

ATTUALITÀ

LUDOVICA STURZO

Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.

La recente Legge n. 3 del 2019, cd. legge “Spazza-corrotti”, introduce nell’ambito di reati contro la Pubblica amministrazione una nuova causa di non punibilità, volta a rendere esente da pena colui che, entro un determinato lasso di tempo, denunci volontariamente il fatto e fornisca indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato, nonché per individuare gli ulteriori responsabili. Ebbene, essendo stato il novello istituto introdotto al fine di favorire l’emersione di fatti di reato che, altrimenti, rischierebbero di restare impuniti, evidente appare la *ratio* meramente opportunistica che ha guidato il legislatore nell’opera di bilanciamento degli interessi in gioco. L’interesse a garantire un’efficace funzione investigativa ed una rapida conclusione del processo è stata difatti ritenuta prevalente rispetto l’esigenza di assicurare la pretesa punitiva nei confronti di uno dei correi. Chiarita la *ratio* dell’istituto, non resta quindi che interrogarsi sulla natura dello stesso, il quale eleva a causa di non punibilità forme di collaborazione che, diversamente, nelle restanti ipotesi codicistiche e non, sono considerate mere circostanze attenuanti. Al di là, poi, della discutibile scelta legislativa in merito alla nuova qualificazione della condotta in questione, vari sono i profili problematici che restano aperti, quali l’attendibilità e della veridicità delle dichiarazioni del correo denunciante, nonché la necessità di un raccordo tra l’art. 323 *ter* c.p. ed i restanti ambiti dell’ordinamento, come, ad esempio, il D.lgs. n. 231 del 2001 ed il D.lgs. n. 50 del 2016.

Matters of effectiveness and justice: the new cause of non-punishability concerning crimes against the Public administration.

The so-called “Corrupt-Sweeper” law - Law no. 3 of 2019 - introduces a new cause of non-punishability concerning crimes against the Public administration, aimed at exempting from punishment anyone reporting voluntarily the fact within a set amount of time and providing useful and concrete indications to ensure the proof of the crime and to identify the others responsible. The new regime, introduced in order to sanction those offences which otherwise risk to remain unpunished, highlines the merely opportunistic ratio leading the law maker to its clarification: the interest in guaranteeing the investigative function and the rapid conclusion of the trial has been considered prevalent to the punitive pretension with regard to one of the corrections.

*After the rationale, it is necessary to question the nature of this institute, since that forms of collaboration considered as mere mitigating circumstances in the remaining codicistic and non codicistic hypotheses, are now considered causes of non-punishability. Moreover, beyond the questionable legislative choice regarding the new qualification of the conduct examined, there are various problematic profiles that remain unaddressed, as the reliability and accuracy of the declarations of complainant co-rapporteur’s declarations and the connection of Article 323 *ter* of the Criminal Code and the other areas of the legal system, such as Legislative Decree no. 231 of 2001 as well as Legislative Decree no. 50 of 2016.*

SOMMARIO: Cenni introduttivi. -1. La rottura dell’indissolubile vincolo di omertà. -2. Il premio oltre il pentimento: la collaborazione processuale da circostanza attenuante a causa di esclusione della punibilità. -2.1 Tra efficacia e giustizia: il capovolgimento del rapporto tra diritto e processo penale. -3. Perplexità sostanziali: la spontaneità della denuncia e la messa a disposizione dell’*utilitas* percepita. -3.1...e perplexità processuali: la valutazione delle indicazioni utili e concrete fornite dal collaboratore. -4. Le conseguenze *praeter codicem*. -4.1. La punibilità della persona giuridica a fronte dell’impunità dell’autore del reato presupposto. -4.2. La presunta affidabilità dell’operatore economico non punibile

nell'ambito dell'affidamento di un contratto pubblico.

Cenni introduttivi. La “promozione” della condotta di collaborazione processuale da mera circostanza attenuante a causa sopravvenuta di non punibilità, nell'ambito dei reati contro la Pubblica amministrazione, lascia intendere un *revirement* del legislatore nella strategia da adottare per contrastare l'apparentemente inestirpabile fenomeno corruttivo.

In altri termini, conscio dell'inefficacia delle misure sanzionatorie adottate in materia ed esponenzialmente repressive, il legislatore muta atteggiamento ed opta per il ricorso alla tecnica premiale, promettendo la non punibilità a colui che non desiste né recede, bensì si “ravvede”.

Sui generis senz'altro come forma di ravvedimento, considerata la subordinazione dell'operatività della causa di non punibilità in questione alla mera autodenuzia del fatto commesso, con annesso scarico della responsabilità *tout court* in capo alla controparte del *pactum sceleris*, nonché con messa a disposizione non del profitto del reato, bensì della sola “utilità percepita”.

Ad oggi, dunque, l'art. 323-ter c.p. garantisce la non punibilità di colui che, commesso uno dei delitti dallo stesso annoverato, spontaneamente e tempestivamente denunci il fatto, fornendo indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuarne i relativi responsabili.

Ora, al di là della compatibilità delle cause sopravvenute di non punibilità con la funzione general preventiva del diritto penale, ciò che desta maggiori perplessità riguarda, per un verso, la scelta legislativa di erigere a causa di esclusione della pena quella stessa condotta di collaborazione processuale che, nelle restanti ipotesi codicistiche e non, risulta trattata alla stregua di una mera circostanza attenuante.

Per altro verso concerne, poi, la diversa logica sottostante il riconoscimento di tale “premio” da parte dell'ordinamento, non apparendo la condotta di collaborazione ivi prospettata concretamente idonea a reintegrare il bene giuridico tutelato dalla norma violata.

Ebbene, essendo stata la previsione in questione introdotta al solo fine di «rompere il muro di omertà e la catena di solidarietà che protegge fattispecie tipicamente bilaterali, al fine di acquisire elementi probatori di norma molto difficili da assicurare al processo», parrebbe quasi che, in un presunto bilanciamento di interessi, l'interesse processuale all'accertamento del reato e dei relativi, *rectius* restanti, colpevoli, sia stato dall'ordinamento ritenuto preminente rispetto all'esercizio della propria potestà punitiva nei confronti di uno degli autori dello stesso.

Non il pentimento, dunque, ma il mero contributo al rapido e fausto esito

delle indagini comporta il conseguimento del “premio” della non punibilità, secondo una valutazione puramente opportunistica svolta dal legislatore, che sembrerebbe lasciare prevalere l’esigenza di efficacia del sistema penale pur di contrastare “ad ogni costo” il fenomeno corruttivo, anche se, in fondo, solo parzialmente.

1. *La rottura dell’indissolubile vincolo di omertà.* Fenomeno apparentemente incontrastabile quello corruttivo, impermeabile di fronte ai molteplici interventi riformatori susseguitisi nel corso del tempo, comunemente ispirati da una generale preoccupazione di matrice europea innanzi le incredibili statistiche nazionali in materia.

Eppure, la riconducibilità al novero dei soggetti attivi degli incaricati di pubblico servizio, la semplificazione probatoria effettuata mediante la sostituzione della specificità dell’atto con la genericità dell’asservimento della funzione da parte del pubblico ufficiale, nonché il progressivo inasprimento delle pene, non sono parse misure sufficienti a ridurre lo scarto intercorrente tra criminalità reale e registrata, lasciando immutata l’entità della cd. “cifra nera”¹. Questione quest’ultima in realtà solo apparentemente inspiegabile se si considera il cuore del reato di corruzione, ovvero sia il *pactum sceleris* conclusosi tra corrotto e corruttore a danno di un soggetto terzo ignaro ed inconsapevole, coincidente normalmente – come insegna la migliore scienza ed esperienza – con la collettività *lato sensu* intesa, stante il bene giuridico dalla norma tutelato².

