
ALFREDO GAITO

ADELMO MANNA

L'estate sta finendo...

1. L'estate sta finendo... e il Governo del cambiamento, nel nostro settore, non ha ancora portato a effettivo compimento alcuna delle iniziative annunciate.

Meglio, dirà qualcuno evocando il rischio probabile di interventi ancor più distonici e incoerenti rispetto al recente passato; ma il comportamento attendistico-omissivo non ha mai portato giovamento ai mali che affliggono la macchina della giustizia penale, non soltanto sotto il profilo delle regole penali sostanziali e procedurali, ma soprattutto in riferimento ad un ordinamento giudiziario vetusto e in vasta misura superato. Nonostante i proclami elettorali, tutto pare destinato a rimanere come prima.

Pesa, come al solito nell'italico costume, la mancanza di coraggio e di determinazione.

Come è dato leggere nella presentazione dell'ultima edizione di un diffuso manuale che proprio in questi giorni compare in libreria, *«Il processo penale, insomma, la più invasiva fra le istituzioni di esercizio dell'autorità statale sul singolo, deve affrontare un'ennesima stagione di tormentata instabilità, generatrice di preoccupanti sacche di arbitrio: un mondo giuridico che da ormai troppi decenni non riesce proprio a trovare pace in regole organiche e collaudate anzitutto nella prassi e poi nelle elaborazioni dottrinali.*

Il giurista non può cionondimeno venire meno al suo compito: lavorare per ricostruire il sistema secondo criteri di razionalità e ragionevolezza, nelle coordinate costituzionali e del "giusto processo" e nelle esigenze di garanzia delle libertà individuali e di funzionalità della giurisdizione».

Dopo la pausa estiva (che speriamo sia stata per tutti rigenerante, riaccendendo gli entusiasmi rispetto a quanto ci aspetterà ora per i prossimi mesi) bisognerà impegnarsi nel delineare una sorta di minimo comune denominatore della giustizia penale europea intorno al quale ancorare i presupposti inderogabili nella futura legislazione penale sostanziale e processuale.

2. Come dimostra da ultimo l'impaccio anche del Governo del cambiamento, la risposta delle Istituzioni ai bisogni di riequilibrio della società è sempre lenta, e spesso confusa, quale che sia la forza politica egemone; sta agli studiosi del fenomeno azzardare nuove ipotesi di tentata giustizia volte a risolvere le troppe criticità emergenti, nuove e vecchie, comunque irrisolte. Non è essen-

ziale l'unità degli intenti. Mentre servono idee valide ed originali. Così, delineando con la indispensabile neutralità del giurista un sistema di argini alla crisi dei valori costituzionali, all'aggiramento dei requisiti essenziali della legalità e al cedimento dei principi basilari del processo accusatorio, potremo forse anche ritrovare una certa soglia di credibilità perduta e tornare ad esprimere una rappresentanza autorevole.

Anche nel mondo forense affiora la nostalgia per quei tempi passati, ma non da molto, che avevano visto la professione come qualcosa di nobile.

Sembra arrivato il momento buono per riabilitare un settore in declino. Cerchiamo di non lasciarci sfuggire l'occasione.

Tre, al momento, i temi attuali di maggiore rilievo. L'uno è quello della riformulazione della legittima difesa. L'altro è quello degli interventi urgenti nel settore penitenziario. Il terzo è quello dei delitti contro la p.a. La prospettata riforma della legittima difesa imporrà alcune considerazioni, non solo di metodo, prossimamente. La riforma penitenziaria è oggetto di riflessione nell'Editoriale, cui operiamo integrale rinvio.

3. Pesanti criticità riguardano diversi aspetti del disegno di legge presentato dal Ministro della Giustizia, On. Bonafede e di recente approvato dal Consiglio dei Ministri, avente ad oggetto: "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione*". La *ratio* che sta a fondamento di questo ennesimo intervento, ovviamente a costo zero, su uno dei capitoli più tormentati della parte speciale del codice penale, i delitti dei p.u. contro la p.a., consiste nel messaggio che si intende inviare ai consociati, nel senso che l'inasprimento della risposta sanzionatoria, in parziale continuità, sotto diversi profili, con la riforma della legge 69/2015, risponderebbe evidentemente all'icastico monito "il crimine non paga"¹.

