione dell'applicabilità alle ipotesi di tentativo

Un ulteriore problema interpretativo riguarda la delimitazione dello spazio applicativo della nuova causa di non punibilità e, in particolare, la sua applicabilità ai delitti tentati corrispondenti alle figure di reato consumato, che risultano indicate dalla norma attraverso l'elencazione degli articoli di riferimento.

La questione di fondo è tornata di attualità, di recente, a seguito della sentenza con cui le Sezioni Unite sono intervenute sul contrasto giurisprudenziale riguardante l'applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca (art. 12-*sexies* del d.l.

⁴⁶ Non può escludersi, peraltro, che l'interpretazione del capoverso dell'art. 323-*bis* possa subire degli aggiustamenti nel futuro dibattito dottrinale e giurisprudenziale, proprio alla luce dell'introduzione della causa di non punibilità *ex art.* 323-ter.

⁴⁷ T. MUIESAN, *loc. ult. cit.* interpreta il riferimento all'utilità e concretezza delle informazioni come un'endiadi: «le informazioni rese saranno tanto più utili, cioè funzionali ad assicurare la prova del reato e a individuare tutti i responsabili, quanto più siano concrete, cioè puntuali e dettagliate».

306/1992, ora art. 240-*bis* c.p.) anche alle fattispecie di tentativo⁴⁸. La pronuncia ha aderito all'orientamento intermedio, che distingue il caso in cui la norma in discussione contenga l'indicazione nominativa dei singoli articoli di parte speciale – e non possa quindi essere applicata al tentativo, in ragione del divieto di analogia *in malam partem* – dall'ipotesi in cui la disposizione effettui un generico riferimento a «delitti», idoneo a ricomprendere sia le fattispecie consumate, sia quelle tentate⁴⁹. Ferma tale distinzione, il principio di diritto affermato dalla Cassazione si pone in linea con la parte della dottrina che fa derivare dall'autonomia del delitto tentato⁵⁰ l'impossibilità di estendere al tentativo gli effetti giuridici, in particolare quelli sfavorevoli, previsti per il reato consumato⁵¹.

⁴⁸ Cass., sez. un., 19 aprile 2018, dep. 24 settembre 2018, n. 40985, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 220, con nota di S. SEMINARA; nonché in *Cass. pen.*, 2019, p. 547, con nota di B. ROSSI e in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2018, con nota di G. RAPELLA.

⁴⁹ Nel caso di specie, che riguardava l'art. 12-*sexies* del d.l. 306/1992 (ora art. 240-*bis* c.p.) nella parte in cui si riferisce ai delitti aggravati dal metodo mafioso, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la norma fosse applicabile a tutti i delitti così circostanziati, fossero essi consumati o tentati.

⁵⁰ Sull'ormai pacifica qualificazione del delitto tentato come reato autonomo, cfr., da ultimo, S. SEMINARA, *L'autonomia del delitto tentato e la sua riconducibilità al concetto normativo di "delitto"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 221. Nella manualistica, cfr., G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 608; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 479; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2015, p. 433; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 500; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 470.

⁵¹ Nella manualistica, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 433: «Dal carattere autonomo del delitto tentato deriva che non si estendono automaticamente ad esso gli effetti giuridici previsti per il reato perfetto»; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 470: «Stante l'autonomia del delitto tentato, gli istituti il cui ambito di applicazione sia individuato con riferimento testuale esclusivamente ai reati perfetti, a rigore non dovrebbero essere applicabili alle corrispondenti fattispecie di tentativo». In senso analogo, già prima della pronuncia delle Sezioni Unite, con riferimento all'ambito di applicabilità dell'art. 4-*bis* della legge 354/1975 sull'ordinamento penitenziario, cfr. Cass., sez. I, 22 gennaio 2014 (dep. 8 aprile 2014), n. 15755, in *CED Cass.*, 2014, n. 262264 – 01.

Per altro verso, anche dopo le Sezioni Unite del 2018, deve registrarsi una pronuncia della seconda sezione che ha ritenuto applicabile anche alle ipotesi di tentativo una norma con effetti sfavorevoli (l'aggravante ex art. 7 della legge 31 maggio 1965, n. 575, ora prevista dall'art. 71 del D.lgs. 6 settembre 2011, n.159), sebbene la formulazione della disposizione si riferisca a una serie di delitti, indicati attraverso gli articoli relativi alle fattispecie consumate: cfr. Cass., sez. II, 11 dicembre 2018 (dep. 20 maggio 2019), n. 22039, in *CED Cass.*, 2019, n. 275823 - 01.

Occorre ricordare, inoltre, l'incontrastata giurisprudenza in materia di pene accessorie, che le ritiene applicabili anche ai delitti tentati corrispondenti alle ipotesi enumerate, sostenendo tale soluzione sulla base di una identità di *ratio* politico-criminale. Per tale orientamento, che appare difficilmente conciliabile con il canone di legalità, cfr., con riferimento all'art. 317-*bis*, Cass., sez. VI, 26 marzo 1992 (dep. 22 luglio 1992), n. 8148, in *CED Cass.*, 1992, n. 191402 – 01; con riferimento all'art. 518 c.p., Cass., sez. III, 24 maggio 2005 (dep. 27 giugno 2005), n. 24190, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2486; Cass., III, ord. 14 maggio 1996, in *CED Cass.*, 1996, n. 206268; Cass., VI, 16 dicembre 1981, in *CED Cass.*, 1981, n. 151513; Cass., VI, 26 gennaio 1976, in *Riv. pen.*, 1977, p. 48; Cass., sez. III, 24 novembre 1964, in *Giust. pen.*, 1965, pt. II, c. 326; da ultimo, con riferimento all'art. 609-*nonies* c.p., Cass., sez. III, 11 luglio 2017 (dep. 20 novembre 2017), n. 52637, *CED Cass.*, 2017, n. 271858 – 01. Giunge alla medesima soluzione, in dottrina, cfr. G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 835, il quale, tuttavia, fonda l'applicabilità delle pene accessorie al tentativo non sull'estensione analogica della disciplina prevista per i reati consumati, ma sul secondo comma dell'art. 56 c.p.

Volgendo lo sguardo alla causa di non punibilità *ex art. 323-ter c.p.*, la sua natura di disposizione di favore consentirebbe di formulare l'ipotesi di una sua applicabilità anche al tentativo, che tuttavia pare doversi scontrare con obiezioni difficilmente superabili. La possibilità di estensione dell'esimente alle ipotesi tentate, infatti, è destinata inevitabilmente ad infrangersi contro l'orientamento di quella parte della dottrina che nega in senso assoluto la praticabilità dell'analogia in materia penale, sulla base dell'incompatibilità tra la natura del procedimento di analogia, che presuppone la rilevazione di una "lacuna", e le caratteristiche strutturali del diritto penale⁵². Anche seguendo la dottrina maggioritaria, che consente l'estensione analogica *in bonam partem*⁵³, la possibilità di applicare analogicamente l'*art. 323-ter* sembrerebbe doversi escludere, una volta che le si riconosca natura di norma eccezionale⁵⁴. Tali rilievi rappresentano un ostacolo che difficilmente potrebbe essere superato a vantaggio dell'ipotesi – che pure è stata profilata nei primi commenti alla novella⁵⁵ – dell'estensione dell'esimente anche ai casi di tentativo dei delitti enumerati dall'*art. 323-ter*.

Né si deve dimenticare che il presupposto del ragionamento per analogia è la previa identificazione di una *eadem ratio* della situazione da disciplinare rispetto a quella regolata; operazione, peraltro, la cui praticabilità si scontra con la difficoltà di riconoscere preliminarmente una ragione interna alla base della delimitazione dell'ambito applicativo effettuata dal legislatore⁵⁶. Almeno per alcune figure di delitto tentato in questione, il *test* di identità fra la *ratio* della non punibilità già prevista per le fattispecie consumate e quella che si vorrebbe ravvisare per le fattispecie tentate non sembrerebbe potersi concludere positivamente: la *ratio* che sorregge la causa di non punibilità, ovvero la sua capacità di rendere precari gli accordi illeciti e di favorire l'accertamento di reati di difficile emersione, potrebbe forse ravvisarsi nei casi di

In materia di norme penali di favore, con riferimento alla causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, ha affermato la valenza generale del principio enunciato dalle Sezioni Unite del 2018, Cass., sez. V, 9 gennaio 2019 (dep. 19 aprile 2019), n. 17348, in *CED Cass.*, 2019, n. 276629 – 01.

⁵² T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 37.

⁵³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 122; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 76; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 85; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 148.

⁵⁴ Negano l'applicabilità per analogia delle cause di esclusione della punibilità per il loro carattere eccezionale G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *loc. ult. cit.*; nello stesso senso, cfr. G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Nov. dig. it.*, vol. I, Torino, Utet, 1958, p. 606, secondo il quale tutte le cause di esclusione della punibilità costituiscono norme eccezionali.

⁵⁵ V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 264; M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1268.

⁵⁶ Come già evidenziato *supra* (§ 2), in linea con quanto osservato da M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1267, l'inclusione dei delitti di turbativa, e in particolare di quelli di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p., non sembra del tutto coerente con la *ratio* che appare fondare la previsione di non punibilità per le fattispecie di corruzione e induzione indebita: l'esigenza politico-criminale di rendere precari, sin dall'origine, gli accordi corruttivi e di favorire l'accertamento della responsabilità penale degli altri concorrenti non pare infatti potersi ravvisare nei casi in cui i delitti di turbativa si realizzino in forma monosoggettiva, ad esempio mediante le condotte di violenza o minaccia.

tentata corruzione⁵⁷ e di tentata astensione dagli incanti⁵⁸, oppure per il tentativo dei delitti *ex artt. 353 e 353-bis c.p.*, limitatamente ai casi in cui il fatto sia commesso mediante «collusioni»⁵⁹; quella stessa *ratio* pare invece doversi escludere per la tentata induzione indebita, poiché, in tal caso, estendere la causa di non punibilità al tentativo significherebbe consentire una facile via d'uscita al pubblico agente autore della condotta unilaterale di delitto tentato⁶⁰, in assenza delle giustificazioni politico-

⁵⁷ La giurisprudenza in materia di tentativo di corruzione in atti giudiziari, con argomentazioni applicabili anche alle fattispecie generali di corruzione *ex artt. 318 e 319 c.p.*, richiede che «entrambi i protagonisti del rapporto, svolgendo un ruolo attivo, pongano in essere una trattativa, poi fallita» (cfr. Cass., sez. VI, 1 giugno 2017 (dep. 04 agosto 2017), n. 38920, in *CED Cass.*, 2017, n. 271037 – 01). Nello stesso senso, in dottrina cfr., per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Artt. 314-335-bis c.p.)*. Commentario sistematico, Milano, Giuffrè, 2019, p. 261, nonché, nell'ambito di un commento alla novella del 2019, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 264. *Contra*, C.F. GROSSO, voce *Corruzione*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, Utet, 1988, p. 153; R. VENDITTI, voce *Corruzione (delitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 753. Sembrerebbe quindi potersi individuare un'identità di *ratio* fra la causa di non punibilità per i reati di corruzione consumata e la sua applicazione alle ipotesi di tentativo: in caso di delitto tentato il "premio" risulterebbe funzionale a rendere precaria, prima ancora del patto corruttivo, la trattativa finalizzata a tale accordo, nonché a favorire l'accertamento del delitto (tentato) del concorrente necessario.

⁵⁸ Anche in caso di tentativo, sembrerebbe potersi ravvisare la *ratio* di rendere precario l'accordo delittuoso sull'astensione e di favorire l'accertamento del reato di colui che abbia indotto l'autore, con doni o promesse, ad astenersi. Si ricordi, peraltro, che lo spazio applicativo del tentativo di astensione dagli incanti risulta molto ridotto: una parte della dottrina lo individua nella situazione limite della conclusione di un accordo sull'astensione, al quale non segue poi l'abbandono della gara per cause indipendenti dalla volontà del soggetto; la giurisprudenza, addirittura, ne nega del tutto la configurabilità (Cass., sez. II, 6 febbraio 2007, dep. 6 marzo 2007, n. 9551, in *Riv. pen.*, 2007, p. 882, che esclude il tentativo di turbata libertà dagli incanti, facendo leva su una ricostruzione di tale fattispecie come reato omissivo proprio; per la contraria opinione dottrinale, che ammette la configurabilità del tentativo di delitto omissivo proprio, cfr. nella manualistica G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 516; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 635; nonché, anche per la bibliografia ivi citata, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 450; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 664).

⁵⁹ In caso di delitto commesso mediante «collusioni», potrebbe riconoscersi la *ratio* di spezzare l'accordo collusivo e di accertare i reati da altri commessi. Diversamente, laddove i tentativi di turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente siano stati commessi mediante condotte di violenza o minaccia, non sussisterebbe alcun patto illecito da spezzare, né un reato altrui da accertare. Le medesime ragioni, peraltro, hanno condotto a dubitare della coerenza della scelta del legislatore di includere le stesse fattispecie consumate nell'ambito applicativo dell'art. 323-ter (M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, cit., p. 1267).