Presentandosi, difatti, il reato di corruzione come tipico “reato-contratto”, si deduce la *voluntas legis* di vietare la conclusione stessa dell’accordo - *do ut facias/facio ut facias/do ut des/facio ut des* - intercorso tra privato e pubblico ufficiale, configurandosi consequenzialmente la fattispecie come reato plurisoggettivo a concorso necessario proprio, laddove entrambi i soggetti saranno ritenuti penalmente perseguibili e punibili.

Stando così le cose, ben si comprende la ragione per cui tale categoria di reati

¹ DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, 35-36.

² SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, 26, 93, il quale ritiene che il bene protetto sia un bene istituzionale, consistente nel corretto adempimento da parte dei pubblici agenti dei loro doveri funzionali. Conforme, PADOVANI, *La Spazza Corrotti. Riforma delle illusioni ed illusioni della Riforma*, in *questa Rivista*, fasc. n. 3, 2018, 8, per cui «nella corruzione il versante offensivo gravita sulla condotta del pubblico agente: è da lui che l’ordinamento esige fedeltà, secondo la concezione germanica della corruzione che ha ormai da tempo scalzato, nel nostro sistema penale, la concezione romanistica, strettamente connessa al mercimonio dell’atto».

si caratterizzi per un'inesistente percentuale di denuncia, mancando chiaramente il soggetto disposto a procedere alla scoperta del fatto penalmente rilevante, derivandone da ciò un'automatica autoincriminazione.

Il carattere bilaterale e privatizzato del sinallagma contrattuale lo rende dunque indissolubile, non sussistendo alcuna valida ragione per la quale uno dei due paciscenti dovrebbe pervenire alla denuncia del fatto illecito.

Evidente allora la *ratio* del recente intervento riformatore, avvenuto con la l. n. 3 del 2019³ e tendente proprio a rompere quel vincolo di omertà reciproca a garanzia dei soggetti agenti, al fine di favorire l'emersione della fantomatica cifra nera attraverso l'introduzione di un'apposita causa di non punibilità in capo al soggetto denunciante.

Ebbene, nonostante l'introduzione dell'art. 323 *ter* c.p. possa sembrare una misura fortemente innovativa, nonché distonica rispetto alla restante *intentio* della riforma, in verità essa non fa altro che riprodurre quanto già oggetto della c.d. «Proposta di Cernobbio» («*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti*»)⁴, al tempo fortemente criticata da tutti coloro che propendevano per la prevalenza della funzione retributiva del diritto penale.

Quest'ultima, inevitabilmente legando il reato alla pena, portava i relativi fautori a rifiutare *tout court* la sola idea della configurazione di cause di non punibilità come strumento di rafforzamento dell'efficacia general preventiva della norma penale.

A tali critiche si aggiungeva poi, allora come ora, chi sottolineava l'incoerenza di un intervento che, per un verso, inasprisse fortemente le pene e, per un altro, concedesse un "condono"⁵ a colui che si fosse ravveduto entro un determinato lasso di tempo, determinandosi così al contempo un'ingiustificata disparità di trattamento tra imputati di reati diversi, in violazione del disposto di cui all'art. 3 cost.

³ Recante «*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*», cd. Legge «Spazzacorrotti».

⁴ *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 919 e ss. L'art. 10 della Proposta prevedeva una causa di non punibilità per il corruttore o il corrotto che, prima che la notizia di reato fosse ascritta nel registro generale a suo nome, e, comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunciasse, fornendo indicazioni utili per l'individuazione degli altri responsabili.

⁵ SGUIBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, op. cit., 941. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 407 e ss., secondo cui la normativa premiale permetterebbe al reo di «adattare la tutela al comportamento successivo al reato, stimolando la reintegrazione di un interesse non ancora irrimediabilmente offeso».

I sostenitori della Proposta, diversamente, sottolineavano la tendenziale inutilità – col senno del poi confermata dalla prassi – tanto di una strategia di inasprimento delle sanzioni per illeciti caratterizzati dal vincolo dell’omertà, che funge da garanzia di impunità, quanto della previsione di una mera riduzione di pena per colui che denuncia⁶, necessitandosi, piuttosto, di un elemento talmente convincente per il reo da essere in grado di insinuarsi nel *pactum sceleris* creando un clima di dubbio circa l’indissolubilità del vincolo, in modo tale da disincentivare la condotta criminosa degli agenti.

Ora, al tempo di Cernobbio prevalse la tesi contraria all’introduzione della causa di non punibilità in questione, ritenendosi la stessa frutto impulsivo di una “moda passeggera”, conseguente allo scandalo “Tangentopoli”, e contraria a molteplici principi costituzionali.

A distanza di anni il legislatore, probabilmente esasperato dall’inefficacia delle misure repressive sino a quel momento adottate⁷, decise tuttavia di mutare orientamento, riavvicinandosi parzialmente alla filosofia della Proposta cernobbiese, ma non sospingendosi tuttavia sino all’impavida introduzione di una causa sopravvenuta di non punibilità, fermandosi prima, con l’introduzione di una circostanza attenuante ad effetto speciale⁸.

Quest’ultima, disciplinata ai sensi dell’art. 323 *bis* c.p., prevedeva la riduzione della pena sino ai due terzi per tutti coloro che si fossero efficacemente adoperati per evitare che l’attività criminosa fosse portata a conseguenze ulteriori,

⁶ STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, op. cit., 935 e ss. L’A. ricorda come «uno dei beni più preziosi per i colletti bianchi è l’immagine, che sarebbe brutalmente distrutta da una condanna. Orbene, certamente non serve a nulla la proposta di uno sconto di pena per chi confessa: è impensabile che un imprenditore, un ministro, sapendo che sarà condannato, sia pure con lo sconto, vadano a denunciare il fatto».

Parimenti, in epoca successiva, DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU.*, 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 5, 2014, 1482-B, scrive «solo la stampa estera e l’opinione pubblica male informata hanno potuto credere che anche una riforma migliore di quella attuata potesse risolvere in termini penalistici un problema di cultura, di mentalità, di storia plurisecolare dei rapporti con le istituzioni. Il potere dell’accusa, infatti, vive qui dell’indignazione dei privati, e prima di chiedere loro atti anticipati di eroismo civico (resisti immediatamente per non diventare complice), lo Stato dovrebbe dare ad essi un senso di appartenenza (non sono qui pronto a colpirti appena sbagli un po’). Poiché distribuiamo premi per la collaborazione persino nei reati patrimoniali sul *made in Italy*, oltre che nel furto, nella ricettazione etc., non riusciamo a comprendere perché non si siano potuti prevedere proprio qui casi di attenuazione della pena, per collaborazioni sopravvenute».

⁷ Per ripercorrere le cause che probabilmente hanno spinto il legislatore a introdurre la circostanza vedi MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Dir.pen.cont.*, 2015, p. 10.

⁸ Introdotta dalla Legge 27 maggio 2015, n. 69, recante “*Disposizioni in materia di delitti contro la Pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*”.

per assicurare le prove dei reati e per individuare gli altri responsabili, nonché per il sequestro delle somme o delle utilità trasferite.

Evidente come la norma si ponga perfettamente in linea con gli istituti di carattere premiale tipici della legislazione di emergenza⁹ ed accomunati dalla volontà di incentivare tutti i possibili fenomeni di effettiva dissociazione all'interno delle organizzazioni operanti nel campo dell'illegalità diffusa ossia della corruzione sistemica.

In altri termini, mediante la promessa di un trattamento sanzionatorio più tenue, lo Stato si garantiva la collaborazione processuale di uno dei correi della fattispecie corruttiva, riuscendo in tal modo a sciogliere il vincolo di omertà intercorrente tra i concorrenti del reato ed entrando in possesso di informazioni altrimenti tendenzialmente impossibili da ottenere.