Iniziando con l'aumento dei limiti edittali di pena, lo stesso si registra esclusivamente in relazione alla corruzione per l'esercizio della funzione, ex art. 318 c.p., punito con la reclusione da tre a otto anni, in luogo degli attuali limiti da uno a tre anni di reclusione. Tale riforma potrebbe risultare auspicabile tenendo conto della deprecabile tendenza della giurisprudenza a ravvisare gli estremi della corruzione propria anche in presenza di accordi corruttivi non specificamente riferiti a singoli atti contrari ai doveri d'ufficio, in tal modo so-

¹ In argomento, v. anche, PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in *Il quotidiano giuridico*, 11 settembre 2018.

Si fa inoltre presente che il saggio "*L'estate sta finendo...*" è condiviso da entrambi gli Autori, ma, per ragioni di trasparenza, si evidenzia come i paragrafi 1 e 2 sono da attribuire ad Alfredo Gaito e quelli da 3 a 5 ad Adelmo Manna.

vrapponendo quest'ultima fattispecie all'altra. Rileviamo altresì l'accorpamento di due fattispecie, nel senso che all'interno del delitto di traffico di influenze illecite, *ex art. 346-bis c.p.*, vengono collocate anche le ipotesi di millantato credito, *ex art. 346 c.p.*, in tal modo abrogato. Da un lato, infatti, la cornice edittale è quella più severa prevista dal millantato credito, dall'altro però, inopinatamente, anche la vittima della c.d. *vendita di fumo* si trasforma in soggetto attivo del reato il che appare un controsenso, sia logico, che giuridico, a meno che lo si voglia qualificare quale traffico di influenze "putativo", così non sciogliendo tuttavia, a nostro avviso, in maniera soddisfacente la *contradictio in adiecto*.

3.1. I più importanti inasprimenti della risposta sanzionatoria si registrano, però, sul terreno delle pene accessorie, in quanto si amplia il novero delle fattispecie alle quali in caso di condanna, segue l'interdizione *perpetua* di pubblici uffici; nel progetto, infatti, nel caso di condanna per i delitti *de quo* alla reclusione per un tempo superiore a due anni, la durata dell'interdizione è stata fissata ad anni cinque, se invece sui superano i due anni l'interdizione è, per l'appunto, *perpetua*. È ugualmente inasprito il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, giornalmisticamente definito DASPO, anche se tale definizione appare impropria, perché fa riferimento ad una misura di prevenzione, che infatti diventa *perpetuo* in relazione ai reati di peculato, corruzione, concussione, induzione indebita, abuso d'ufficio aggravato e traffico di influenze illecite. Questa nuova linea di politica criminale lascia fortemente perplessi perché non convince la giustificazione a livello ministeriale per cui il nostro codice penale conosce già una pena accessoria perpetua come l'interdizione dai pubblici uffici. Va, infatti, tenuto presente che questa sorta di "ergastolo ostativo" delle sanzioni interdittive si pone, a nostro giudizio, in linea di contrasto con gli articoli 3 e 27, 3° comma della Costituzione. Con il principio di uguaglianza perché tratta allo stesso modo situazioni assai diverse fra loro e, quindi, confligge con l'eguaglianza formale di cui all'art. 3, 1° comma Cost., mentre il conflitto con l'art. 27, 3° comma, si pone nel senso che, come noto, la funzione rieducativa della pena, che è una funzione co-essenziale di qualunque tipo di pena e quindi anche delle pene accessorie, presuppone necessariamente un processo di "individualizzazione" della sanzione in rapporto anche alle caratteristiche personologiche del reo, che invece, in tali casi, manca del tutto².

² Sia consentito sul punto il rinvio a MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, 910 ss. e spec. 934 ss., 940 ss.; dello stesso, v. anche, più di recente,

È pur vero che di recente la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della pena accessoria fissa di cui all'art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare, nella parte in cui prevede l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per l'inderogabile durata di anni dieci³. Va, pur tuttavia, segnalata altra sentenza della Corte costituzionale, questa volta sull'illegittimità della perdita automatica dell'esercizio della potestà genitoriale in caso di condanna per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 569 c.p.⁴; ad essa si aggiunge anche la più recente sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, 2° comma, c.p., riguardando sì una pena principale, ma sotto il profilo della mancanza di proporzionalità⁵. In definitiva le perplessità di ordine costituzionale in rapporto alla perpetuità delle sanzioni interdittive e quindi delle c.d. pene fisse, appaiono ancora rilevanti a livello dottrinario e registrano, pure nell'ambito delle oscillazioni della Corte costituzionale, anche importanti aperture. Il legislatore, quindi, avrebbe fatto bene a tener conto di tali importanti perplessità, ma sembra proprio che il legislatore della riforma non se ne sia dato affatto carico. Anzi, l'inasprimento sanzionatorio si è ulteriormente "aggravato" attraverso la possibilità per il giudice di sospendere condizionalmente la pena principale, mandando però in esecuzione le predette pene accessorie; inoltre in sede di patteggiamento con pene contenute nei due anni, il giudice può escludere dall'accordo le pene accessorie stesse. È pur vero che si è sempre criticata la riforma del 1981 che ha esteso la sospensione condizionale alle pene accessorie e quindi in teoria si dovrebbe plaudire alla riforma ordita ma il problema è che, trattandosi prevalentemente di sanzioni interdittive di carattere perpetuo, la riforma rischia di costituire un male ben più grave e altrettanto è a dirsi per quanto attiene al patteggiamento perché la facoltà di escludere dall'accordo le pene accessorie evidentemente non invoglierà l'imputato a ricorrere a tale tipo di rito alternativo e poi, in definitiva, residua il quesito di fondo legato al principio di uguaglianza-ragionevolezza:

ID, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4ª, Milano, 2017, 649 ss., con ivi ulteriori riferimenti bibliografici; in dottrina v. anche PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 725 ss., in relazione alla sentenza della Consulta n. 50 del 1980.

³ Corte cost., 31 maggio 2012, n. 134, in MANNA-RONCO, *Codice penale annotato*, Pisa, 2017, 181; analogamente già Corte cost., 3 dicembre 1987, n. 438, *ibid*, 181-182.

⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 31 del 23 febbraio 2012, in www.penalecontemporaneo.it con osservazioni di LEO.

⁵ Corte cost., sent. n. 236 del 21 settembre 2016, con commento di VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it.

perché questo inasprimento delle pene accessorie solo per i delitti dei p.u. contro la p.a. e non anche per fattispecie di maggiore gravità?

Va, inoltre, rilevato il notevole aumento del limite temporale per richiedere l'abilitazione nel caso di condanna a pene accessorie perpetue: il tempo ordinario di tre anni applicabile a qualsiasi reato, *ex art. 179 c.p.*, salirebbe addirittura a 15 anni nel caso di condanna per i reati di corruzione e anche qui il contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza appare palese. Da ultimo, in tema di affidamento in prova al servizio sociale va rilevato che la riforma esclude, in caso di esito positivo della prova, che l'estinzione degli effetti penali si estenda anche alle pene accessorie, anche qui in totale disfunzionalità con la *ratio* rieducativa caratterizzante tale fondamentale misura alternativa. In una parola come afferma icasticamente il collega ed amico Marco Pelissero: “*Terra bruciata attorno a corrotti e corruttori*”, tanto è vero che anche le sanzioni interdittive a carico degli enti per responsabilità da tali tipi di reato subiscono un consistente aumento dei limiti edittali.

3.2. Si prevede altresì l'inasprimento della “riparazione pecuniaria”, *ex art. 322-quater, c.p.*: da un lato, viene estesa anche al corruttore e, dall'altro, si introduce un elemento di discrezionalità giudiziale non controllabile, giacché l'ammontare della sanzione non è più riferito ad un dato più sicuro come il valore della tangente percepita dal pubblico agente, ma va determinato in relazione a criteri molto più labili, quali la gravità dell'offesa e comunque la riparazione stessa non può essere inferiore a 10 mila euro.

3.2.1. Quanto al regime delle misure alternative, anche qui si registra un'importante novità, seppure di segno indubbiamente negativo, giacché i reati di corruzione etc., entrano nel gruppo dei reati ostativi, di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Ciò significa che le misure alternative e la liberazione condizionale potranno essere concesse per i reati *de quo agitur* solo se il condannato collabora con l'autorità giudiziaria. Si estende, quindi, ai reati di corruzione la famosa forbice che caratterizza l'art.4-*bis*, e cioè la scelta draconiana tra il collaborare con la giustizia oppure optare, *ob torto collo*, per il regime carcerario di carattere speciale. Quanto ciò contrasti con il principio costituzionale della funzione rieducativa della pena appare assolutamente evidente, tanto è vero che la riforma in esame ha inteso proprio scartare le proposte della Commissione Giostra, volte invece a limitare proprio gli effetti dell'art. 4-*bis*.