⁶⁰ Il tentativo del delitto di *induzione indebita* sembra potersi configurare solo dal lato del pubblico agente: è sufficiente la condotta *unilaterale* «del pubblico ufficiale che formuli una proposta illecita astrattamente idonea a determinare uno stato di soggezione nella vittima, tale da convincerla della necessità di dare o promettere denaro o altra utilità per evitare conseguenze dannose», laddove il risultato non si produca: cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1532, con nota di G.L. GATTA; nonché in *Cass. pen.*, 2014, p. 1992, con nota di M. GAMBARDELLA e in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 546, con note di S. SEMINARA e di P. PISA. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 234. Analogo orientamento si riscontra nella giurisprudenza precedente alla novella del 2012, con riferimento alla fattispecie di concussione "per induzione": cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012 (dep. 28 gennaio 2013), n. 4158, in *CED Cass.*, 2013, n. 254491 – 01. Non pare invece configurabile una induzione indebita tentata da parte del privato "indotto": o il privato cede alle pressioni del pubblico agente induttore, e allora si verifica l'evento del reato e dunque si perfeziona la fattispecie consumata, oppure non accoglie

criminali che sono alla base dell'art. 323-ter c.p. Pertanto, anche laddove si ritenesse di poter seguire l'opinione che ammette l'estensione della causa di non punibilità alle fattispecie di tentativo, ciò potrebbe sostenersi solamente per i casi in cui sia ravvisabile l'indicata *ratio* sottesa alle ipotesi regolate, volte a privare di stabilità gli accordi criminosi e ad accertare i reati dei concorrenti.

2.5. Posizione processuale del denunciante

Sul piano processuale, il problema fondamentale è quello della posizione nel processo del soggetto che abbia presentato la denuncia *ex art. 323-ter c.p.* Ciò rileva dal duplice punto di vista delle garanzie a lui spettanti e della valutazione delle sue dichiarazioni nell'ambito del procedimento nei confronti del denunciato. La mancata previsione, con la riforma, di una specifica disciplina processuale della causa di non punibilità⁶¹ impone di ricorrere a un'interpretazione sistematica, che tenga conto dell'insieme delle disposizioni del codice di procedura penale, oltre che dei principi costituzionali in materia processuale. In ogni caso, data la complessità della questione, in questa sede potranno svolgersi solamente alcune brevi osservazioni, senza alcuna pretesa di esaustività.

Preliminarmente, ci si potrebbe chiedere se, una volta ricevuta la denuncia, il Pubblico Ministero sia tenuto a iscrivere la notizia di reato anche quando appaia sussistente la causa di non punibilità. Sembrerebbe preferibile la risposta affermativa. Analogamente a quanto accade quando una notizia di reato si accompagna alla possibilità di riconoscere gli estremi di una causa di giustificazione, anche e a maggior ragione nel caso di sussistenza *prima facie* di una causa di non punibilità di un reato altrimenti perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi, il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale imporrebbe al Pubblico Ministero di iscrivere la notizia ai sensi dell'art. 335 c.p.p.; ciò affinché la valutazione in ordine alla sua (in)fondatezza – vale a dire, all'insostenibilità dell'accusa in giudizio, ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p. – sia rimessa, attraverso un'eventuale successiva richiesta di archiviazione, al controllo giurisdizionale del Giudice per le Indagini Preliminari.

La soluzione risponderebbe anche a ragioni di tutela del medesimo denunciante,

le sollecitazioni indebite del pubblico funzionario, e allora non può configurarsi a suo carico alcun delitto, nemmeno tentato.

⁶¹ È interessante ricordare che il c.d. progetto di Cernobbio prevedeva una specifica disciplina processuale, secondo la quale il Pubblico Ministero, al ricorrere dei presupposti della causa di non punibilità, avrebbe dovuto presentare al G.I.P. una «richiesta di non luogo a procedere», dotata dei requisiti formali previsti dall'art. 417 c.p.p. per la richiesta di rinvio a giudizio. La decisione sarebbe stata data nella forma di sentenza, *de plano* o all'esito di un procedimento in camera di consiglio. Peraltro, la causa di non punibilità avrebbe potuto essere dichiarata, sempre con sentenza, anche in sede di udienza preliminare o dal giudice del dibattimento. Per il caso di applicazione in base a dichiarazioni false o reticenti, erano inoltre previsti specifici rimedi: la revoca della sentenza di non luogo a procedere e la revisione della sentenza dibattimentale a richiesta del Procuratore Generale presso la Corte di Appello.

che così, dal momento dell'iscrizione, potrebbe avvalersi delle garanzie dell'indagato sancite dall' art. 61 c.p.p., per quanto attiene al procedimento nei suoi confronti. In qualità di persona sottoposta alle indagini, il soggetto godrebbe, ad esempio, del diritto all'assistenza del difensore e potrebbe avvalersi della facoltà di non rispondere nell'ambito dei successivi atti di indagine del Pubblico Ministero e della polizia giudiziaria delegata, seppur con il rischio, in quest'ultimo caso, di una valutazione negativa dei requisiti qualitativi della collaborazione.

Ritenuto, dunque, che il denunciante assuma lo *status* di persona sottoposta alle indagini, con le relative garanzie, la sua sorte successiva dipende, innanzitutto, come per ogni indagato, dalla determinazione del Pubblico Ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale. Al di fuori dei casi di denunce palesemente strumentali, intempestive o indeterminate, tuttavia, è altamente probabile che, se non altro per ragioni strategiche, il Pubblico Ministero opti per una richiesta di archiviazione⁶².

Nel caso in cui il G.I.P. effettivamente archivi la notizia di reato a carico del denunciante, rimane da chiarire la sua posizione nell'ambito del procedimento nei confronti del denunciato, destinato verosimilmente a proseguire con l'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero. La risposta deve tenere conto delle disposizioni in materia di incompatibilità a testimoniare (art. 197 c.p.p.) e del diverso regime previsto per l'imputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.), per il c.d. testimone assistito (art. 197-*bis* c.p.p.) e per il testimone comune. Peraltro, la disciplina in materia, risultante dalle modifiche introdotte con la legge n. 63/2001, ha sollevato non pochi contrasti interpretativi fra dottrina e giurisprudenza.

Proprio con riferimento allo *status* dell'indagato in procedimento connesso o collegato a seguito di provvedimento di archiviazione⁶³, si è assistito ad una divaricazione fra l'orientamento della dottrina maggioritaria e quello affermato dalle Sezioni Unite nel 2009⁶⁴, tuttora prevalente nella più recente giurisprudenza di legittimità. La prima interpreta in senso tassativo l'elenco dei provvedimenti che escludono l'incompatibilità a testimoniare (art. 197, lett. *a* c.p.p.) e ritiene, pertanto, che l'indagato non possa assumere l'ufficio di testimone a seguito di archiviazione o

⁶² Ipotizza l'archiviazione della posizione del denunciante anche F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 9.

⁶³ In argomento, anche per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. A. M. CAPITTA, *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione: itinerari giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2011; nonché F. CENTORAME, *Effetti preclusivi dell'archiviazione: approdi giurisprudenziali e possibili ricadute*, in L. MARAFIOTI, R. DEL COCO, *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 136.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. Un., 17 dicembre 2009 (dep. 29 marzo 2010), n. 12067, *De Simone*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 12, p. 1435, con nota di M. MINAFRA.

In senso conforme, cfr., da ultimo, Cass., sez. V, 1° luglio 2019 (dep. 3 ottobre 2019), n. 40484; Cass., sez. III, 20 dicembre 2018 (dep. 16 gennaio 2019), n. 1914; Cass., sez. II, 14 settembre 2018 (dep. 17 ottobre 2018), n. 47283; Cass., sez. VI, 13 giugno 2018 (dep. 13 settembre 2018), n. 40810; Cass., sez. III, 28 novembre 2017 (dep. 23 marzo 2018), n. 13737; Cass., sez. IV, 23 novembre 2017 (dep. 12 gennaio 2018), n. 1247, tutte in *Pluris*.

sentenza di non luogo a procedere⁶⁵; la giurisprudenza delle Sezioni Unite sostiene, invece, che nell'ipotesi di archiviazione non sussista un'incompatibilità a testimoniare e conclude, quindi, che l'indagato la cui posizione sia stata archiviata debba essere sentito come testimone comune⁶⁶.

Ai fini della questione che qui interessa, il problema non è di poco conto, dal momento che, come si è ritenuto poc'anzi, la posizione che il denunciante *ex art. 323-ter* c.p. si troverebbe ad assumere sembrerebbe essere, in tutti i casi in cui il Pubblico Ministero ritenga sussistente la causa di non punibilità, proprio quella di "indagato archiviato".

Posto che tra il reato del denunciante e quello del denunciato sussiste una connessione oggettiva ai sensi dell'art. 12, lett. a) c.p.p., se si ritiene che l'incompatibilità sancita dagli artt. 197, 197-*bis* e 210 c.p.p. valga anche per l'indagato in procedimento oggettivamente connesso la cui posizione sia stata successivamente archiviata (non potendo l'archiviazione essere equiparata al proscioglimento cui si riferisce l'art. 197, lett. a c.p.p. per ammettere il coimputato a testimoniare), ne dovrebbe conseguire la possibilità di procedere al suo esame solamente con le modalità dell'art. 210 c.p.p., ovvero con il mero obbligo di presentarsi, con l'assistenza del difensore e la conservazione del diritto al silenzio⁶⁷.

Tuttavia, dal momento che la giurisprudenza di legittimità affermatasi nell'ultimo decennio pare fondarsi su presupposti diversi – propendendo per l'inapplicabilità all'ex-indagato delle garanzie dell'imputato o ex-imputato e per il carattere non tassativo delle esclusioni di cui all'art. 197, lett. a) c.p.p. – sembrerebbe prevedibile che chi denunci ai sensi dell'art. 323-*ter* c.p., indagato e poi archiviato, sia considerato compatibile con l'ufficio di testimone e venga quindi chiamato a deporre con le modalità ordinarie. Anche laddove la giurisprudenza si orientasse in tal senso, non sembra comunque si possa negare al denunciante la garanzia contro l'autoincriminazione, ai sensi degli artt. 63 e 198 c.p.p.; ciò verrebbe in rilievo nel caso in cui effettuasse dichiarazioni tali da porre in dubbio la sussistenza della causa di non

⁶⁵ E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3587; M. BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1103; R. BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1277; M. D'ANDRIA, *Le nuove qualifiche soggettive create dalla l. n. 63 del 2001 e la riforma dell'art. 64 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 856; M. DANIELE, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 719; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, X ed., Milano, 2009, p. 301. *Contra*, G. L. FANULI, A. LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3943. Per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, da ultimo, cfr. A. M. CAPITTA, *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione*, cit., p. 2.

⁶⁶ Così ritenendo, peraltro, le Sezioni Unite differenziano la posizione dell'archiviato da quella del destinatario di sentenza di non luogo a procedere, al quale, invece, secondo tale prospettazione, spetterebbero le garanzie del c.d. testimone assistito *ex art. 197-bis* c.p.p.

⁶⁷ Con riferimento agli aspetti processuali della causa di non punibilità *ex art. 323-ter* c.p., implicitamente aderisce alla tesi dell'applicabilità degli artt. 197 e 210 c.p.p. F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 9.

punibilità che era stata riconosciuta nel provvedimento di archiviazione, e possano dare luogo, dunque, a una riapertura delle indagini⁶⁸.

Non è escluso, però, che la giurisprudenza possa orientarsi diversamente, nella direzione auspicata dalla dottrina prevalente e dalla Corte costituzionale⁶⁹. A ben vedere, infatti, il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite del 2009 riguarda le ipotesi di connessione teleologica (art. 12, lett. c, c.p.p.) e di collegamento probatorio (art. 371, lett. b, c.p.p.) e anche la giurisprudenza successiva conforme si è occupata della medesima casistica. Pertanto, potrebbe immaginarsi un ragionamento che, senza porsi in diretto contrasto con gli approdi del 2009, pervenga a una soluzione differenziata per l'ipotesi dell'indagato per il medesimo reato o in procedimento connesso *ex art. 12, lett. a) c.p.p.*

Ad ogni modo, laddove vengano assunte le dichiarazioni del denunciante, rimarrebbe il problema del loro valore probatorio. La soluzione a tale interrogativo dipende dallo *status* riconosciuto al soggetto: se si ritiene, come la dottrina maggioritaria, che l'archiviato sia incompatibile con l'ufficio di testimone, le sue dichiarazioni saranno valutate conformemente all'art. 192, terzo comma c.p.p. (dunque previ riscontri di attendibilità della deposizione); se invece si aderisce all'orientamento che ammette l'ex-indagato a testimoniare nelle forme ordinarie, non vi saranno limitazioni al libero convincimento del giudice, che potrà dunque fondare la ricostruzione del fatto sulla testimonianza del denunciante *ex art. 323-ter c.p.* senza bisogno di riscontri esterni. Ciò fa emergere la problematicità di quest'ultima soluzione non solo con riguardo alla posizione del denunciante, indagato e poi archiviato⁷⁰, ma anche rispetto alle garanzie processuali dell'imputato denunciato.