Ciononostante, la mera applicazione di un'attenuante, seppur ad effetto speciale, non appariva una contropartita sufficiente per insinuarsi¹⁰ nel *pactum sceleris*, «*svolte indagini e comunque, non oltre quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denunci volontariamente e fornisca indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e l'individuazione degli altri responsabili*», mettendo al contempo a disposizione «*l'utilità percepita o, in caso d'impossibilità, il suo equivalente monetario*».

2. Il premio oltre il pentimento: la collaborazione processuale da circostanza attenuante a causa di esclusione della punibilità. Stante la funzione preventiva del diritto penale, non esiste ad oggi per il soggetto agente del reato un obbligo penalmente sanzionato di rimuoverne le conseguenze dannose, ragion per cui qualora questi, ciononostante, assuma spontaneamente tale atteggiamento di "ravvedimento", l'ordinamento, riconoscendo la meritevolezza della con-

⁹ BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*. «Come negli anni '80 per tutta una serie di attentati terroristici si era dovuto varare una "legislazione dell'emergenza" (peraltro, a risposta differenziata, tendente cioè a coniugare rigore sanzionatorio e benefici premiali), così, oggi, il legislatore ha pensato bene di fronteggiare il dilagare del fenomeno corruttivo adottando la stessa strategia politico-criminale differenziata, mediante, da un lato, l'inasprimento della risposta penale sul piano del trattamento punitivo, dall'altro, mediante la previsione di un trattamento di favore per chi, ravvedutosi, crea una frattura nel sodalizio criminoso aiutando concretamente ed efficacemente le autorità inquirenti, fornendo alle stesse dati conoscitivi rilevanti o per l'assicurazione delle prove dei reati o per l'individuazione degli altri soggetti responsabili o per il reperimento e sequestro delle somme e delle altre utilità trasferite all'*intranseus*».

¹⁰ PADOVANI, *La soave inquisizione, osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Rivista ita. dir. pen. proc.*, 1981, 541: «non la minaccia, ma a speranza, non la tortura, ma la mitezza costituiscono il veicolo di penetrazione, l'inquisizione si è fatta soave, ma la logica è la stessa, ispirata all'intervento diretto sull'imputato che viene sollecitato a trasformarsi in mezzo di prova, a rendersi cooperatore attivo della ricerca processuale sotto la presenza di stimoli adeguati».

dotta non richiesta, ne promuove consequenzialmente il relativo trattamento premiale.

Questa, difatti, la *ratio* alla base dell'attenuante di parte generale di cui all'art. 62 n. 6 c.p.¹¹, coincidente per l'appunto con la *voluntas legis* di "prolungare" la tutela del bene «dalla prevenzione dell'offesa alla reintegrazione del danno cagionato» attraverso la valorizzazione di quei comportamenti "positivi" - *rectius* meritevoli - del reo che, ponendosi in antitesi rispetto a quanto già commesso con il reato,¹² giustifichino una reazione meno rigorosa da parte dell'ordinamento¹³.

Ebbene, proprio traendo spunto dalla generale circostanza attenuante suddetta, sono state nel corso del tempo introdotte, nella parte speciale codicistica, nonché *extra codicem*, un numero sempre crescente di circostanze attenuanti ad effetto speciale ispirate al *favor reparandi*¹⁴, in quanto tese ad «incentivare, rendendole vantaggiose, in rapporto alle conseguenze sanzionatorie, certe condotte dell'agente del reato ritenute corrispondenti agli interessi del sistema giuridico»¹⁵.

Tra queste vi rientrano pienamente le c.d. attenuanti "premiali", ovvero sia quelle *species* di circostanze che trovano applicazione in presenza di un comportamento virtuoso del reo di natura risarcitoria, riparatoria, nonché di collaborazione processuale, attraverso cui l'autore del reato dimostri di aver «invertito la rotta»¹⁶ rispetto la precedente attività criminosa.

Proprio in riferimento alle attenuanti premiali di parte speciale, spiccano quelle aventi ad oggetto la condotta di collaborazione processuale da parte dell'autore del reato, di cui si ritrovano vari esempi nelle fattispecie di cui agli

¹¹ Per cui si applica la riduzione della pena sino ad un terzo per colui che *prima del giudizio abbia riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso e, quando possibile, mediante le restituzioni; o si sia prima del giudizio e fuori dal capoverso dell'art. 56 c.p., adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.*

¹² MERENDA, *La pena attenuata tra equità e premio*, in *questa Rivista*, 2017, 786-808.

¹³ Così, *ex plurimis*, PADOVANI, *La soave inquisizione, osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529.

¹⁴ Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016. Rileva l'A. come «la circostanza attenuante in esame possiede certamente anche una componente riparatoria, come si rileva dalla necessità del risarcimento integrale del danno, tuttavia è innegabile che l'applicazione giurisprudenziale vi abbia dato minima importanza, continuando a ribadire che l'art. 62, n. 6, c.p. è un mezzo apprestato dall'ordinamento non tanto per favorire la soddisfazione degli interessi patrimoniali della persona offesa, quanto per premiare i comportamenti del reo che rappresentino un indice di ravvedimento e, di conseguenza, di diminuita pericolosità sociale.»

¹⁵ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 831.

¹⁶ DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, volume II, a cura di BRUNELLI, Torino, 2011, p. 889 e ss.

artt. 625 *bis* e 648 *ter* 1 co. 6 c.p. in materia di reati contro il patrimonio, ovvero ancora in quella di cui all'art. 630 co. 5 c.p. relativamente al delitto di sequestro di persona¹⁷, nonché, infine, la disposizione di cui all'art. 323 *bis* c.p. in materia di reati contro la Pubblica amministrazione¹⁸.

Anche in ambito extra codicistico poi - in un'ottica emergenziale necessitata dal dilagare del fenomeno di criminalità organizzata, terroristico¹⁹ e di traffico di stupefacenti²⁰ - il legislatore ha previsto diverse forme di attenuazione della pena in caso di collaborazione processuale da parte dell'autore del reato, nella piena consapevolezza della potenzialità distruttiva che la promessa di un trattamento più favorevole avrebbe potuto scatenare nei confronti della solidità del vincolo associativo²¹.

Ebbene, stando così le cose, sicuramente *sui generis* appare la scelta legislativa di erigere a causa di non punibilità, ai sensi dell'art. 323 *ter* c.p., quella medesima condotta collaborativa che risulta essere, nella maggior parte dei restanti casi e nell'ambito degli stessi delitti avverso la Pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 323 *bis* c.p., trattata alla stregua di una mera circostanza attenuante, seppur "premiabile".

Ora, al fine di comprendere la *ratio* di tale *revirement* legislativo e di indagarne, se del caso, la legittimità, occorrerà preliminarmente delineare la natura giuridica dell'istituto novello in questione.

È noto difatti come, accanto a cause estintive della punibilità, che sopravven-

¹⁷ In ordine al delitto di furto, l'art. 625 *bis* c.p. introduce un'attenuante ad effetto speciale per chi, prima del giudizio, *abbia consentito l'individuazione dei correi o di coloro che abbiano acquistato, ricevuto od occultato la cosa sottratta o si siano comunque intromessi per farla acquistare, ricevere od occultare*. Similmente, l'art. 648 *ter* 1, disciplinando il delitto di auto riciclaggio, al co. 6 c.p. determina la diminuzione della pena sino alla metà per colui che si sia *efficacemente adoperato per assicurare la prova del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal reato*. Infine, l'art. 630 c.p. introduce un'ulteriore circostanza attenuante ad effetto speciale nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, *si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenza ulteriori ovvero aiuti concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti*.

¹⁸ Vedi *supra*, p. 5 e ss.

¹⁹ L'art. 4, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625 - convertito nella legge l. 6 febbraio 1980, n. 15 - disciplina accanto all'ipotesi di ravvedimento processuale, un'ipotesi di ravvedimento di carattere sostanziale che consiste *nell'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori*.

²⁰ L'art. 74 co. 7, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, in ambito di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, prevede una diminuzione delle pene previste dai commi da 1 a 6 dalla metà a due terzi *per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti*.