4. Due ultimi rilievi in tema di causa di non punibilità, legata alla *collaborazione processuale* ed in tema di *operazioni di sotto copertura*. Iniziando con

il primo profilo, va rilevato che attualmente la “delazione” all’autorità giudiziaria entro un termine temporale ristretto dà luogo soltanto ad una circostanza attenuante nei reati *de quo* e quindi, evidentemente, il soggetto potenziale delatore, nell’ottica dei c.d. costi-benefici, non è certo indotto a collaborare. Se, invece, il premio relativo alla collaborazione consiste addirittura nella non punibilità, non può che connotarsi di una maggiore efficacia anche se non solo non ne vanno esagerate le potenzialità, ma sussiste pure, almeno a nostro giudizio, il fondato rischio di c.d. vendette trasversali, nel senso che l’imprenditore che, ad esempio, non è riuscito ad aggiudicarsi un appalto, può decidere di collaborare con la giustizia denunciando il pubblico agente e rischiando soltanto un’accusa per calunnia che, come è noto, in materia di dolo, comporta spesso una notevole messe di assoluzioni, proprio perché il dolo medesimo richiede, come è noto, la *certezza dell’innocenza* dell’incolpato, notoriamente assai difficile da dimostrare nella concreta prassi giudiziaria.

4.1. La progettata riforma estende, infine, la disciplina delle *operazioni sotto copertura* anche ai reati corruzione, concussione, induzione indebita e traffico di influenze, utilizzando chiaramente la figura del c.d. agente provocatore, cioè di colui il quale commette anche reati della specie di cui trattasi, ma al solo fine di individuare i concorrenti nel reato stesso. È ben noto come sussistano due posizioni alquanto diverse in dottrina ed in giurisprudenza, una più risalente e più rigorista, per cui non sarebbe comunque giustificabile un comportamento che oggettivamente e soggettivamente ha contribuito a mettere in pericolo o a ledere un bene giuridico. Sulla stessa falsariga la giurisprudenza meno recente, che infatti consentiva all’agente provocatore solo attività di osservazione, controllo e contenimento delle azioni illecite. Attualmente prevale invece giustamente una concezione più aperturista, nel senso che l’agente provocatore non può essere punito per mancanza di dolo, laddove abbia agito con il precipuo scopo di assicurare i colpevoli alla giustizia. Quanto a quei soggetti rientranti in quella categoria, che agiscono allo scopo di scompaginare le organizzazioni criminali o di reprimere lo spaccio di stupefacenti, il riciclaggio o il traffico di armi, si tende ad utilizzare sia in dottrina, che in giurisprudenza la scriminante dell’adempimento di un dovere, ex art. 51 c.p., intesa, però, in modo assai ristretto⁶. Stabilito ciò in linea generale, va però verifi-

⁶ In argomento, nella manualistica, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 7^a, Bologna-Roma, 2014, 532- 533, con ivi i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; in particolare per la tesi della scriminante, DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell’agente provocatore*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, 214 ss.; ID, *Gli “infiltrati” nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impu-*

cato se l'agente provocatore sia, o no, utile anche in rapporto ai reati di corruzione e su questo punto sia lecito mostrare seri dubbi, in quanto la funzione tipica dell'agente provocatore, proprio in rapporto ai reati di criminalità organizzata o di traffico d'armi o stupefacenti è quello di permettere, attraverso la commissione del reato o la sua istigazione, alla polizia di entrare all'interno dell'organizzazione criminale e, quindi, in questa maniera, di sgretolarla o, comunque, di individuarne i concorrenti. Tale funzione non sembra invece, in alcun modo, esercitabile in rapporto ai reati di corruzione, concussione, induzione indebita e traffico di influenze, giacché, a livello empirico criminologico, è ben noto come questi reati si risolvano in un *pactum sceleris* a due, o al massimo a tre soggetti, di cui, anzi nella concussione per costrizione uno è addirittura la vittima, per cui esteso l'agente provocatore anche a tali tipi di reato, sussiste solo, come è stato giustamente rilevato⁷, l'elevato rischio che lo stesso diventi uno strumento indebito di istigazione al reato.

5. In conclusione, per quanto riguarda il disegno di legge c.d. spazzacorrotti, si ha l'ennesima riprova di ciò a cui può condurre il c.d. populismo penale⁸, che in nome di una supposta opera di moralizzazione della vita pubblica, sacrifica però fondamentali principi costituzionali e, come abbiamo tentato di dimostrare, la stessa risposta penale rimane, in diversi settori del disegno di legge governativo, di carattere essenzialmente simbolico-espressivo.

Roma, 12 settembre 2018

nità, in *ibid*, 1993, 1049 ss.; nonché, a livello monografico, ID., *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.

⁷ Da PELISSERO, *loc. ult. cit.*

⁸ Sul c.d. populismo penale, v. autorevolmente ed in senso critico, FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; nonché PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ibid*, 123 ss.