3. Questioni intorno all'opportunità politico-criminale della nuova causa di non punibilità *ex art. 323-ter c.p.*

Dopo aver esaminato i profili maggiormente problematici concernenti l'interpretazione dell'art. 323-ter c.p., possono formularsi alcune osservazioni in ordine all'opportunità politico-criminale della nuova causa di non punibilità.

Sotto questo profilo, emerge, da un lato, la prevedibile *inefficacia* dell'offerta di non punibilità *rispetto al fine* di incentivare la scoperta di fenomeni corruttivi diffusi, a causa della scarsa attrattività dell'istituto, per come configurato dal legislatore.

⁶⁸ La casistica che si può ipotizzare è, ad esempio, quella di dichiarazioni che collochino più lontano nel tempo la data del commesso reato e facciano quindi venir meno la tempestività della denuncia; oppure si pensi a una deposizione che faccia sospettare una premeditazione, anch'essa ostativa rispetto al riconoscimento dell'esimente; oppure, ancora, a dichiarazioni contrastanti con le indicazioni fornite in denuncia, che dunque possano minare i requisiti richiesti per la collaborazione utile.

⁶⁹ Corte Cost., ord. 12 novembre 2002, n. 452, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3728; Corte Cost., ord. 27 marzo 2003, n. 76, in *Guida dir.*, 2003, 17, p. 52; Corte Cost., ord. 15 luglio 2003, n. 250, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2097.

⁷⁰ Sul punto, cfr. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., p. 10.

Per altro verso, nella prospettiva di un'analisi costi-benefici volta a valutare la convenienza della nuova opzione politico-criminale, devono essere considerate alcune possibili controindicazioni: a) il *rischio di eterogenesi dei fini*, con la potenziale trasformazione dell'istituto in fattore criminogeno; b) il *rischio di abusi*, per l'inadeguatezza dei rimedi apprestati contro l'ipotesi di denunce premeditate.

3.1. Scarsa attrattività della fattispecie di non punibilità

La *scarsa attrattività* della nuova causa di non punibilità⁷¹, che pare prefigurarsi soprattutto in rapporto ai fenomeni corruttivi diffusi⁷², sembrerebbe derivare da due principali fattori.

In primo luogo, occorre considerare il margine di *incertezza* in ordine all'applicazione dell'esimente. Ciò deriva fisiologicamente dalla necessaria valutazione in ordine alla sussistenza degli elementi della fattispecie da parte dell'Autorità Giudiziaria, la cui discrezionalità, tuttavia, verrebbe ampliata in misura patologica, a causa delle già segnalate incertezze interpretative, in particolare di quelle relative al requisito di utilità e concretezza del contributo collaborativo⁷³, quelle riguardanti la tempestività della denuncia⁷⁴ e, non ultime, quelle di ordine processuale⁷⁵. La scelta di auto-denunciarsi e collaborare, dunque, sarebbe notevolmente rischiosa per l'interessato, dal momento che la previsione di impunità sarebbe soggetta a un elevato margine di errore.

In secondo luogo, la causa di non punibilità, anche laddove riconosciuta dall'Autorità Giudiziaria, non elimina i "*costi occulti*" della scelta di collaborare⁷⁶, in termini reputazionali ed economici, sul piano delle conseguenze civili e disciplinari, ma anche sotto il medesimo profilo della responsabilità penale, laddove ad esempio il soggetto abbia commesso ulteriori reati connessi a quello denunciato, oppure nel caso in cui il fatto si inserisca all'interno di una rete associativa o in un fenomeno di corruzione "*sistemica*"⁷⁷. Manca, infatti, una causa di non punibilità per i reati connessi

⁷¹ Da ultimo, ha enfatizzato questo aspetto, rilevando «l'assenza di reali *chances applicative* della norma», S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella "Spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza latente nell'uso della non punibilità*, in *Leg. pen.*, 18 giugno 2020, p. 12.

⁷² In tal senso, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 268; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 399.

⁷³ M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1273; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 269.

⁷⁴ V. MONGILLO, *loc. ult. cit.*; L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia. La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 17; nonché, all'epoca dell'esame del disegno di legge, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 6.

⁷⁵ Cfr., *supra*, § 2.5.

⁷⁶ Nello stesso senso, cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 268.

⁷⁷ In senso analogo, cfr. *ivi*, p. 269.

a quello denunciato⁷⁸, come quella ipotizzata, all'epoca, dagli autori del c.d. progetto di Cernobbio⁷⁹.

3.2. Possibili controindicazioni della figura premiale

Per quanto riguarda il rischio che la nuova fattispecie di non punibilità possa trasformarsi in un *fattore criminogeno*⁸⁰, deve osservarsi che l'esistenza di un premio per il denunciante potrebbe *a)* ingenerare una maggior cautela dell'ambiente criminale nella selezione della controparte dell'accordo, incentivando, così, la creazione di reti delittuose sempre più impenetrabili e stabili nel tempo; *b)* fornire a ciascuna parte del patto corruttivo uno strumento di ricatto nei confronti dell'altra, laddove ad esempio questa intendesse sciogliere l'accordo o rifiutarne di nuovi, disincentivando, in tal modo, l'"uscita" del soggetto dal "mercato criminale"⁸¹.

Tali rischi, peraltro, che nell'ambito della valutazione dell'opportunità politico-

⁷⁸ Lo evidenziano, in particolare, F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit., p. 22; L. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia*, cit., p. 17.

⁷⁹ Cfr. *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025. All'articolo 12 delle *Proposte*, era previsto che l'autore della denuncia «non è punibile altresì per i reati contro la pubblica amministrazione, per i reati contro la fede pubblica, per il reato previsto dall'articolo 2621, n. 1 del codice civile, per i reati previsti dagli articoli 1 e 4 del decreto legge 10 luglio 1982, n. 429, convertito in legge 7 agosto 1982, n. 516, i quali siano stati commessi al fine di eseguire o di occultare il reato di corruzione o illecito finanziamento dei partiti politici, o assicurarne il profitto, nonché per il reato di collusione di cui all'articolo 3 della legge 9 maggio 1941, n. 1383, commesso in concorso formale con quello di corruzione, purché anche di tali reati abbia reso piena confessione nei tempi e alle condizioni indicate dai predetti articoli 321 del codice penale e 4 bis della legge 18 novembre 1981, n. 659».

⁸⁰ Nello stesso senso, cfr. F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit., p. 22; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 268.

Si noti che già con riferimento alla Proposta di legge Azzaro (1984) la dottrina aveva evidenziato il rischio che la disposizione premiale potesse costituire uno strumento di pressione per finalità criminose: per tali rilievi, cfr. D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 4, p. 1006. Per analoghe conclusioni, nell'ambito del dibattito sulla causa di non punibilità prevista dal c.d. progetto di Cernobbio, cfr. C. F. GROSSO, *Il progetto anticorruzione di manipolite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2345; T. PADOVANI, *Il problema di Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 462; nonché, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione: verso un modello di contrasto integrato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 173.

Simili preoccupazioni sono state espresse, peraltro, con riferimento alla causa di non punibilità prevista per il corruttore dal codice penale spagnolo. Sul punto, cfr. M. GOMEZ TOMILLO, (a cura di), *Comentarios al código penal*, II ed., Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 1594; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap. V – Nuevo Código Penal*, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, a cura di G. Quintero Olivares, II ed., Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 1712.

⁸¹ Ancora in tema di possibili effetti criminogeni della norma, segnala il rischio che la causa di non punibilità ingeneri «nel privato corruttore l'idea che se il patto corruttivo viene scoperto comunque esiste sempre una "via di fuga" dalla sanzione» F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit., p. 22. Sul tema del rapporto tra figure premiali e funzione generalpreventiva, cfr., più diffusamente, *infra*, § 4.

criminale costituiscono un possibile svantaggio dell'istituto, sembrerebbero più elevati nei casi di corruzione "sistemica" o in quelli caratterizzati dall'esistenza di un fenomeno associativo.

Occorre considerare, infine, il pericolo di un ricorso abusivo alla causa di non punibilità. Proprio per evitare un suo *uso strumentale*, il legislatore ha previsto al terzo comma dell'art. 323-ter l'inoperatività dell'esimente nel caso in cui la commissione del reato sia stata preordinata alla successiva denuncia del concorrente. Il timore era, evidentemente, oltre quello di legittimare fenomeni di (ab)uso della giustizia penale per la persecuzione di avversari in campo economico o politico, quello di promuovere forme di "provocazione privata"⁸². Il rimedio apprestato si scontra, tuttavia, con l'elevata difficoltà della prova della preordinazione⁸³.

Peraltro, il legislatore non pare essersi fatto carico del problema di una scoperta tardiva degli abusi, ossia della successiva emersione della falsità delle dichiarazioni poste alla base del riconoscimento della non punibilità. La questione era senz'altro emersa nel dibattito successivo al periodo di "Tangentopoli", dal momento che nel progetto di Cernobbio erano stati proposti alcuni specifici rimedi processuali per tale evenienza: la revoca della sentenza di non luogo a procedere e, addirittura, una revisione *in malam partem* della sentenza passata in giudicato⁸⁴. La scelta del legislatore odierno di non riprodurre la disciplina proposta a quell'epoca, tuttavia, non pare inopportuna: la soluzione prospettata nel 1994, infatti, risulta estremamente problematica, alla luce del divieto di revisione *in peius*, ribadito anche di recente dalla Corte costituzionale⁸⁵. Almeno su questo punto, la novella si è astenuta dall'applicare all'area dei delitti contro la P.A. i modelli "emergenziali" nati nell'ambito della legislazione antiterrorismo e in materia di criminalità organizzata, settori nei quali hanno visto la luce le uniche eccezionali forme di revisione *in malam partem* previste dall'ordinamento processuale italiano⁸⁶. Allo stato, dunque, il passaggio in giudicato della sentenza che riconosce la non punibilità segna il limite oltre il quale non è più possibile porre rimedio a eventuali usi abusivi dell'art. 323-ter da parte del denunciante,

⁸² Sul punto, cfr. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 19; A. MANNA, A. GAITO, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 6.

⁸³ Nello stesso senso, cfr. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 9; F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit., p. 22; M. N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, cit., p. 1272. In questo contesto, merita di essere richiamata la proposta di A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale*, cit., p. 9, che ha suggerito di riscrivere la "clausola antiabusiva" ragionando intorno alle soluzioni già sperimentate per distinguere l'infiltrato dal provocatore.

⁸⁴ Cfr. articolo 13, comma 7 delle *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025: «Quando risulti che la causa di non punibilità sia stata applicata per effetto di dichiarazioni false o reticenti, il procuratore generale presso la Corte di appello nel cui distretto la sentenza è stata pronunciata richiede la revoca della sentenza di non luogo a procedere o la revisione della sentenza pronunciata nel dibattimento, nelle forme previste dal codice di procedura penale».

⁸⁵ Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. It.*, 2012, p. 1022 con nota di T. GUARNIER.

⁸⁶ In argomento, cfr. F. CALLARI, *La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili*, in *Criminalia*, 2018, p. 475.

almeno sul piano della sua responsabilità per il reato denunciato⁸⁷.

4. Per una prospettiva sistematica: ancora su legittimità e limiti del ricorso a figure premiali fondate sulla collaborazione processuale

Come si accennava in premessa, in una prospettiva sistematica, l'analisi della nuova causa di non punibilità esige di venire affiancata da alcuni rilievi, relativi alla questione di fondo della *legittimità*⁸⁸ del riconoscimento di effetti favorevoli – attenuanti o esimenti – alle condotte collaborative sopravvenute alla commissione del reato, da valutare alla luce dei principi costituzionali che informano il sistema penale. Il problema, come è noto, era già emerso con particolare evidenza nel dibattito sviluppatosi a partire dagli anni '80 con riguardo alla legislazione anti-terrorismo⁸⁹ e alle successive proposte di estensione di tale disciplina ad altri settori dell'ordinamento⁹⁰. In quegli anni, infatti, erano state introdotte fattispecie premiali

⁸⁷ A beneficio del *denunciato*, comunque, residuerebbe il rimedio della revisione (*in melius*), laddove sia stato condannato con sentenza passata in giudicato. Quanto al *denunciante*, rimarrebbe penalmente responsabile per i delitti contro l'amministrazione della giustizia eventualmente configurabili e potrebbe altresì essere fatta valere nei suoi confronti la responsabilità civile per i danni patiti dal denunciato e quella amministrativa per i danni erariali.

⁸⁸ Per la tensione tra i due poli della funzionalità/efficienza del sistema penale e conformità a giustizia o, in altri termini, tra ragioni dell'efficienza e ragioni delle garanzie, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 407, 413.