²¹ MERENDA, *op.cit.*, p. 18, per cui nell'ambito dei reati associativi, «la collaborazione del partecipe risulterebbe finalizzata alla «neutralizzazione non tanto della singola offesa ma del contesto criminoso» di appartenenza, contribuendo quindi alla salvaguardia degli interessi messi in pericolo dalla persistenza delle organizzazioni criminali».

gono in un momento successivo rispetto al perfezionamento del reato ed incidono sulla sola punibilità del soggetto agente per cause esterne o addirittura contrastanti con la tutela del bene giuridico tutelato dalla norma²², si profilano le cd. cause sopravvenute di non punibilità.

Queste ultime, diversamente dalla prime, intervengono piuttosto come *extrema ratio* del diritto penale, laddove la norma incriminatrice non abbia in concreto funzionato, al fine di tutelare alternativamente il bene giuridico attraverso il ripristino dello *status quo ante* ovvero l'eliminazione degli effetti ulteriormente lesivi del fatto realizzato²³.

In altri termini, secondo la teoria prevalente, le cause sopravvenute di non punibilità non si pongono in contrasto con la funzione preventiva del diritto penale, ma si limitano a produrre la propria capacità dissuasiva non mediante una «deterrenza cieca», quanto piuttosto mediante «una dissuasione funzionale alla salvaguardia di beni giuridici la cui lesione costituisce il danno sociale intorno a cui deve gravitare il reato»²⁴.

È quanto avviene ad esempio ai sensi dell'art. 387 co. 2 c.p., laddove il custode entro tre mesi dall'evasione dell'arrestato o del detenuto ne procura la cattura, ovvero ai sensi dell'art. 463 c.p. ove l'agente impedisca la contraffazione, l'alterazione, la fabbricazione o la circolazione delle *res* oggetto dei relativi delitti avverso la fede Pubblica, oppure ancora ai sensi dell'art. 655 u.c. c.p. per colui che si ritira dalla radunata sediziosa anteriormente all'intervento dell'autorità giudiziaria.

È evidente allora come le suddette ipotesi siano tutte accomunate da un riavvicinamento dell'agente al valore del bene giuridico protetto della norma violata²⁵, prevedendo la non punibilità in ragione di una tutela *ex post* dello stes-

²² Il riferimento è chiaramente alle cause estintive della pena, quali la morte del reo ovvero la prescrizione del reato che, presentandosi come fattori esterni rispetto al fatto di reato, non ne partecipano del carattere offensivo, ponendosi in una posizione di contraddittorietà o indifferenza rispetto al bene giuridico tutelato.

²³ MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, p. 798, IX Ed., Padova, 2015. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. 'Prenio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 407 ss. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiata e diritto penale*, in *Diritto premiatale e sistema penale* (atti del convegno di Como 1981), Milano, 1983, p. 126; anche PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3a Ed., Padova, 1985, p. 191. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 1007, scrive «per la funzione di tutela del medesimo bene, tutelato dalla norma incriminatrice, il trattamento premiatale per condotte reintegratorie è tradizionalmente adottato ed è ritenuto coerente con i principi fondamentali di un sistema penale orientato alla protezione dei beni giuridici».

²⁴ COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014, p. 13 e ss.

²⁵ PADOVANI, *La soave inquisizione, op.cit.*, p. 532. L'A. scrive: «La tipicità del fatto finisce, per con-

so mediante il ripristino al suo *status quo ante*.

Tuttavia, sovente accade che il risultato di “*restitutio in integrum*” della situazione ante reato, cui l’ordinamento in definitiva mira attraverso la previsione di suddette cause, si ottenga piuttosto attraverso una condotta postuma del reo che, lungi dall’evidenziare un impegno personale di quest’ultimo in favore della vittima e dei beni aggrediti²⁶, si sostanzia in una riparazione di tipo meramente pecuniario²⁷.

D’altronde, è noto come la discrezionalità costituzionalmente riservata al legislatore in merito alle scelte di incriminazione di determinati fatti si riproduca specularmente anche nella scelta di quest’ultimo in ordine alla non, ovvero alla minore, punibilità dei medesimi fatti²⁸, nonché, secondo un’ulteriore tesi²⁹, nella possibilità di porre a fondamento della scelta premiale anche interessi

trapposizione, col delineare la tipicità stessa dell’ipotesi di ravvedimento. Tale caratteristica esprime sul piano formale quel che sul piano sostanziale esprime il secondo profilo strutturale, il quale dipende dal nesso che unisce ciascuna delle singole fattispecie “premiali” all’interesse offeso dalla condotta criminosa».

²⁶ MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017.

²⁷ Esemplicative il tal senso appaiono le ipotesi di estinzione del reato di insolvenza fraudolenta nel caso di adempimento sopravvenuto dell’obbligazione ex art. 641, co. 2, c.p. ovvero ancora quella generale, recentemente introdotta, di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all’art. 163 *ter* c.p., già similmente prevista in ambito societario a seguito della Riforma del 2015. Appare evidente come, in tali evenienze, pur assistendosi ad una riparazione concreta del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento nonché, ove possibile, mediante l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, non si realizzi quel riavvicinamento del reo al valore giuridico tutelato dalla norma, configurandosi piuttosto una «monetizzazione della responsabilità penale», con chiari fini processual deflattivi. Così, EUSEBI in *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1997, p. 829, parla di un momento riparatorio che dovrebbe consistere in una “riassunzione della responsabilità” da parte dell’autore dell’illecito e di una ricomposizione della relazione con la vittima. MERENDA, *op.cit.*, p. 15. CARCANO, *Giustizia riparativa con uno sguardo alla nuova disciplina delle “condotte riparatorie”*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2018, p. 4038, scrive «se si esamina attentamente l’istituto sembra apparire chiara ratio deflattiva, in tal modo rendendo anche l’erroneo l’accostamento dell’art. 162 *ter* c.p. alla giustizia riparativa, che opera e vive - e svolge il suo importante ruolo sistematico - con modalità tutte differenti rispetto a quelle delle «condotte riparatorie»; non si tratta di un procedimento in cui la vittima, insieme con il reo e/o con gli altri soggetti o membri della comunità, partecipa attivamente alla «questione emersa dall’illecito» ciò che è invece l’essenza della giustizia riparativa». Per maggiori approfondimenti, cfr. MEZZETTI, *op.cit.*

²⁸ RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 418. BRICOLA, *op. cit.*, p. 135 e ss. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2 e 3, della costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Questione criminale*, 1980, p. 229 e ss. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 484 e ss.

²⁹ BRICOLA, *op.cit.*, p. 135, ritiene che il Legislatore, «pur non essendo del tutto libero nella conformazione delle fattispecie premiali - sia sotto il profilo degli interessi dei quali essi devono risultare espressione, sia sotto il profilo dei vincoli di struttura - potrebbe porre a fondamento di scelte premiali anche interessi costituzionali diversi da quelli immediatamente protetti dalle singole norme incriminatrici, come, ad esempio, l’interesse alla rieducazione del reo o alla repressione dei reati».

costituzionalmente diversi da quelli immediatamente protetti dalle singole norme incriminatrici.

Tanto premesso, resta quindi da capire se sia coerente con tale impostazione di fondo la scelta di trasformare in una causa sopravvenuta di non punibilità la condotta processual-collaborativa del reo che, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, si limiti a denunciare e fornire indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili in merito ai reati di cui agli artt. 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 322 *bis*, 353, 353 *bis* e 354 c.p.

In altri termini, appare legittimo domandarsi se codesta condotta sia realmente idonea ad assicurare un'alternativa di tutela del bene giuridico dalla stessa lesa, ovvero sia il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica amministrazione³⁰, ovvero ancora altro bene giuridico dal legislatore ritenuto preminente, e quindi, perciò solo, sia legittimata a giustificare il riconoscimento statale della non punibilità.