⁸⁹ Per la ricostruzione del dibattito di quegli anni, cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 2, p. 529; D. PULITANÒ, *Le misure del governo per l'ordine pubblico*, in *Dem. dir.*, 1980, p. 19; ID., *Misure antiterrorismo. Un primo bilancio*, in *Dem. dir.*, 1981, p. 77; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali (Como, 26-27 giugno 1981)*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 121, anche in *La questione criminale*, 1981, p. 445; M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 197; F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, p. 320; O. DOMINIONI, *Diritto premiale e processo penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali (Como, 26-27 giugno 1981)*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 171; G. FLORA, *Attuali tendenze di politica criminale e ravvedimento del concorrente*, *ivi*, p. 231; R. PASELLA, *Diritto premiale penale e funzione della pena*, *ivi*, p. 237; G. SPAGNOLO, *Profili premiali nella più recente politica premiale*, *ivi*, p. 259; P. TONINI, *Brevi note sull'attenuante della collaborazione con la giustizia penale*, *ivi*, p. 265; P. NUVOLONE, *Politica criminale e pentimento del reo*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 143; L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 209; E. RESTA, *Il diritto penale premiale. «Nuove» strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 41; O. DOMINIONI, *Verso l'obbligo di collaborare?*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 604; M. LAUDI, *Giudizio positivo per una legge «difficile»*, *ivi*, p. 610; G.F. BONETTO, *Problemi e scelte da non archiviare*, *ivi*, p. 613; C. DE MAGLIE, *Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 141; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 2, p. 398; D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 4, p. 1005; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 591; S. PROSDOCIMI, *Il recesso dal reato consumato: profili di diritto penale comparato*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 277.

⁹⁰ Sulla questione dell'estensione delle disposizioni premiali previste per il terrorismo ad altre fattispecie penali, cfr. A. MANNA, *Osservazioni sulla proposta d'introduzione di un'attenuante generale per la*

speciali, con efficacia attenuante⁹¹ o esimente⁹², fondate sulla dissociazione dai concorrenti e, nella gran parte dei casi, su condotte di collaborazione.

Si tratta senz'altro di una normativa peculiare, che andava a operare in un settore criminologico del tutto diverso da quello dei delitti contro la P.A. che oggi ci occupa. Tuttavia, per la rilevanza sistematica delle riflessioni che ne sono derivate, appare comunque opportuno richiamare il dibattito di allora per ricostruire i termini del problema⁹³.

In relazione alla legislazione anti-terrorismo, infatti, erano stati messi in luce i profili di discontinuità⁹⁴ delle nuove figure premiali rispetto a quelle già previste dal codice penale⁹⁵. Da un lato, la struttura delle ipotesi *codicistiche* risultava caratterizzata

confessione e la collaborazione con la giustizia (intervento al Convegno organizzato dalla Camera Penale di Roma sul tema "Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti?", Roma, 16 marzo 1984), in Giust. pen., 1984, 10, pt. 1, p. 312; L. SCOTTI, Pentimento e diritto premiale, in Quad. giust., 1984, n. 35, p. 3; G. SPAGNOLO, Profili premiali nella più recente politica premiale, in AA.VV., Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali (Como, 26-27 giugno 1981), Milano, Giuffrè, 1983, p. 262.

⁹¹ Innanzitutto, occorre fare riferimento all'art. 289-bis, quarto comma c.p., introdotto con d.l. 59/1978, conv. in legge 80/1978, che configura una circostanza attenuante applicabile in materia di sequestro di persona a scopo di terrorismo, a chi si dissocia dagli altri e si adopera per la liberazione del sequestrato. In tal caso la pena deve essere determinata tra 2 e 8 anni di reclusione, anziché all'interno della cornice prevista per la fattispecie non circostanziata, che va da 25 a 30 anni di reclusione. Con il medesimo intervento legislativo del 1978, è stata prevista un'attenuante dalla struttura analoga per il sequestro di persona a scopo di estorsione, al quarto comma dell'art. 630 c.p.

In secondo luogo, viene in rilievo l'attenuante prevista dall'art. 4 del d.l. 625/1979, conv. in legge 15/1980 (c.d. legge Cossiga), «per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (...) quando uno dei concorrenti, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per la individuazione o la cattura dei concorrenti». Il testo dell'art. 4, abrogato dalla legge 21/2018, è tuttora in vigore, essendo stato trasferito nel nuovo art. 270-bis.1, comma 3 c.p., in attuazione della riserva di codice. In argomento, cfr. T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 l. 15/1980*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 54.

Analogha attenuante è stata successivamente introdotta per il sequestro di persona a scopo di estorsione, al quinto comma dell'art. 630 c.p., con legge 894/1980.

Occorre ricordare, infine, le attenuanti previste dagli artt. 2 e 3 della legge 304/1982, sui quali cfr. G.C. CASELLI, A. PERDUCA, *Commento agli artt. 2 e 3 l. 304/1982*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 556.

⁹² La prima causa di non punibilità introdotta dalla legislazione anti-terrorismo è quella prevista dall'art. 5 del d.l. 625/1979, come modificato in sede di conversione con legge 15/1980, il cui testo è stato di recente trasferito nel nuovo art. 270-bis.1, quinto comma c.p., in attuazione della riserva di codice. La fattispecie esimente si applica al «colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti». In argomento, cfr. T. PADOVANI, *Commento all'art. 5 l. 15/1980*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 60.

Successivamente, ulteriori ipotesi di non punibilità sono state previste dall'art. 1 della legge 304/1982, commi 1-3, sul quale cfr. G.C. CASELLI, A. PERDUCA, *Commento all'art. 1 l. 304/1982*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 543.

⁹³ Riconduce al dibattito dei primi anni '80 l'origine della discussione circa i limiti costituzionali delle scelte premiali anche C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 419.

⁹⁴ T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 537; D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1006; nonché, più di recente, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 372.

⁹⁵ Oltre alla desistenza e al recesso attivo nel delitto tentato e all'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6 c.p., devono ricordarsi le ipotesi di non punibilità previste per lo scioglimento e per il ritiro della propria

i) da un comportamento speculare, antitetico rispetto a quello punito e ii) dall'eliminazione (o attenuazione) dell'offesa tipica, così riflettendo una funzione *latu sensu* reintegratoria rispetto alla lesione dell'interesse tutelato⁹⁶. Così configurate, tali fattispecie rimanevano (e rimangono) dunque ancorate «all'idea del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici»⁹⁷. Le figure premiali introdotte dalla *legislazione emergenziale* tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80, invece, come autorevolmente sottolineato⁹⁸, si caratterizzavano per una tendenziale eccentricità rispetto al piano dell'offesa⁹⁹: connettendo l'effetto favorevole alla collaborazione del reo, le fattispecie premiali "dell'emergenza" venivano, in altri termini, ad allontanarsi dalla funzione di protezione di beni giuridici, tendendo ad assumere un ruolo strumentale rispetto alle esigenze investigative e processuali¹⁰⁰.

In dottrina, d'altro canto, vi è stato anche chi ha individuato uno spazio di compatibilità tra le fattispecie premiali incentrate sull'apporto collaborativo e il modello codicistico fondato sulla reintegrazione dell'offesa. Ad esempio, alcuni hanno affermato che, nell'ambito dei reati associativi, la dissociazione accompagnata dal contributo alla raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti si ponga su un piano «non eccentrico rispetto alla lesione connaturata al

adesione in materia di cospirazione politica e banda armata (artt. 308-309), per il ritiro dell'adunata sediziosa prima dell'ingiunzione dell'autorità (art. 655, terzo comma), per la ritrattazione del falso giuramento (art. 371, secondo comma) e della falsa testimonianza (art. 376), per la costituzione dell'evaso in carcere (art. 385, quarto comma) e per la cattura dell'evaso da parte di chi abbia procurato la sua evasione (art. 386, quarto comma, n. 2), nonché, in materia di falsità in monete, per l'impedimento della contraffazione, alterazione, fabbricazione o circolazione del falso, prima che l'autorità ne abbia notizia (art. 463).

⁹⁶ T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 534. In senso analogo, D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1006; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 185. Più di recente, cfr. F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 95; G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene, in Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, vol. II, Padova, Cedam, p. 106; nonché, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 798.

⁹⁷ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 407.

⁹⁸ T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 536.

⁹⁹ L'attenuante *ex art. 289-bis*, quarto comma c.p., infatti, oltre alla liberazione del sequestrato, che pare in effetti rispondere allo schema reintegratorio delle ipotesi codicistiche, richiede l'ulteriore elemento della dissociazione dagli altri concorrenti. Anche l'attenuante e la causa di non punibilità all'epoca previste rispettivamente dagli artt. 4 e 5 del d.l. 625/1979, conv. in legge 15/1980 (c.d. legge Cossiga), e oggi inserite nell'art. 270-bis.1 c.p., richiedono la dissociazione dai concorrenti, che deve accompagnarsi a una delle due condotte previste in via alternativa: nella prima, consistente nell'adoperarsi affinché l'attività delittuosa non sia portata a conseguenze ulteriori (art. 4) o nel volontario impedimento dell'evento (art. 5), può ancora ravvisarsi un antagonismo rispetto all'offesa; nella seconda, costituita dall'aiuto nella «raccolta di prove decisive per l'individuazione e la cattura dei concorrenti» (art. 4) o di «elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti» (art. 5), l'apporto collaborativo richiesto sembra porsi al di fuori dello schema codicistico. Sul punto, cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 537.

¹⁰⁰ In proposito, parla dell'uso delle fattispecie premiali quale «anomalo mezzo processuale di indagine» T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 539.

fatto»¹⁰¹: ciò, evidentemente, sulla base del riconoscimento di una certa specularità fra la condotta tipica del reato associativo e la successiva dissociazione unita all'apporto collaborativo, inquadrabili come contro-condotte utili allo sfaldamento dell'associazione e dunque all'eliminazione o attenuazione dell'offesa¹⁰².

Altri interpreti, invero, pur ammettendo che in caso di collaborazione processuale venga a delinearci una «logica reintegratoria», tutte le volte in cui sia in gioco «l'impedimento di ulteriori attività criminose in atto (...) oggetto del medesimo processo»¹⁰³, hanno evidenziato che in questi casi il risultato reintegratorio consistente nello «scompaginamento» del gruppo criminale, pur costituendo un «effetto possibile e voluto» dell'istituto premiale, risulterebbe meramente eventuale, dal momento che «l'elemento necessario e sufficiente per l'operatività dell'istituto» sarebbe rappresentato pur sempre dal solo contributo immediato all'espletamento delle indagini¹⁰⁴.

Ad ogni modo, anche quanti hanno condiviso l'idea che la collaborazione possa in alcuni casi accostarsi al tradizionale schema reintegratorio, non hanno mancato di far sentire la propria voce nel dibattito concernente gli aspetti problematici di tali forme di premialità, dal punto di vista del rapporto con i *principi costituzionali* rilevanti in materia penale – sostanziale e processuale – e con le *funzioni della pena*.

Sul *piano sostanziale*, la dottrina ha evidenziato numerosi punti di frizione tra la legislazione premiale fondata sulla collaborazione processuale e alcuni principi generali rilevanti in materia penale, quali *a*) il principio di offensività, *b*) il principio di uguaglianza, *c*) il principio di proporzione tra reato e pena, nonché *d*) il principio di legalità, *sub specie* di determinatezza.

Quanto al contrasto con il principio di *offensività*¹⁰⁵ e con il paradigma del diritto penale come strumento di tutela di beni giuridici¹⁰⁶, si è osservato che il premio, per risultare giustificato, non potrebbe «che riconnettersi alla salvaguardia effettiva o potenziale, ma pur sempre diretta, dello stesso bene» giuridico tutelato dalla norma incriminatrice «o di altro di pari o superiore rilievo»¹⁰⁷.

Sotto la lente del principio di *uguaglianza*, poi, si è sostenuto che le figure premiali fondate sulla collaborazione determinino notevoli disparità di trattamento, in una duplice direzione: da un lato, emergerebbe la differenziazione di trattamento degli

¹⁰¹ F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali (Como, 26-27 giugno 1981)*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 133.

¹⁰² Sul punto, cfr. anche G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 153.

¹⁰³ D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1006.

¹⁰⁴ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 1013.

¹⁰⁵ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 169.

¹⁰⁶ Per i profili di contrasto della legislazione penale emergenziale rispetto al paradigma del diritto penale del fatto e la deriva verso un modello di diritto penale dell'autore, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 184; per la tesi dell'A. in ordine ai riflessi in termini di teoria dello Stato, cfr. *ivi*, p. 244.

¹⁰⁷ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 170. In senso analogo, cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 135.

imputati dello stesso reato, dipendente esclusivamente dalla scelta delle forme di esercizio del diritto di difesa¹⁰⁸ (c.d. diseguaglianza interna¹⁰⁹); dall'altro lato, è stata evidenziata la mancata previsione di analoga disciplina premiale per gli imputati per reati comuni¹¹⁰ o, quantomeno, per gli autori di fattispecie riconducibili a fenomeni associativi, caratterizzate da una struttura analoga a quelle di terrorismo, che possono beneficiare di forme di premialità¹¹¹ (c.d. diseguaglianza esterna¹¹²).

Dal punto di vista del principio di *proporzionalità tra reato e pena*¹¹³, inoltre, è stato rilevato che il nesso tra collaborazione ed effetto premiale, nell'ambito della criminalità in forma plurisoggettiva, rischierebbe di capovolgere il rapporto fra la gravità dell'illecito e la responsabilità conseguente, dal momento che, di regola, i soggetti in posizione di vertice sono in grado di fornire un apporto collaborativo maggiore e più qualificato rispetto a quello prestabile dai concorrenti che abbiano ricoperto un ruolo minore nell'ambito della *societas sceleris*¹¹⁴.

Infine, sempre con specifico riferimento alla legislazione anti-terrorismo dell'epoca, la dottrina ha evidenziato la carenza in punto di *determinatezza* di fattispecie collaborative¹¹⁵ tali da richiedere un aiuto concreto nella raccolta di «prove decisive»¹¹⁶, «prove rilevanti»¹¹⁷ o «elementi di prova determinanti»¹¹⁸: in presenza di simili aggettivazioni, si avvertiva il rischio di dilatare eccessivamente la discrezionalità del giudice nel valutare la sussistenza degli elementi che integrano la fattispecie premiale¹¹⁹.

¹⁰⁸ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 421. Cfr. anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 188; nonché P. TONINI, *Brevi note sull'attenuante della collaborazione con la giustizia penale*, cit., p. 266, che parla di un «diritto incidentalmente premiale», che «per punire alcuni, premia altri».

¹⁰⁹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 429.

¹¹⁰ C. DE MAGLIE, *Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità*, cit., p. 175; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 188.

¹¹¹ T. PADOVANI, *Commento all'articolo unico l. 894/1980*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 177; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 167.

¹¹² Cfr., ancora, C. RUGA RIVA, *op. loc. ult. cit.*

¹¹³ C. DE MAGLIE, *Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità*, cit., p. 173; A. MANNA, *Osservazioni sulla proposta d'introduzione di un'attenuante generale per la confessione e la collaborazione con la giustizia*, cit., p. 314; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 173.

¹¹⁴ Per simili rilievi, cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 419. *Contra*, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 432, 452.

¹¹⁵ Per tali rilievi, cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 134; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, Cedam, 1984, p. 175; A. MANNA, *Osservazioni sulla proposta d'introduzione di un'attenuante generale per la confessione e la collaborazione con la giustizia*, cit., p. 314; C. DE MAGLIE, *Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità*, cit., p. 172; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 604; P. NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 8.

¹¹⁶ Cfr. art. 4 legge 15/1980.

¹¹⁷ Cfr. art. 5 legge 15/1980.

¹¹⁸ Cfr. art. 3 legge 304/1982.

¹¹⁹ A. MANNA, *Osservazioni sulla proposta d'introduzione di un'attenuante generale per la confessione e la collaborazione con la giustizia*, cit., p. 314. Sul punto, cfr. i rilievi di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 455-457, che nega la possibilità di escludere la legittimità

Un altro tema emerso nel dibattito storico sulla legislazione premiale è quello del rapporto tra le forme di premialità connesse alla collaborazione e le *funzioni della pena*, ovvero *a)* la *compatibilità* dei “premi” per i collaboratori rispetto alle funzioni della pena; *b)* la possibilità di rintracciare nell’ambito delle funzioni della pena il *fondamento giustificativo* degli istituti che premiano la collaborazione processuale.

Relativamente al primo aspetto, da più parti è stata evidenziata l’esistenza di possibili profili di contrasto, in particolare con la funzione di prevenzione generale¹²⁰, dal momento che la prospettiva della possibilità di un successivo ripensamento “premiato” potrebbe ridurre la capacità di deterrenza della norma incriminatrice.

Non meno avvertita è la difficoltà di individuare in taluna delle funzioni tradizionalmente attribuite alla pena un sufficiente fondamento giustificativo delle forme di premialità per i collaboratori¹²¹. Comune a molti è il rilievo circa l’impossibilità di fondare sulla prevenzione speciale il riconoscimento di “premi”, in tutti i casi in cui l’effetto premiale venga fatto discendere dalla mera prestazione dell’apporto collaborativo, dunque a prescindere dall’accertamento dell’avvenuta risocializzazione del reo¹²². Rinvenire un fondamento giustificativo delle forme di premialità per i collaboratori sembra possibile solamente considerando le funzioni di prevenzione generale e speciale secondo una peculiare prospettiva, per così dire “allargata” rispetto al reato (e al reo) non punito (o punito in misura minore). Il premio per la collaborazione potrebbe infatti ammettersi solo in quanto sia strumentale all’effettiva applicazione delle pene ai concorrenti e, così, al rafforzamento dell’efficacia generalpreventiva, per il tramite della certezza della pena; nonché, seppur «in via secondaria e riflessa», in quanto rispondente a una funzione specialpreventiva nei confronti degli altri responsabili¹²³, in ragione dei presumibili effetti della sanzione loro applicata.

Sul piano *processuale*, infine, l’introduzione di “premi” per la collaborazione ha generato ulteriori perplessità, che ruotano fundamentalmente intorno a tre punti

costituzionale delle fattispecie premiali esaminate per il solo fatto di subordinare alla valutazione discrezionale del giudice alcuni requisiti di non sicura determinabilità *ex ante*, quali il carattere *decisivo* o *rilevante* del contributo collaborativo prestato o degli elementi di prova procurati.

¹²⁰ R. PASELLA, *Diritto premiale penale e funzione della pena*, cit., p. 242; C. DE MAGLIE, *Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità*, cit., p. 165. *Contra*, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 471.

¹²¹ Conclude nettamente in tal senso E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 608.

¹²² In questo senso, R. PASELLA, *Diritto premiale penale e funzione della pena*, cit., p. 241; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 602; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 157, 174.

¹²³ Per simili osservazioni, cfr. G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 157. La finalità di prevenzione generale viene posta a fondamento della legislazione premiale da D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1032 e, più di recente, da C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 486, 488.

Rileva che i benefici premiali “dell’emergenza”, connessi alla collaborazione processuale, appaiono legati, più che alla funzione di prevenzione generale, alla «*disfunzionalità*» della prevenzione generale T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 420.

problematici, fra loro correlati¹²⁴. In primo luogo, è stato prospettato il rischio di un'alterazione della dialettica processuale¹²⁵, determinata, in particolare, dal ruolo anomalo e per così dire "bipolare", che il Pubblico Ministero verrebbe ad assumere in sede di dibattimento: nei confronti dell'imputato che non abbia collaborato, sosterebbe, come di norma, l'accusa; nei confronti del correo collaboratore, invece, si unirebbe alla difesa nell'argomentare la sussistenza della fattispecie premiale¹²⁶. Inoltre, secondo alcuni, la tendenza a impennare la struttura stessa delle indagini e del processo intorno alla collaborazione potrebbe generare una sorta di presunzione di credibilità del collaboratore, con sostanziale pregiudizio delle regole dell'accertamento, in particolare quelle relative alla chiamata di correo¹²⁷. Rimarrebbe, per altro verso, il dubbio, da più parti sollevato, relativo alla credibilità del collaboratore, ovvero il rischio per la genuinità della prova, connesso al carattere "interessato" delle dichiarazioni¹²⁸. Inoltre, sotto il profilo del diritto di difesa, la previsione della possibilità di ottenere effetti favorevoli attraverso la scelta della collaborazione tenderebbe a delegittimare ogni diversa linea difensiva¹²⁹, configurando, di fatto, un «obbligo di collaborare»¹³⁰.

A fronte delle numerose perplessità sollevate nei confronti delle tecniche premiali fondate sulla collaborazione, dunque, la dottrina si è sforzata di delimitare le loro condizioni di legittimità¹³¹.

¹²⁴ A livello sistematico, peraltro, è stato osservato che le forme di premialità fondate sulla collaborazione processuale sono tali da determinare un capovolgimento del rapporto di strumentalità tra processo e pena: non tanto il processo come mezzo per accertare la punibilità (e la misura della pena), ma la punibilità (e la commisurazione della pena) come strumento del processo. Per simili rilievi, cfr. D. PULITANÒ, *Misure antiterrorismo. Un primo bilancio*, in *Dem. dir.*, 1981, p. 90; nonché, più di recente, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 497, il quale, tuttavia, conclude nel senso che l'attuale ordinamento processuale preveda un argine sufficientemente solido contro il rischio di una torsione (soavemente) inquisitoria, mediante la regola della formazione della prova in contraddittorio (art. 111, quarto comma Cost.).

¹²⁵ Parla di una «dislocazione dei ruoli processuali» O. DOMINIONI, *Diritto premiale e processo penale*, cit., p. 174.

¹²⁶ In senso analogo, cfr. O. DOMINIONI, *Diritto premiale e processo penale*, cit., p. 174. Segnala i pericoli per il principio del contraddittorio E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 610.

¹²⁷ O. DOMINIONI, *Verso l'obbligo di collaborare?*, cit., p. 606; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 422; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 133. Per la diversa opinione che riscontra un generale rispetto delle regole di valutazione della prova nell'effettiva dinamica dei processi per terrorismo, cfr. M. LAUDI, *Giudizio positivo per una legge «difficile»*, cit., p. 611.

¹²⁸ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 422.

¹²⁹ Così O. DOMINIONI, *Verso l'obbligo di collaborare?*, cit., p. 606. In senso analogo, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 422. Segnala la contrarietà al principio di insindacabilità delle scelte difensive E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 610. Fanno riferimento al pregiudizio per il diritto di difesa e per il principio *nemo tenetur se detegere* F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 133; A. MANNA, *Osservazioni sulla proposta d'introduzione di un'attenuante generale per la confessione e la collaborazione con la giustizia*, cit., p. 314.

¹³⁰ Così O. DOMINIONI, *Verso l'obbligo di collaborare?*, cit., p. 606; ID., *Diritto premiale e processo penale*, cit., p. 178. In senso analogo, P. TONINI, *Brevi note sull'attenuante della collaborazione con la giustizia penale*, cit., p. 267.

¹³¹ Tende invece a negare la legittimità delle fattispecie premiali non attinenti al momento dell'offesa, come quelle fondate sulla collaborazione, G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 102. Per la prospettiva dell'A., che contrappone «razionalità» dei principi a «necessità» della lotta al fenomeno

Secondo l'opinione di Franco Bricola, per il quale sia le norme incriminatrici che quelle di favore devono sempre essere espressione di un interesse costituzionalmente rilevante¹³², il legislatore sarebbe libero di configurare fattispecie premiali purché queste trovino fondamento nello stesso interesse «oggetto di tutela da parte della norma incriminatrice», o comunque in «altro interesse costituzionalmente significativo»¹³³. Dunque, una norma premiale potrebbe ammettersi se fondata, ad esempio, nell'interesse relativo alla funzione rieducativa della pena¹³⁴ o, secondo alcuni, in quello relativo alla repressione dei reati e alla scoperta dei relativi autori¹³⁵.

Per Domenico Pulitanò, le misure premiali eccentriche rispetto al modello "reintegratorio" codicistico potrebbero essere ragionevolmente ammesse *esclusivamente* per eccezionali «ragioni d'emergenza», dovute a una situazione di «blocco nelle indagini» (*Ermittlungsnotstand*¹³⁶) «non altrimenti superabile con gli strumenti ordinari», laddove l'interesse al «buon esito delle indagini» sia da ritenere prevalente rispetto agli assetti e principi generali del sistema che verrebbero in tal modo incrinati¹³⁷. Secondo tale opinione, la discrezionalità del legislatore in materia di premialità troverebbe un limite nel principio di uguaglianza-ragionevolezza¹³⁸.

della criminalità organizzata, cfr. *ivi*, p. 100, 107. Merita di essere richiamata, peraltro, la riflessione dell'A. in ordine all'impatto della legislazione premiale sugli equilibri dell'ordinamento nel suo complesso, secondo la quale l'aumento del numero delle «norme penali che si allontanano dai principi» genera una «pericolosa tensione con le norme regolari», con il rischio che le «norme premiali eccezionali finiscano per porsi esse stesse come regolari» (*ivi*, p. 231). In senso analogo, cfr. F. STELLA, *La tutela penale della società*, cit., p. 333.

¹³² È la nota «teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico», per la quale cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, Torino, Utet, 1957, p. 15; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 227.

¹³³ F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 135; ID., *Legalità e crisi*, cit., p. 229. In senso analogo, cfr. L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1984, p. 658; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 603.

¹³⁴ F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., p. 135.

¹³⁵ E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 603. Fa riferimento alla repressione dei reati, quale interesse costituzionalmente rilevante e idoneo a giustificare una causa di non punibilità connessa a condotte collaborative, anche L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 665; peraltro, l'A. solleva alcune perplessità sotto il profilo dell'«idoneità» del premio per la collaborazione al perseguimento di tale interesse, laddove il riconoscimento della fattispecie premiale prescinde dalla valutazione dell'effettiva capacità dello strumento adottato di soddisfare le esigenze di individuazione del reo e di accertamento del reato che ne costituirebbero la giustificazione.

¹³⁶ C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 407, 415 suggerisce di rendere il concetto in italiano con l'espressione «emergenza investigativa», da intendere come una «situazione di *impasse*, di difficoltà o blocco delle indagini con conseguente impossibilità di accertamento giudiziario dei reati e delle responsabilità dei relativi autori».