Difatti, partendo dal presupposto per cui il requisito della punibilità attiene al «dover essere della pena dopo la commissione del reato», la non punibilità dovrà necessariamente restare radicata alla valutazione di determinati criteri di valore riconducibili alle funzioni proprie della pena, dovendosi, in altre parole, giustificare la sua operatività esclusivamente in presenza di istanze generalpreventive o specialpreventive³¹.

Da ciò ne deriva che, ogni qual volta il legislatore disancori l'operatività della stessa dalle valutazioni proprie della funzione punitiva, ponendo la non punibilità su un piano «eccentrico» rispetto a quello dell'offesa ed utilizzandola piuttosto come pura «merce di scambio», allora si è di fronte ad un uso patologico della norma penale, piegata ai bisogni di volta in volta ritenuti preminenti.

Ora, lungi dal ritenere questa la sede opportuna per svolgere un giudizio di

³⁰ A favore, COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, fasc. 2, p. 374. Secondo l'A., si tratterebbe di «un istituto analogo alle altre cause di non punibilità sopravvenuta, con cui condivide il requisito essenziale della conseguita tutela del bene, pur concernendo un reato a concorso necessario quale la corruzione, riguardo a cui è sufficiente per ottenere il risultato di tutela, ed è dunque meritevole di conseguire la non punibilità, la contro condotta di uno solo dei concorrenti necessari, ancorché nulla impedisca che tutti concordemente provvedano a denunciare il reato».

³¹ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, *op.cit.*, scrive «In presenza della negazione dell'esigenza punitiva (...) si profila la caduta di un'esigenza correlata al senso stesso del punire: dell'esigenza di prevenzione generale sottesa alla tutela dei beni giuridici; dell'esigenza di prevenzione generale e di prevenzione speciale attribuibile all'esecuzione della condanna; dell'esigenza di prevenzione generale connessa all'attuazione della minaccia edittale».

ragionevolezza sulla nuova previsione di cui all'art. 323 *ter* c.p., non si può tuttavia trascurare come, assumendo come *tertium comparationis* le molteplici disposizioni di legge *supra* menzionate, di norma il legislatore abbia ritenuto la medesima condotta adatta all'applicazione di una mera circostanza attenuante e non di una causa di non punibilità.

Tuttavia, vi potrebbe essere chi, criticamente, risolve la questione guardando alla subordinazione dell'applicabilità del 323 *ter* c.p. alla messa a disposizione dell'*utilitas* percepita dal reo o, in caso d'impossibilità, del suo *tantundem* monetario ovvero ancora *dell'indicazione di elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo*.

Ma, anche qui, difatti, assumendo come *tertium comparationis* un istituto affine, quale quello della *voluntary disclosure*, sarà possibile notare come, in tale ultima ipotesi, il legislatore abbia sottoposto l'operatività della causa di non punibilità per determinati reati tributari di stampo dichiarativo non solo al pagamento di quanto dovuto, ma anche delle imposte maggiorate e delle relative sanzioni ed interessi³².

Diversamente, la mera restituzione del prezzo della controprestazione oggetto del *pactum sceleris* non denota un riavvicinamento del reo ai valori dell'ordinamento, limitandosi piuttosto egli a neutralizzare gli effetti lesivi della propria condotta, ma senza porre in essere alcuna misura di tutela *ex post* del bene giuridico protetto dalla fattispecie violata.

È innegabile, quindi, come la condotta di collaborazione del corrotto/corruptore pentito non possieda, in realtà, alcuna capacità reintegrativa rispetto al delitto da questi commesso avverso la Pubblica amministrazione, rispondendo ad una logica diversa da quella del mero pentimento dell'autore del reato - e manifestatosi attraverso un riavvicinamento al bene giuridico leso - ed attinente piuttosto «ad un piano decisamente eccentrico rispetto al piano della lesione criminosa: quello dello svolgimento e degli esiti del processo penale»³³.

³²Introdotta ai sensi dell'art. 5 *quinquies* della L. 167/1990, così come modificato dalla L. 186 del 2014 recante “*Disposizioni in materia di emersione e rientro dei capitali detenuti all'estero, nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di riciclaggio e di autoriciclaggio.*” Anche ivi, il Legislatore, col preciso fine di tutelare l'interesse finanziario nazionale all'introito di somme altrimenti definitivamente sottratte all'Erario, ha disposto come effetto favorevole derivante dalla collaborazione volontaria del contribuente infedele con l'Amministrazione Finanziaria - cd. *voluntary disclosure* - la non punibilità per i reati di cui agli artt. 2-3-4-5-10 *bis*-10 *ter* d.lgs. 74/2000, nonché dei connessi reati di riciclaggio ed autoriciclaggio dei proventi dai primi derivanti.

³³ PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 1986, p. 1013. Similmente, MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 124, sottolinea come il fatto che nelle attuali figure premiali il vantaggio segua au-

2.1. *Tra efficacia e giustizia: il capovolgimento del rapporto tra diritto e processo penale.* Alla luce di quanto sin qui detto, appare incontestabile come, nell'operazione di presunto bilanciamento³⁴ di interessi svolto dal legislatore al fine di enucleare la causa di non punibilità in questione, questi, guidato da mere ragioni di opportunità³⁵, abbia ritenuto infine prevalente l'interesse a garantire la funzione investigativa e, conseguentemente, la rapida conclusione del processo, sacrificando al contempo la pretesa punitiva nei confronti di uno dei correi.

La *ratio* del *revirement* legislativo relativa alla promozione della condotta collaborativa da circostanza attenuante a causa di non punibilità si deve allora rinvenire in una mera scelta opportunistica e discrezionale del legislatore, che rinuncia alla propria potestà punitiva per ottenere la collaborazione dell'autore del reato, in assenza della quale lo Stato non si dimostrerebbe in grado di giungere ad un pieno accertamento del fatto medesimo.

Il premio per la collaborazione processuale di cui all'art. 323 *ter* c.p. esula, dunque, dalla valutazione del comportamento virtuoso del soggetto reo pentito, collocandosi piuttosto nel "campo di tensione" della funzionalità del sistema penale, tra giustizia ed efficacia dello stesso³⁶, divenendo strumento uti-

tomaticamente alla volontaria prestazione della collaborazione finisce per spezzare il naturale collegamento con (gli scopi della) prevenzione speciale.

³⁴ Corte Cost., sent. n. 148/1983, dep. 3 marzo 1983, sul bilanciamento di interessi fondante l'enucleazione legislativa delle cause di non punibilità: «ben altro è invece il caso delle cause di non punibilità, stabilite in vista dell'esercizio di determinate funzioni. Norme siffatte abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali; ma non è indispensabile - ad avviso della Corte - che il fondamento consista in una previsione esplicita. All'opposto, il legislatore ordinario può bene operare in tal senso al di là delle ipotesi espressamente previste dalle fonti sopraordinate, purché le scriminanti così stabilite siano il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco». Di bilanciamento "perpetuo" in relazione a cause di non punibilità collegate a sanatorie, condoni, rinunce alla pena, forme estintive per sopravvenute condotte riparatorie e collaborazioni processuali discorre DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pag. 559. Anche secondo STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1984, p. 633, «la negazione di una totale libertà del legislatore nella creazione di cause estintive della punibilità si desumerebbe *a contrario* dalla previsione espressa di un'apposita procedura costituzionale per la concessione dell'amnistia ex art. 79 Cost.».

³⁵ A sostegno di tale tesi, PADOVANI, *La Spazza Corrotti. Riforma delle illusioni ed illusioni della Riforma*, in *Archivio Penale*, fasc. n. 3, 2018, p. 6 e ss. Negli stessi termini, MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. Pen.*, fasc. 2, 2018.

³⁶ RUGA RIVA, *op.cit.*, p. 407, pone un quesito fondamentale «fino a che punto la tutela penale deve tenere in conto il punto di vista della efficienza? (...) Detto più schiettamente: le supposte ragioni dell'efficienza possono interferire con il sistema delle garanzie individuali, possono toccare l'ambito di estensione dei principi?».

le per il superamento dell'*impasse* investigativo³⁷ in cui sia caduta l'autorità giudiziaria e che potrebbe essere causa della conseguente impossibilità di accertamento giudiziale del fatto corruttivo e dei relativi autori.

Si assiste allora ad un capovolgimento del tradizionale rapporto intercorrente tra diritto e processo penale, ove non è più quest'ultimo a mostrarsi "servente" nei confronti del primo, bensì è la norma di diritto sostanziale, nel caso di specie l'art. 323 *ter* c.p., a divenire strumento utile per il perseguimento di obiettivi prettamente processuali, quali quello di accertamento del reato e dei relativi responsabili³⁸.

Tuttavia, la relazione tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale merita pure di essere letta alla stregua di una dimensione dinamica e biunivoca³⁹, per cui quest'ultimo non può essere ritenuto esclusivamente il *locus* di esecuzione della funzione di accertamento dei reati e delle responsabilità individuali della violazione di diritto sostanziale, dovendosi riconoscere alle esigenze processuali, specialmente quelle probatorie, una capacità d'incidenza in merito alla formulazione delle fattispecie criminose da parte del legislatore⁴⁰.

Tali esigenze di accertamento processuale si sono mostrate poi, già da tempo, particolarmente insistenti nei delitti di corruzione – connotati da quel patto di omertà tra paciscenti che ne rende lo "smantellamento" quasi impossibile – risultando in grado di influire sulla dimensione sostanziale di tali delitti, tanto sotto il profilo strutturale delle fattispecie incriminatrici, quanto sotto quello sanzionatorio⁴¹.

Torna, dunque, in auge l'ostico tema, sempre presente in ambito di giustizia premiale, della cedibilità del *law enforcement* penalistico innanzi all'esigenza di tutelare ulteriori beni e valori dell'ordinamento, ponendosi in tal senso un limite al finalismo repressivo dell'attività giudiziaria penale⁴².

La legittimazione della tecnica premiale di cui all'art. 323 *ter* c.p. deve, difatti,

³⁷ Il concetto di *Ermittlungsnotstand* letteralmente significa "necessità di accertamento" ed è utilizzata soprattutto dalla dottrina tedesca per indicare i casi in cui vi sia un "andamento a vuoto" dell'attività di perseguimento penale, nonostante ogni altro sforzo investigativo. Per maggiori approfondimenti sul punto, JAEGER, *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von par. 31 BtMG*, Francoforte, 1986.

³⁸ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 528 e ss.

³⁹ CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di DE FRANCESCO e MARZADURI, Torino, 2016, p. 43.

⁴⁰ FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 427.

⁴¹ CINGARI, *op.cit.*, p. 48.

⁴² PULITANÒ, *Sulla tutela penale della giustizia penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino, 2011, p. 1276.

rinvenirsi in una *ratio* di prevenzione generale⁴³, ovvero sia nel contributo che la condotta incentivata può dare al funzionamento della giustizia penale e, mediatamente, al raggiungimento di obiettivi di prevenzione di futuri delitti. Indi, sin tanto che alla base della disposizione premiale si rintracci un'esigenza di prevenzione generale dell'ordinamento⁴⁴, a fronte della controcondotta del soggetto autore del reato, l'ordinamento non "premia il pentito", quanto piuttosto riconosce la sua compartecipazione alla tutela di tali istanze generalpreventive.

Stando così le cose, la non punibilità di cui all'art. 323 *ter* c.p. non consiste in un premio che lo Stato riconosce al corrotto/corruptore per essersi ravveduto del proprio comportamento ed aver denunciato il fatto, ma rappresenta il riconoscimento del contributo da questi fornito a realizzare il generale bisogno dello Stato, inteso quale collettività, al perseguimento del fatto di reato e dei relativi (restanti) responsabili⁴⁵.

In altri termini, nel caso in questione, la non punibilità risponde all'esigenza generalpreventiva di garantire ed assicurare «la capacità effettiva del sistema repressivo, complessivamente considerato, di esercitare attraverso i propri meccanismi coercitivi il controllo sociale ch'esso si propone al momento della posizione delle norme»⁴⁶.

Certamente il prezzo da pagare resta alto, consistendo in una parziale rinuncia della potestà punitiva sul collaborante parimenti colpevole, ma ciò è stato dal legislatore, secondo il ricorso al classico «modello dei fini»⁴⁷, ritenuto un sacrificio proporzionato rispetto alla necessità di garantire la *salus rei publicae*.

Per questo, sebbene non si possa negare la doverosa esistenza di un legame

⁴³ PULITANÒ, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino, 2011, p. 916.

⁴⁴ PADOVANI, *La soave inquisizione*, *op.cit.*, «l'attitudine flessibile dello strumento premiale ne condiziona la funzione stessa che non essendo identificabile nella protezione di uno specifico interesse, si risolve nella predisposizione di un anomalo mezzo processuale di indagine (...) Funzione processuale dell'impunità in corrispettivo della collaborazione prestata dal reo».

⁴⁵ BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, in *Oeuvres*, II, *Bruxelles*, 1829, p. 157 e s., osserva che «il tradimento autorizzato dovrà essere detestato dai delinquenti, essendo la loro rovina, ma gli onesti devono approvarlo: è la loro salvezza?» E sulla debolezza così mostrata dalla legge, aggiunge «trattasi di una vana sottigliezza, perché la legge cerca i delinquenti che la fuggono, se i mezzi ch'essa impiega per scoprirli sono buoni, essi non mostrano altro che la sua saggezza.»

⁴⁶ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale - Parte generale*, II, Firenze, 1907, X Ed., p. 85, sul riconoscimento di un trattamento sanzionatorio più mite a chi abbia fornito una «confessione utile alla giustizia».

⁴⁷ RESTA, *Diritto penale premiale e "nuove" strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 41

ontologico tra il beneficio premiale della collaborazione processuale in questione e la funzione generalpreventiva della pena, deve tuttavia riconoscersi che tale rapporto si pone in termini di «dis-funzionalità»⁴⁸.

Difatti, essendo stato introdotto al solo fine di supplire le carenze investigative e processuali del sistema, l'art. 323 *ter* c.p. si mostra come sintomo della patologica incapacità⁴⁹ del sistema di combattere un fenomeno che, per quanto odioso e riprovevole, non riproduce i medesimi connotati emergenziali della criminalità terroristica o mafiosa⁵⁰, ma è ciononostante trattato dal legislatore alla stessa stregua⁵¹.

3. *Questioni applicative. Perplessità sostanziali: la spontaneità della denuncia e la messa a disposizione dell'utilitas percepita.* Tanto premesso, il legislatore ha subordinato l'idoneità della condotta di «resipiscenza» a divenire causa di non punibilità al relativo carattere spontaneo della collaborazione processuale da parte del soggetto agente, richiedendo ai sensi del co. 1 dell'art. 323 *ter* c.p. che questi denunci volontariamente il fatto *prima di avere notizia che nei suoi confronti siano svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto.*

Ebbene, *ratio* della clausola limitativa modale risiede non tanto nella *voluntas legis* di assicurarsi il reale pentimento del reo, stante tra l'altro la difficoltà probatoria di accertare uno stato soggettivo di tal genere, quanto piuttosto di avvicinare l'operatività della causa di non punibilità in questione alla funzione specialpreventiva del diritto penale.