¹³⁷ D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1038. Cfr. anche P. TONINI, *Brevi note sull'attenuante della collaborazione con la giustizia penale*, cit., p. 265.

¹³⁸ D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1017; ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, p. 527; ID., *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in AA. VV., *I reati associativi*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 151. A tale orientamento aderisce, nell'ambito di un più recente lavoro monografico in tema di premialità per la collaborazione, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 424.

5. Questioni intorno alla legittimità della causa di non punibilità *ex art. 323-ter c.p.*

Il dibattito sviluppatosi attorno alla questione dell'ammissibilità dei "premi" per la collaborazione processuale offre un armamentario concettuale e uno schema di ragionamento attraverso i quali è possibile tentare, ora, una valutazione della legittimità della nuova causa di non punibilità introdotta all'art. 323-ter c.p.

5.1. (Dis)continuità rispetto al modello "reintegratorio" codicistico

In primo luogo, occorre chiedersi se la causa di non punibilità in esame presenti quella «discontinuità» rispetto al modello codicistico, già registrata con riferimento alle altre fattispecie premiali introdotte nel corso del tempo dalla legislazione speciale, e se quindi si presenti come «eccentrica» rispetto al piano dell'offesa.

Senza altro non può riscontrarsi una totale coincidenza con il modello «reintegratorio» del codice. Semmai, potrebbe ipotizzarsi che la causa di non punibilità *ex art. 323-ter* possa in qualche modo essere ricondotta nell'alveo del paradigma della reintegrazione dell'offesa, laddove si interpretassero in questi termini le condotte di auto-denuncia, collaborazione e restituzione, richieste per l'integrazione della fattispecie. Ciò, tuttavia, appare sostenibile solo in limitate ipotesi, che si possono tentare di individuare solo tenendo conto, in primo luogo, dell'oggettività giuridica tutelata dalle figure di reato a cui si applica la nuova esimente¹³⁹ e considerando, in secondo luogo, il grado di offesa che caratterizza le singole fattispecie (reati di danno e reati di pericolo), anche in relazione alla varietà fenomenologica concreta dei fatti corrispondenti alle figure tipiche (corruzione antecedente e corruzione susseguente)¹⁴⁰.

¹³⁹ Secondo la dottrina prevalente, il bene giuridico protetto dalle fattispecie di corruzione e induzione indebita è quello dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione (in argomento, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-355 c.p.*, in AA. VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. V, Torino, Giappichelli, 2016, p. 5; nonché, con specifico riferimento ai reati di corruzione e induzione indebita, ID., *I delitti di corruzione. Caratteri generali*, *ivi*, p. 79), intesa quale «parità di accesso dei cittadini a risorse e/o oneri di fonte pubblica» (*ibidem*), e in tal senso sembrano sostanzialmente convergere anche le opinioni relative ai delitti di turbativa di cui agli artt. 353, 353-bis e 354 c.p., che fanno riferimento all'interesse alla libera concorrenza (per un panorama delle opinioni dottrinali sul punto, cfr. G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche*, in AA. VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, cit., p. 302, 320, 323).

¹⁴⁰ Per quanto riguarda il grado dell'offesa, nell'ambito dei delitti di corruzione, pare rilevante la distinzione dottrinale tra *corruzione antecedente* e *corruzione susseguente*. Laddove la promessa o dazione di denaro o altra utilità sia compiuta *prima* dell'atto o comportamento lesivo del bene giuridico tutelato, l'offesa risulterebbe realizzata allo stadio di messa in *pericolo*, peraltro – si direbbe – *presunto* dal legislatore. Nel caso opposto, in cui la promessa o dazione avvenga *dopo*, quando l'atto o il comportamento lesivo dell'imparzialità dell'azione pubblica sia già stato compiuto, l'offesa apparirebbe essersi verificata nella forma di *danno* (per una diversa ricostruzione, che qualifica la corruzione c.d. impropria come reato di pericolo presunto, la corruzione c.d. propria antecedente come reato di pericolo concreto e la corruzione c.d. propria susseguente come reato di danno, cfr. M. CATENACCI, *I delitti di corruzione. Caratteri generali*, cit., p. 80).

Infatti, almeno per le figure di reato di pericolo, sembrerebbe potersi ipotizzare una capacità reintegratoria delle condotte richieste dalla fattispecie di non punibilità. L'ipotesi va esaminata, tuttavia, con riguardo ai singoli reati e, per i delitti a concorso necessario, con riferimento a ciascuno dei partecipi, tutti potenziali autori della denuncia *ex art. 323-ter*.

Nel caso in cui a denunciare sia il *pubblico agente corrotto*, autore di un reato di *corruzione antecedente*, le condotte di auto-denuncia, collaborazione delativa e restituzione di quanto percepito potrebbero ritenersi idonee, in un certo senso e in determinate ipotesi, a escludere il *pericolo* per il bene giuridico tutelato; tuttavia, ciò potrebbe sostenersi solamente nel caso in cui, dopo l'accettazione della promessa e/o della corresponsione di utilità da parte del privato, il corrotto non abbia compiuto alcun atto lesivo dell'imparzialità dell'azione pubblica: in assenza di un danno per il bene giuridico, l'auto-denuncia potrebbe infatti valere a superare la presunzione di pericolosità compiuta dal legislatore¹⁴¹.

Nel caso in cui a denunciare sia il *pubblico agente corrotto*, autore di un reato di *corruzione susseguente*, le condotte previste dalla fattispecie di non punibilità potrebbero senz'altro essere utili all'individuazione del corruttore e alla sua punizione e priverebbero altresì il corrotto del profitto del reato; tuttavia, non potrebbero dirsi idonee alla reintegrazione dell'offesa, che si sarebbe ormai realizzata in forma di *danno* al bene giuridico tutelato: a elidere lo sviamento della funzione pubblica, ormai verificatosi, non potrebbe valere né la denuncia, né la collaborazione investigativa e processuale, né la restituzione dell'utilità percepita.

Nel caso in cui a denunciare sia il *privato corruttore*, in nessun caso le sue condotte di auto-denuncia, collaborazione e messa a disposizione di una somma di denaro sembrano potersi ritenere idonee a reintegrare il bene giuridico offeso: anche nel caso di corruzione antecedente, infatti, non pare si possa ravvisare alcuna relazione tra le condotte del privato denunciante e la cessazione del pericolo determinato dal reato.

Considerazioni analoghe a quelle compiute con riferimento alla corruzione susseguente sembrano doversi estendere al caso dei *delitti di turbativa*: l'offesa tipica di tali reati non pare infatti in alcun modo attinta dalle condotte confessorie, collaborative e restitutorie richieste dalla fattispecie di non punibilità¹⁴².

¹⁴¹ Nel caso in cui si aderisse alla ricostruzione del delitto di corruzione propria quale reato di pericolo concreto (per la quale cfr. M. CATENACCI, *loc. ult. cit.*), potrebbe comunque ritenersi che le condotte richieste dalla fattispecie di non punibilità siano idonee a rimuovere il pericolo realizzato dal reato.

¹⁴² A tale conclusione sembra doversi giungere in ogni caso: sia che si parta da una ricostruzione di tali fattispecie come reati di danno, sia che li si ritenga reati di pericolo. Sul punto, deve segnalarsi che la giurisprudenza qualifica i delitti di cui agli artt. 353 e 353-bis come reati di pericolo. In materia di turbata libertà degli incanti, cfr. Cass., sez. VI, 23 gennaio 2019 (dep. 8 marzo 2019), n. 10272, in *CED Cass.*, 2019, n. 275163 – 01; Cass., sez. VI, 11 marzo 2013 (dep. 19 marzo 2013), n. 12821, in *CED Cass.*, 2013, n. 254906 – 01. In tema di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, cfr. Cass., sez. VI, 4 maggio 2016 (dep. 13 giugno 2016), n. 24477, in *CED Cass.*, 2016, n. 267092 – 01; Cass., sez. VI, 2 dicembre 2014 (dep. 2 gennaio 2015), n. 1, in *CED Cass.*, 2015, n. 262917 – 01. In senso contrario

In definitiva, si riscontra una tendenziale eccentricità della causa di non punibilità *ex art. 323-ter c.p.* rispetto al piano dell'offesa. Una sua sostanziale riconducibilità al modello reintegratorio codicistico potrebbe sostenersi solamente *i)* con riguardo alle ipotesi di corruzione antecedente, *ii)* laddove il denunciante-collaboratore sia il pubblico agente e *iii)* limitatamente ai casi in cui non si sia verificato un approfondimento dell'offesa nella direzione di un vero e proprio danno al bene giuridico, ossia quando l'auto-denuncia avvenga *prima* del compimento dell'atto lesivo dell'imparzialità dell'azione pubblica. Solo al ricorrere di tali condizioni, le condotte collaborative del denunciante, richieste dalla fattispecie di non punibilità, potrebbero dirsi idonee a rimuovere il pericolo per il bene giuridico protetto e dunque, in questo senso, a reintegrare l'offesa.

In proposito, di un certo interesse può essere la comparazione con due delle cause di non punibilità (*dispensas de pena*) previste dal codice penale portoghese all'art. 374-B, § 1, lett. *b)* e *c)*, rispettivamente per il pubblico agente (lett. *b)* e per il privato corruttore (lett. *c)*)¹⁴³: la *dispensa* del pubblico funzionario opera laddove, prima della «*prática do facto*», ovvero dell'azione od omissione oggetto del patto illecito¹⁴⁴, rifiuti

risulta orientata la dottrina più risalente: G. RUGGIERO, voce *Incanti (turbativa e astensione)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 905 rilevava che: «il delitto, infatti, è sempre di danno e l'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, che esso sussista anche in assenza di un danno "immediato e diretto" dipende, in realtà, da un'imprecisa identificazione dell'interesse tutelato, tale cioè da far considerare come non ancora realizzata la lesione di un bene che non è quello effettivamente protetto». Più di recente, cfr. N. MADIA, *Note sugli aspetti caratteristici del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui al nuovo art. 353-bis c.p.*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 504, che attribuisce natura di reati di danno ai delitti di turbata libertà degli incanti e di astensione dagli incanti *ex artt. 353 e 354* e natura di reato di pericolo presunto al delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p.

¹⁴³ Si riporta di seguito il testo della disposizione, in lingua originale: «*O agente pode ser dispensado de pena sempre que (...) b) antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitará, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível ou animal fungíveis, o seu valor; ou c) antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição*».

Accanto a tali fattispecie di non punibilità incentrate sulla reintegrazione dell'offesa, l'ordinamento portoghese prevede un'esenzione da pena per chi denunci il fatto entro 30 giorni dal compimento dell'atto oggetto del patto illecito e comunque prima dell'instaurazione del procedimento penale, con la condizione della restituzione dell'utilità, ma senza un particolare onere collaborativo (art. 374-B, § 1, lett. *a* cod. pen. portoghese): «*O agente pode ser dispensado de pena sempre que: a) Tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração de procedimento criminal, desde que voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor*». Il contributo collaborativo, che intervenga prima della chiusura del procedimento di primo grado e aiuti concretamente nel raggiungimento di elementi di prova decisivi per l'identificazione o la cattura degli altri responsabili, integra invece una speciale circostanza attenuante (art. 374-B, § 2, lett. *a)*: «*A pena é especialmente atenuada se o agente: a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*».

¹⁴⁴ Il sistema dei delitti di corruzione previsto dal codice penale portoghese risulta per molti versi simile a quello italiano: si articola infatti in fattispecie di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 373, § 1) e corruzione c.d. impropria (art. 373, § 2), la cui perfezione si verifica già al momento dell'accettazione della promessa o della corresponsione di utilità. Di seguito il testo degli articoli di riferimento per la corruzione passiva: «*Artigo 373. Corrupção passiva. 1. O funcionário que por si, ou*

la promessa o offerta in un primo momento accettata o restituisca l'utilità percepita; similmente, il privato corruttore non è punibile se, prima della «*prática do facto*», ritira la promessa od offerta compiuta o richiede la restituzione dell'utilità corrisposta al pubblico agente. La struttura delle due speculari fattispecie di non punibilità previste dall'ordinamento portoghese sembrerebbe in effetti rispondere a una logica analoga a quella del modello proposto, che dà rilievo al momento di approfondimento dell'offesa e all'idoneità «reintegratoria» delle condotte richieste per l'operatività dell'esimente.

5.2. Questioni relative ai principi costituzionali in materia penale

La nuova causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A. sembrerebbe presentare più di un profilo di contrasto con i principi costituzionali relativi alla materia penale, in linea con quanto evidenziato, del resto, dal più risalente dibattito sui “premi” per la collaborazione¹⁴⁵.

Oltre al rischio di un allontanamento dal paradigma del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici, deve senz'altro essere riscontrata un'incidenza della nuova causa di non punibilità sul principio di *uguaglianza*, nelle due direzioni già evidenziate dal dibattito storico.

Dal lato della c.d. *diseguaglianza interna*¹⁴⁶, si osserva una relevantissima differenziazione di trattamento tra denunciante e denunciato, l'uno non punibile, l'altro destinatario di pene di particolare severità¹⁴⁷, che viene fatta dipendere, a fronte del medesimo delitto commesso, dalla condotta susseguente di uno dei correi. L'incidenza del postfatto sul *quantum* della responsabilità è effetto in certa misura normale: basti considerare la sua rilevanza nell'ambito del giudizio di commisurazione della pena¹⁴⁸ ex art. 133 c.p. Nel nostro caso, tuttavia, vi è una “iper-rilevanza” della collaborazione susseguente, tale da incidere sull'*an* della responsabilità, escludendo del tutto la

por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2. Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos»; e per la corruzione attiva: «Artigo 374. Corrupção activa. 1. Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2. Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias».

¹⁴⁵ Cfr., *supra*, § 4.

¹⁴⁶ La terminologia è di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 429.

¹⁴⁷ Peraltro, le pene previste sono state aumentate dall'ultimo intervento legislativo (c.d. Spazzacorrotti), secondo lo schema ricorrente che abbina premi per la collaborazione e aumenti di pena, in funzione di maggiore incentivo alla scelta cooperativa. Sul punto, F. STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 937; nonché, in prospettiva critica, F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 941.

¹⁴⁸ In senso analogo, cfr. D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, cit., p. 1031.

conseguenza sanzionatoria altrimenti prevista per il fatto compiuto.

Sotto il profilo della c.d. *diseguaglianza esterna*¹⁴⁹, il problema della disparità di trattamento, derivante dall'aver introdotto una nuova figura premiale solamente per alcune fattispecie di reato, non potendo essere risolto attraverso un'estensione indiscriminata del "premio" per la collaborazione¹⁵⁰, deve essere affrontato spostando il problema sul piano della ragionevolezza del trattamento differenziato¹⁵¹, come meglio si vedrà in seguito¹⁵².

Non sembrano invece pertinenti, con riferimento alla nuova esimente, le obiezioni tradizionalmente sollevate sotto il profilo della *proporzione tra reato e pena*. Nella fenomenologia criminosa a cui si rivolge la causa di non punibilità *ex art. 323-ter*, infatti, non pare ricorrere – almeno non in maniera strutturale – quella "asimmetria informativa" che caratterizzava la realtà criminologica del terrorismo e che è presente, oggi, in altre forme di criminalità organizzata: i concorrenti necessari dei reati di corruzione sono parti di un accordo, in rapporto tendenzialmente paritario; non si apprezza, pertanto, quel capovolgimento della relazione di proporzione tra gravità del fatto e conseguenze penali che potrebbe verificarsi nel caso delle organizzazioni terroristiche, in cui i "capi", dotati di maggiori risorse informative da offrire, finiscono per avere un più agevole accesso ai benefici della collaborazione rispetto ai gregari.

Con riferimento al profilo della *determinatezza*, infine, non sembrano cogliere nel segno le critiche formulate nel dibattito storico in relazione alle formulazioni impiegate dal legislatore per delineare i requisiti qualitativi della collaborazione fornita: l'impiego di formule elastiche per la definizione dei requisiti dell'onere collaborativo («indicazioni *utili e concrete*») può infatti essere ritenuto in certa misura fisiologico¹⁵³, per la difficile predeterminabilità di tali connotati qualitativi. Rimangono tuttavia problematici i residui profili di ambiguità, primo fra tutti quello relativo ai limiti temporali di operatività della causa di non punibilità¹⁵⁴, che rischiano di lasciare al

¹⁴⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 429.

¹⁵⁰ Sul punto, può osservarsi che l'estensione indiscriminata del "premio" per la collaborazione processuale, a fronte delle criticità evidenziate rispetto ai principi generali in materia penale, rappresenterebbe un vero e proprio capovolgimento del paradigma del diritto penale come strumento di tutela di beni giuridici: finirebbero infatti per realizzarsi le previsioni di chi, in dottrina, aveva rilevato il rischio che le norme premiali eccezionali, aumentando di numero, finissero per porsi esse stesse come regolari. Per tale opinione, cfr. G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 102, che fa riferimento alla «pericolosa tensione con le norme regolari» generata dall'aumento del numero delle «norme penali che si allontanano dai principi»; in senso analogo, F. STELLA, *La tutela penale della società*, cit., p. 333. Parla di una «naturale forza espansiva» degli strumenti premiali adottati in via eccezionale T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 544.

¹⁵¹ Per la giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato delle norme di favore, per tutte, cfr. Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 324, con nota di M. LA ROSA.

¹⁵² Cfr., *infra*, § 5.4.

¹⁵³ Ritiene peraltro «inopportuno, sotto il profilo politico-criminale, predeterminare legislativamente, una volta per tutte, le condotte che sole possono considerarsi qualificate» C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 455.

¹⁵⁴ Sui limiti temporali della causa di non punibilità, cfr., *supra*, § 2.1.

giudice un eccessivo margine di discrezionalità¹⁵⁵.

Per quanto riguarda la compatibilità della causa di non punibilità *ex art. 323-ter* con le *funzioni della pena*, sembrano valere le stesse critiche avanzate con riferimento alle fattispecie più risalenti, in particolare quelle relative alla riduzione dell'efficacia generalpreventiva. Sebbene l'effetto di allentamento della capacità di deterrenza della norma incriminatrice, dovuto alla prospettazione di un "premio" in caso di "ripensamento", riguardi in certa misura anche le fattispecie premiali rispondenti al modello codicistico, non può non rilevarsi che, in quei casi, quanto in un primo momento "perduto" in termini di efficacia deterrente, verrebbe compensato attraverso la successiva contro-condotta "reintegratoria", espressione di un effetto, sia pur tardivo, della minaccia di pena. La causa di non punibilità *ex art. 323-ter* potrebbe dunque ritenersi compatibile con la funzione di prevenzione generale solamente nei limitati casi in cui possa riscontrarsi una sua corrispondenza rispetto al modello codicistico¹⁵⁶.

5.3. Questioni relative alla dinamica dell'accertamento processuale

Molte delle criticità attinenti al piano processuale sollevate in tema di legittimità dei "premi" per la collaborazione sembrerebbero ricorrere anche nella dinamica della causa di non punibilità *ex art. 323-ter*. Si tratta, evidentemente, di problematiche connaturate alla non neutralità della scelta di collaborare e all'interesse del Pubblico Ministero ad avvalersi dell'apporto informativo del collaboratore.

Sembrano infatti doversi riscontrare analoghi rischi per l'attendibilità delle dichiarazioni e in termini di alterazione della dialettica processuale. È vero che quel "bipolarsimo" del Pubblico Ministero nel rapporto con chi abbia e chi non abbia collaborato, ravvisato con riferimento ai processi per terrorismo¹⁵⁷, sarebbe in questo caso giustificato in ragione della diversa posizione processuale del denunciante e del denunciato: come si è visto¹⁵⁸, il denunciante *ex art. 323-ter* potrebbe non trovarsi nemmeno nella posizione di imputato, ad esempio nel caso, verosimilmente più frequente, di archiviazione della notizia di reato nei suoi confronti o di sentenza di non luogo a procedere. Rimane, tuttavia, il rischio di determinare nel Pubblico Ministero e soprattutto nel giudice una presunzione di credibilità del collaboratore, tale da alterare in senso inquisitorio i normali equilibri dell'accertamento.

Per quanto riguarda il pregiudizio per il diritto di difesa, il problema sembra avere una declinazione parzialmente diversa rispetto al quadro riscontrato nel dibattito relativo alle fattispecie premiali più risalenti. Può senz'altro rilevarsi la possibile

¹⁵⁵ Per le implicazioni della carenza di determinatezza dei requisiti temporali in termini di minore attrattività della causa di non punibilità e dunque di ridotta efficacia politico-criminale, cfr. *supra*, § 3.1.

¹⁵⁶ Cfr., *supra*, § 5.1.

¹⁵⁷ Cfr., *supra*, § 4.

¹⁵⁸ Cfr., *supra*, § 2.5.

compressione delle garanzie difensive del *denunciato*, in stretta connessione con l'alterazione della dialettica processuale appena descritta e, in particolare, alla prevedibile tendenza a ritenere credibile il collaboratore. Per quanto attiene alla posizione del *denunciante*, invece, in questo caso non pare potersi ravvisare – almeno non negli stessi termini – un'ingerenza indebita nella sua strategia difensiva: attraverso l'indicazione dei due limiti temporali, la norma mira infatti ad assicurare che la scelta di auto-denunciarsi sia libera, non coartata, né indotta dall'esigenza di difendersi di fronte a una risposta coercitiva statale.

5.4. Verifica delle condizioni di legittimità

Giunti a questo punto, si tratta ora di affrontare la questione cruciale relativa al *fondamento giustificativo* delle fattispecie premiali connesse alla collaborazione, alla cui stregua misurare anche la legittimità della nuova causa di non punibilità introdotta all'art. 323-ter.

Sulla base delle opinioni formulate con riferimento alle fattispecie premiali più risalenti, potrebbe ipotizzarsi un modello giustificativo che cumuli i requisiti enucleati dagli orientamenti di Bricola e Pulitanò sopra menzionati¹⁵⁹. In tale prospettiva, una fattispecie premiale derogatoria rispetto al modello codicistico verrebbe a essere giustificata nel caso in cui: *i*) esista un interesse al «buon esito delle indagini», ovvero all'accertamento dei reati e all'individuazione dei loro autori; *ii*) tale interesse sia ritenuto di rilievo costituzionale; *iii*) tale interesse sia «prevalente» rispetto agli altri principi costituzionali lesi; *iv*) sussista una situazione di «blocco delle indagini» o «emergenza investigativa»¹⁶⁰; *v*) la situazione di «blocco delle indagini» non sia altrimenti eliminabile.

Innanzitutto, dunque, occorre prendere atto dell'esistenza, anche con riferimento ai delitti contro la P.A., di un interesse al «buon esito delle indagini», vale a dire all'individuazione degli autori di reato e all'accertamento degli illeciti. A sostegno del rango costituzionale di tale interesse, può evocarsi – come autorevolmente sostenuto¹⁶¹ – l'art. 2 della Costituzione, che riconosce «i diritti inviolabili dell'uomo» e attribuisce

¹⁵⁹ Cfr., *supra*, § 4. Deve peraltro segnalarsi che, nel commentare l'introduzione della nuova causa di non punibilità, Domenico Pulitanò ne ha sostenuto la difendibilità sul piano della legittimità costituzionale, sulla base – per citare la sentenza della Corte cost. n. 148/1983 – di un «ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco» (cfr. D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 610).

¹⁶⁰ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 407 suggerisce di rendere il termine *Ermittlungnotstand*, impiegato dalla dottrina di area germanica, con l'espressione «emergenza investigativa».

¹⁶¹ In tal senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 185. Per la rilevanza costituzionale dell'interesse alla repressione dei reati, con specifico riferimento al tema della non punibilità, cfr. anche E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, cit., p. 603; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 665.

alla Repubblica il compito di garantirli¹⁶².

I restanti requisiti, ovvero la *prevalenza* rispetto ai principi costituzionali eventualmente lesi (*iii*) e l'esistenza di una situazione di «blocco delle indagini» o «emergenza investigativa» non altrimenti eliminabile (*iv*, *v*) devono essere verificati con riferimento alla concreta dimensione criminologica dei reati in questione.

Pare doversi rilevare, infatti, che le condizioni *sub iii*), *iv*) e *v*) possano verificarsi solamente nei casi più gravi di corruzione c.d. sistemica, o comunque quando il reato sia inserito in un fenomeno associativo. È solamente in questi casi che i delitti contro la P.A., e in particolare la corruzione, potrebbero assumere una dimensione lesiva tale da far ritenere prevalente l'interesse al loro accertamento rispetto al rischio di comprimere alcuni degli altri interessi costituzionalmente garantiti (*iii*). In tali ipotesi, peraltro, sembrerebbe effettivamente esistere una situazione di ostacolo alle indagini, non altrimenti superabile, a causa della rete di omertà presente attorno al "sistema" delittuoso (*iv*, *v*).

Per contro, tali condizioni appaiono difficilmente riscontrabili nei fatti di c.d. piccola corruzione, ossia nei casi di delitti isolati, non reiterati né inseriti in una rete corruttiva stabile. In questi casi "minori", che comunque rappresentano una fetta non irrilevante del totale, non sembra infatti potersi sostenere una prevalenza dell'interesse all'accertamento dei reati rispetto alla garanzia dei principi generali in materia penale e processuale (*iii*)¹⁶³.

Il legislatore, tuttavia, non pare essersi posto nessuno dei problemi finora considerati. Il dibattito parlamentare non sembra aver tenuto in debito conto la problematicità delle tecniche premiali collegate alla collaborazione, né la necessità di verificare la compatibilità costituzionale del loro impiego, che deve essere limitato alle sole ipotesi criminose la cui repressione possa giustificare un discostamento dal modello plasmato dai principi costituzionali.