In altri termini, come già avviene nelle ipotesi di desistenza volontaria di cui all'art. 56 co. 3 c.p., da cui, tuttavia, l'art. 323 *ter* c.p. si allontana essendosi in

⁴⁸ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, *op.cit.*, p. 420, «se è vero che la prevenzione generale si esprime in rapporto di sistema punitivo come capacità di attuare i meccanismi coercitivi istituzionali, di esercitare il controllo sociale attraverso gli apparati a ciò deputati, è evidente come le tecniche incentivanti previste dalla legislazione d'emergenza per stimolare la collaborazione processuale del reo siano state introdotte per supplire alla carenza degli strumenti di ricerca e di indagine, per rimediare all'incapacità del sistema a fronteggiare il fenomeno terroristico in modo istituzionalmente «regolare».

⁴⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXXVII, Torino, 1973, p. 90, in merito alla funzione processuale dell'impunità in corrispettivo della collaborazione prestata dal reo, osserva che «il tribunale fa vedere la propria incertezza, la debolezza della legge, che implora l'aiuto di chi la offende».

⁵⁰ PADOVANI, *La soave inquisizione*, *op.cit.*, p. 544 definisce come «eccezionali» gli strumenti premiali adottati per combattere il terrorismo e riconosce che «per vincere la resistenza fraposta all'accertamento e alla persecuzione di gravi reati di matrice "comune", nei cui confronti l'autorità giudiziaria è spesso *impotente*, la suggestione rappresentata dalla collaborazione probatoria dell'imputato, congruamente ricompensata, non può che essere forte».

⁵¹ Sul pentitismo nella delinquenza comune, cfr. PULITANÒ, *Tecniche premiali*, *op.cit.*, p. 1024.

presenza di un delitto compiuto e non tentato, la contro-condotta del soggetto agente - richiesta entro un dato lasso di tempo⁵² e in assenza di determinate condizioni - evoca la spontaneità dell'azione collaborativa, la quale non risulta in tal modo imposta da elementi esterni, come, ad esempio, la notizia dell'avvenuta apertura di indagini a proprio carico⁵³.

Ciononostante, la previsione del *dies a quo* del decorso del termine quadrimestrale *dalla commissione del fatto* risulta di per sé ambigua, specialmente laddove si prenda in considerazione il carattere cd. "a consumazione protratta" del reato di corruzione⁵⁴.

E tale incertezza porterebbe invero ad una diminuzione della concreta capacità persuasiva/dissuasiva della causa in questione nei confronti del reo, il quale, autodenunciando un fatto in mancanza di sicurezza circa l'operatività dell'art. 323 *ter* c.p., si ritroverebbe ad effettuare un vero e proprio "salto nel buio"⁵⁵.

Ulteriore elemento poi che dissuaderebbe il reo dalla collaborazione processuale in merito al reato commesso risiederebbe nella mancata previsione dell'estensione della non punibilità anche ai reati a questo di norma connessi. Difatti, diversamente da quanto previsto per la similare causa sopravvenuta di non punibilità introdotta in ambito tributario - cd. *voluntary disclosure* - l'art. 323 *ter* c.p. non ricomprenderebbe nel proprio raggio applicativo anche quei delitti che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, accompagnano la commissione dei reati caratterizzati dalla dazione di denaro o di altra utilità, quali, *in*

⁵² PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, *op.cit.*, p. 408, scrive «le cause sopravvenute di non punibilità nel riconoscere il valore della regressione offensiva, ne subordinano la rilevanza a precisi limiti temporali (...) Tali soglie temporali assumono un quadruplici significato tra cui quello di assicurare una reintegrazione dell'offesa, nonché di garantire che il reo sia "rientrato nei ranghi"».

⁵³ Sul punto, PISANI, *Il disegno di legge spazzacorrotti: solo ombre*, in *Cass. Pen.*, fasc. 11, p. 3589 considera «difficile immaginare che la causa di non punibilità possa indurre a spontanee confessioni, essendo sottoposta ad una condizione che è sottratta del tutto alla sfera di controllo del soggetto interessato».

⁵⁴ Cass., sez. IV, 27 novembre 2015, Rv. 265619 - 01, «in tema di corruzione, l'art. 318 c.p. ha natura di reato eventualmente permanente se le dazioni indebite sono plurime e trovano una loro ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'asservimento della funzione pubblica»; nonché, con riferimento all'art. 319 c.p., Cass., sez. VI, sent. n. 40237/2016, Rv. 267634 - 01, «in tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, con episodi sia di atti contrari ai doveri d'ufficio che di atti conformi o non contrari a tali doveri, configura l'unico reato, permanente, previsto dall'art. 319 c.p., con assorbimento della meno grave fattispecie di cui all'art. 318 c.p.».

⁵⁵ PADOVANI, *op.cit.*, parla di un vero e proprio «salto nel buio» per il soggetto denunziante. Parimenti GAMBARELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2019, p. 44, ove anch'egli non manca di sottolineare il dato per cui «si presuppone che il soggetto di autodenunci senza sapere in realtà se il suo nominativo è stato o meno iscritto nel registro degli indagati, e se potrà realmente beneficiare della causa di non punibilità».

primis, quelli di riciclaggio e autoriciclaggio, ovvero ancora di falso⁵⁶.

Appare, quindi, particolarmente complesso, nonché contrario al basilare principio per cui *nemo tenetur se detegere*, immaginare l'autore del reato di corruzione autodenunciare spontaneamente il fatto, nella piena consapevolezza di fornire elementi utili per la propria condanna in merito agli eventuali reati connessi.

Infine, sempre sotto un profilo meramente sostanziale, particolari perplessità solleva la scelta legislativa di subordinare l'operatività dell'art. 323 *ter* c.p. alla cd. *messa a disposizione dell'utilità percepita o, in caso d'impossibilità, di un equivalente valore monetario o di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo*.

Ora, al di là dei ragionevoli dubbi in merito all'idoneità resipiscente della condotta di mera restituzione di quanto si è percepito, ciò che, inoltre, lascia residuare dubbi negli interpreti⁵⁷ riguarda il ricorso al concetto di *utilitas percepta*.

Ciò in quanto, nel momento in cui la norma impone la restituzione di quanto percepito, non sta subordinando la non punibilità alla restituzione del prezzo del *pactum sceleris*, ma solo ad una parte dello stesso, ovvero sia a quanto ha ricevuto chi ha denunciato⁵⁸.

Il che comporta ulteriori problematiche laddove il sinallagma criminoso abbia ad oggetto prestazioni di *facere* reciproco, dovendosi presumibilmente pervenire ad una "stima monetaria" della prestazione effettuata o promessa.

Infine, a fronte dell'impossibilità per il reo collaboratore di adempiere la specie di "risarcimento in forma specifica" da parte del reo, la legge ha subordi-

⁵⁶ INGRASSIA, *Le (caleidoscopiche) ricadute penalistiche della procedura di voluntary disclosure: causa sopravvenuta di non punibilità, autodenuncia e condotta penalmente rilevante*, in *Dir.Pen.Cont.*, fasc. n. 2, 2015, p. 132 e ss. Scrive l'A, «il legislatore ha previsto, inoltre, la non punibilità per le condotte di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.) e reimpiego (art. 648 *ter* c.p.), qualora l'oggetto materiale di tali illeciti sia costituito dai proventi di un delitto tributario coperto, a sua volta, dalla causa sopravvenuta di non punibilità. Tale disposizione costituisce una garanzia di impunità non tanto per il contribuente infedele, che in quanto autore del delitto presupposto non potrebbe al contempo rispondere di riciclaggio o reimpiego per il noto privilegio di *self laundering*, quanto per coloro che hanno permesso a costui di occultare i propri averi con la costituzione di *trusts*, cd. scatole cinesi, negozi fiduciari e quant'altro la fantasia possa partorire per interrompere il *paper trail*. Infine, non sono punibili le condotte di autoriciclaggio (art. 648 *ter.1.* c.p.) se commesse in relazione ai delitti tributari per cui l'esito positivo della procedura in commento escluda la punibilità, sempre nei limiti delle attività oggetto di collaborazione volontaria».