Non che una qualche forma di bilanciamento non sia presente, in effetti, all'origine della nuova causa di non punibilità e, più in generale, alla base del complessivo impianto della riforma. Si tratta, però, di un bilanciamento *presuntivo*: vi è infatti la convinzione della prevalenza assoluta dell'interesse all'accertamento dei delitti di corruzione rispetto a ogni altro interesse costituzionalmente rilevante.

La narrativa emergenziale che ha accompagnato la novella ha accostato l'*intera* fenomenologia dei delitti contro la P.A. alle più gravi forme di criminalità organizzata¹⁶⁴, traghettando la corruzione nel binario differenziato che da tempo ormai

¹⁶² Per ulteriori argomentazioni in ordine al rango costituzionale dell'interesse alla prevenzione e repressione dei reati, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 447.

¹⁶³ Come osserva anche C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 418, «non ogni emergenza investigativa legittima una previsione legislativa di premio, ma solo quel tipo di *Ermittlungsnotstand* ragionevolmente insuperabile con altri mezzi e al contempo tale da creare seri problemi per la tenuta generalpreventiva del sistema».

¹⁶⁴ Sul punto, cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 3: «In un paese quale il nostro, funestato dalla presenza di solide e possenti consorterie criminali organizzate, la corruzione può certo risultare "endemica", in quanto essa costituisce uno degli strumenti operativi d'elezione. Si tratta di un rilievo

contraddistingue, a livello sostanziale, processuale e penitenziario, la risposta penale ai reati di stampo terroristico e mafioso. Così, la nuova causa di non punibilità del denunciante-collaboratore ha fatto il suo ingresso nel codice penale tra squilli di trombe e annunci trionfanti¹⁶⁵, quale strumento della missione “spazzacorrotti” che ha dato alla legge 9 gennaio 2019, n. 3 l’ormai nota denominazione divulgativa dal sapore bellico¹⁶⁶.

6. Conclusioni

6.1. Un *trade-off* tra opportunità politico-criminale e legittimità costituzionale?

Le riflessioni compiute sino ad ora sembrano condurre alla presa d’atto di una *relazione di proporzionalità inversa* fra l’opportunità politico-criminale della nuova causa di non punibilità e la sua legittimità dal punto di vista costituzionale.

L’istituto, come si è cercato di evidenziare¹⁶⁷, pare provocare significative frizioni rispetto a molti dei principi costituzionali rilevanti in materia penale e processualpenale. L’esonero da pena del denunciante-collaboratore, a fronte della realizzazione del medesimo reato di corruzione commesso dal denunciato e in assenza di condotte reintegratorie dell’offesa, risulta infatti indebolire la funzione generalpreventiva della pena, appare di dubbia compatibilità con il principio di

plausibile, ma tutt’altro che dirimente: gli strumenti criminosi utilizzati dalle mafie si combattono con gli strumenti normativi destinate a colpirle. Una corruzione connessa alla criminalità organizzata sconterà quindi il peso della speciale repressione riservata a queste forme delinquenziali; e non si tratta certo di un peso lieve. Ma che c’entra questo con il trattamento da destinare alla corruzione, per così dire, «del cittadino»? Il savio legislatore dovrebbe saper distinguere il topo di campagna, preda di ogni gatto, dal ratto delle chiavi, che anche i soriani temono».

¹⁶⁵ Un esempio può rinvenirsi nelle parole dell’On. Stefania Ascari, in sede di dichiarazioni di voto in Assemblea, nel corso della seduta n. 102 del 18 dicembre 2018, il cui resoconto stenografico è disponibile *online*

(<https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0102&tipo=stenografico#sed0102.stenografico.tit00020>): «Lo “spazza corrotti” introduce una speciale causa di non punibilità nel caso di volontaria, tempestiva e fattiva collaborazione per tutta una serie di reati contro la pubblica amministrazione. Questo strumento, che trova applicazione nel nuovo articolo 323-ter del codice penale, favorirà le collaborazioni con lo Stato, e dunque porterà alla luce gli innumerevoli casi di corruzione. Uno strumento utile, questo, che ha dato i suoi frutti anche in procedimenti penali per altri gravissimi reati. Una buona prassi, questa, che ha avuto inizio nella nostra legislazione nel 1991, con il decreto-legge n. 8, su impulso del giudice Giovanni Falcone, che è riuscito a smantellare intere cosche mafiose».

¹⁶⁶ Per l’opinione che ravvisa la tendenza della riforma verso un diritto penale del nemico, cfr. G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, p. 591: «L’idea di descrivere un complesso di norme penali alla stregua di un supereroe della Marvel esprime con perfetta coerenza l’ispirazione populista di quella legge. Individuato il nemico sociale in una figura simbolica – “i corrotti” – grosso modo evocativa di ogni possibile condotta illecita contro la pubblica amministrazione, si rappresenta senza equivoci la finalità della riforma: eliminare quella genia di nemici. Questo è d’altronde il marchio del giustizialismo populista, che trasforma il diritto penale da Magna Charta del reo a diritto penale del nemico»; nonché T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 9.

¹⁶⁷ Cfr., *supra*, § 5.

offensività¹⁶⁸ e incide, peraltro, sul principio di uguaglianza, determinando una disparità di trattamento del collaboratore rispetto al concorrente, come anche rispetto agli autori di altre fattispecie di reato. Sussiste, infine, il rischio di un'alterazione in senso inquisitorio del modello di accertamento processuale.

In un'ottica di bilanciamento, tali profili di tensione con i principi costituzionali potrebbero semmai ritenersi temperati, secondo il modello giustificativo proposto¹⁶⁹, solamente per i casi di corruzione c.d. sistemica e/o caratterizzata da un fenomeno associativo, poiché l'elevata portata offensiva di tali ipotesi conduce a ritenere prevalente l'interesse al loro accertamento, rispetto al quale esistono difficoltà non altrimenti superabili. Tuttavia, proprio in tali casi, appare minore l'opportunità politico-criminale dello strumento premiale¹⁷⁰: da un lato, questo risulta meno efficace, per la scarsa attrattività dovuta ai maggiori costi dell'opzione collaborativa¹⁷¹; dall'altro lato, emergono rischi più elevati sotto il profilo dei potenziali effetti criminogeni legati alla possibilità che si faccia ricorso alla collaborazione¹⁷².

Viceversa, un allontanamento dai principi generali come quello evidenziato non sembrerebbe potersi permettere nei casi di corruzione di minori dimensioni, nelle ipotesi di delitti occasionali, non rientranti in un "sistema" corruttivo ed estranei a fenomeni associativi: risulta infatti meno facilmente sostenibile, in questi casi, la prevalenza dell'interesse all'accertamento rispetto agli interessi costituzionali con riferimento ai quali sono stati riscontrati profili di frizione. Il ricorso allo strumento premiale risulterebbe pertanto non consentito proprio nei casi in cui, invece, potrebbe ipotizzarsi una sua maggiore efficacia e opportunità politico-criminale, poiché risultano meno pressanti i disincentivi alla scelta di collaborare¹⁷³ e meno probabili gli effetti criminogeni¹⁷⁴.

6.2. Quali spazi per la premialità nell'ambito dei delitti contro la P.A.?

Uno spazio per le tecniche premiali nell'ambito dei delitti contro la P.A. potrebbe ricavarsi prendendo in considerazione il modello delle due già menzionate fattispecie di non punibilità previste dall'ordinamento portoghese (art. 374-B, § 1, lett. *b* e lett.

¹⁶⁸ Per l'individuazione delle limitate ipotesi in cui, invece, la causa di non punibilità potrebbe essere ricondotta al modello incentrato sulla reintegrazione dell'offesa, cfr., *supra*, § 5.1.

¹⁶⁹ Cfr., *supra*, § 5.4.

¹⁷⁰ Un più efficace mezzo di contrasto ai fenomeni di corruzione e turbativa delle opere pubbliche connessi alla criminalità organizzata può essere ricercato nell'ambito degli strumenti di prevenzione amministrativa in materia di appalti pubblici. Per alcune proposte recenti, cfr. G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, in *Amministrazione in cammino*, 21 maggio 2020.

¹⁷¹ Cfr., *supra*, § 3.1.

¹⁷² Cfr., *supra*, § 3.2.

¹⁷³ Cfr., *supra*, § 3.1.

¹⁷⁴ Cfr., *supra*, § 3.2.

c)¹⁷⁵, che appaiono incentrate su una *condotta simmetrica rispetto a quella tipica* (da parte del pubblico agente corrotto, il rifiuto dell'offerta o la restituzione dell'utilità e, da parte del privato corruttore, il ritiro della promessa o la richiesta di restituzione dell'utilità), da tenersi *prima* che si verifichi l'approfondimento dell'offesa, dalla messa in pericolo al vero e proprio danno, attraverso il compimento dell'atto o comportamento oggetto dell'accordo corruttivo.

Rientrando nella logica di reintegrazione dell'offesa, questo modello rimarrebbe nell'ambito di un diritto penale del fatto, diretto alla tutela dei beni giuridici, e risulterebbe dunque compatibile con i principi di materialità e offensività. La differenziazione di trattamento che si verrebbe a creare tra i due concorrenti necessari potrebbe peraltro trovare una più solida giustificazione nella prospettiva della prevenzione speciale. Inoltre, alla disparità di disciplina rispetto agli altri reati il legislatore potrebbe rimediare attraverso la previsione di una fattispecie di non punibilità fondata su contro-condotte reintegratorie, che si applichi quantomeno agli altri reati di pericolo contro la P.A., alle stesse condizioni (purché, quindi, non si sia ancora verificato un approfondimento dell'offesa con un vero e proprio danno al bene giuridico), senza che ciò possa alterare gli equilibri generali del sistema¹⁷⁶.

Anche con riferimento agli aspetti processuali, sembrerebbero doversi riscontrare minori criticità. L'accusa non verrebbe a basarsi – almeno non esclusivamente e non sin dall'inizio – sulle dichiarazioni del soggetto autore della contro-condotta, la cui esenzione da pena sarebbe slegata dalla scelta di una particolare opzione difensiva.

Guardato dalla prospettiva della sua efficacia politico-criminale, il modello apparirebbe comunque idoneo a determinare quella *precarietà dell'accordo corruttivo* che rappresenta uno dei fini dichiarati delle proposte in materia, in un'ottica di prevenzione, fino all'ultimo, del danno al bene giuridico tutelato. Lo strumento non avrebbe, invece, un nesso diretto con l'emersione dei fatti di corruzione¹⁷⁷, dal momento che la fattispecie "reintegratoria" potrebbe ben realizzarsi a prescindere da una denuncia. Rimarrebbe quindi il problema dell'accertamento dei fatti rispetto ai quali sia poi intervenuta la contro-condotta. Le potenzialità dello strumento si apprezzerebbero, dunque, non tanto nella prospettiva della repressione dei concorrenti, quanto nell'ottica della tutela preventiva dei beni giuridici.

Inoltre, non legando l'esclusione della pena alla denuncia e alla collaborazione,

¹⁷⁵ Cfr., *supra*, § 5.1.

¹⁷⁶ Al contrario, ciò parrebbe porsi del tutto in linea con un'ottica di garanzia dell'offensività in concreto delle fattispecie di pericolo.

¹⁷⁷ Un fine di incentivo (*rectius*, di attenuazione dei naturali disincentivi) all'emersione di fenomeni corruttivi è alla base della non meno controversa disciplina della «tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti» (c.d. *whistleblower*), introdotta all'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 dalla legge 190/2012 e successivamente modificata con legge 179/2017). In argomento, cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblower: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 475 ss.; A. RUGANI, *Profili penali del whistleblowing alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179*, in *Leg. pen.*, 3 giugno 2018; A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, *Arch. pen.*, 2020, 2, p. 1 ss.

questa soluzione sembrerebbe *maggiormente appetibile* e dotata di *minori effetti collaterali*. Per quanto riguarda il profilo dell'attrattività, deve rilevarsi, innanzitutto, che i "costi occulti" della contro-condotta appaiono decisamente più esigui. Il soggetto si limiterebbe infatti a "fare marcia indietro" rispetto alla precedente azione delittuosa: eventuali ulteriori conseguenze negative sul piano penale, extrapenale e reputazionale, non costituirebbero, in tal caso, un costo necessario della scelta "premiata", ma coinciderebbero con i normali rischi che si assume l'autore di un reato. Peraltro, una fattispecie premiale così strutturata risulterebbe priva di quel rischio di denunce strumentali che invece è stato messo in luce per l'art. 323-ter c.p.

Rimarrebbero, tuttavia, le perplessità relative ai possibili effetti criminogeni: effettivamente, anche le fattispecie "reintegratorie" qui esaminate potrebbero indurre negli ambienti criminali una maggiore selettività nella scelta delle proprie controparti.

In ogni caso, quella offerta dall'ordinamento portoghese parrebbe una soluzione più opportuna dal punto di vista politico-criminale, o comunque meno svantaggiosa nell'ottica del rapporto costi-benefici, rispetto a quella fondata su auto-denuncia e collaborazione e, soprattutto, potrebbe essere sperimentata con minori preoccupazioni dal punto di vista della compatibilità con i principi del sistema penale e con gli equilibri del processo.