⁵⁷ Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. 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 <https://www.magistraturaindipendente.it>, 5 marzo 2019.

⁵⁸ Diversamente, la Proposta di Cernobbio del 1994 prevedeva la restituzione da parte del corrotto di quanto ricevuto, e la messa a disposizione di una somma pari a quanto versato da parte del corruttore.

natamente previsto una forma di “risarcimento per equivalente”, equiparando, tuttavia, alla restituzione di una somma pari al *tantundem* dell'*utilitas* percepita, l'indicazione di “elementi utili all'individuazione del beneficiario effettivo”.

Orbene, rimanendo in attesa di osservare quali saranno le reali conseguenze applicative di ciò che, sino ad oggi, è mera *littera legis*, si suppone ragionevolmente l'inoperatività della causa di non punibilità in caso di non effettivo recupero dell'utilità percepita, seppur ne siano “indicati” i beneficiari effettivi, da parte del reo.

Sarebbe, in ogni caso, risultato più agevole subordinare l'applicabilità della causa di impunità al più lato ed attinente concetto di “profitto” del reato, così come definito dalle Sezioni Unite⁵⁹, ed in coerenza con le relative misure ablatorie in ambito di delitti avverso la p.a.⁶⁰.

3.1... e perplessità processuali: la valutazione delle indicazioni utili e concrete fornite dal collaboratore. Avvicinandosi alle condotte di collaborazione processuale tipiche dei collaboratori di giustizia in materia di criminalità organizzata⁶¹, non sorprende come la condotta “ravveduta” di cui all'art. 323 *ter* c.p. ne riproponga le medesime problematiche, prima tra tutte l'attendibilità delle dichiarazioni del soggetto che, per quanto non punibile, si sia indiscutibilmente posto in una posizione di contrarietà nei confronti dei valori

⁵⁹ Cass. pen., Sez. un., sent. n. 26654/2008, RV 239924 - 01, secondo cui il profitto coincide con «il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone».

⁶⁰ Il riferimento è alla misura della confisca disciplinata ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p., per cui «nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322 *bis*, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, secondo comma».

⁶¹ PULITANÒ, *Tecniche premiali tra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1005, per cui «il premio per la collaborazione utile dell'imputato è l'istituto mostratosi più vitale della legislazione cd. d'emergenza o antiterrorismo (...) L'imprevista ondata dei pentiti di mafia o della criminalità è arrivata a mostrarci la possibile, anzi la concreta influenza di mere aspettative soggettive di un premio (...) Ciò corrisponde al radicarsi della questione in un dato strutturale ineludibile: ogni imputato (che sia presente al processo) o nega o confessa. Dal problema del premio per l'eventuale collaborazione, qualsiasi commisurazione giudiziale discrezionale della pena è pertanto in via di principio toccata». MOCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.

dell'ordinamento⁶².

Questione che involge a sua volta plurimi dubbi applicativi, solo astrattamente ed analogicamente risolvibili, stante l'assenza di pronunce nomofilattiche al riguardo, considerata la recente introduzione dell'istituto.

È noto come una delle principali critiche addotte alla "Proposta di Cernobbio" riguardava il contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 cost., laddove, in presenza di una causa di non punibilità per l'autore del reato, si fosse impedito al pubblico ministero di iscriverlo nel registro degli indagati.

In verità, trattandosi di una *causa sopravvenuta di non punibilità*, affinché la stessa operi è necessario che si pervenga ad un previo accertamento⁶³ del fatto di reato da parte dell'autorità giudiziaria, anche considerato il rischio derivante dal vantaggio⁶⁴ che la non punibilità potrebbe lasciar conseguire ai privati, inducendoli ad esempio a denunce strumentali e a scopo ritorsivo contro il pubblico funzionario, in specie nei contesti nei quali i primi sono portatori di interessi personali rilevanti e sui quali incide la specifica funzione del secondo, come accade in ambito giurisdizionale o nel settore degli appalti pubblici.⁶⁵

Stando così le cose, *nulla quaestio* residua circa la doverosità dell'iscrizione della notizia di reato da parte del pubblico ministero nel registro degli indagati ai sensi dell'art. 335 c.p.p., devolvendosi ad un momento successivo l'operatività della causa di non punibilità, potendo già il giudice delle indagini

⁶² IACOVIELLO, *La tela del ragnò: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, fasc.10, 2004, p. 3452. Secondo l'a., «la chiamata in correità rompe la simmetria tra diritto e processo penale. Ciò che il diritto punisce, il processo premia. Più si è stati criminali, più si è utili per il processo. Il chiamante molte volte non è un pentito, è un criminale che è rimasto tale. La sua strategia è utilitaristica: come per lui era utile delinquere, ora è utile collaborare. La prova dichiarativa si è - da sempre - basata sulla *fides* del dichiarante. Nella chiamata di correo manca proprio la *fides*».

⁶³ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 402, per cui «le cause sopravvenute di non punibilità, per poter essere dichiarate, presuppongono logicamente che si ritenga commesso il reato contestato e la responsabilità del suo autore».

⁶⁴ PADOVANI, *La soave inquisizione*, *op.cit.*, illustra i rischi connessi all'utilizzazione sull'imputato di uno strumento di pressione e scrive «l'inquisizione si è fatta soave, ma la logica è la stessa, ispirata all'intervento diretto sull'imputato che viene sollecitato a trasformarsi in mezzo di prova, a rendersi cooperatore attivo della ricerca processuale sotto la pressione di stimoli "adeguati"».

⁶⁵ Parere del Consiglio Superiore della Magistratura, Pratica num. 39/PA/2018 - Nota pervenuta in data 10 ottobre 2018 prot. CSM 55026-55031/2018 con la quale il Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, ha trasmesso per il parere, il testo del disegno di legge AC 1189, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 6.9.2018, concernente: "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*", presentato alla Camera dei Deputati in data 24 settembre 2018.

preliminari pronunciare sentenza di non luogo a procedere trattandosi di “persona non punibile per qualsiasi causa”, così come previsto ai sensi dell’art. 425 co. 1 c.p.p., ovvero ancora potendo successivamente il giudice del dibattimento chiudere il processo mediante il ricorso alla declaratoria di causa di non punibilità ai sensi dell’art. 129 c.p.p., o, in ultima istanza, in forza dell’art. 530 co. 1 c.p.p.

Secondo alcuni, poi, la valutazione dell’efficacia della collaborazione processuale spetta al solo giudice di merito, non risultando quindi sindacabile da parte del giudice di legittimità, laddove sia immune da vizi ed errori logici e sorretta da adeguata motivazione⁶⁶.

Tanto premesso, resta dunque da comprendere quale veste assuma il correo denunciante non punibile nel processo instaurato avverso il correo denunciato, premettendo come, nel corso del proprio interrogatorio, questi sia divenuto destinatario dell’avviso di cui all’art. 64 co. 3 lett. c) c.p.p.⁶⁷

Sul punto, in passato la Cassazione ha già avuto modo di affermare che *l’incompatibilità con la funzione di testimone dell’indagato per reato connesso o collegato persiste anche dopo che nei suoi confronti sia stato pronunciato decreto di archiviazione, a meno che egli non abbia ritenuto di rispondere in relazione a fatti riguardanti la responsabilità di altri, così non avvalendosi della facoltà di non rispondere dopo essere stato avvisato a norma dell’art. 64, comma terzo lett. c), cod. proc. pen., nel qual caso è legittima la sua assunzione come “testimone assistito”*⁶⁸.

In altri termini, è evidente che, concretizzandosi la condotta collaborativa prevista ai sensi dell’art. 323 *ter* c.p. nella dazione di *indicazioni utili e concrete* circa la responsabilità dei propri correi, controparti dell’accordo corruttivo, il denunciante dovrà inevitabilmente essere avvisato ai sensi dell’art. 64 lett. c) c.p.p. affinché le informazioni da lui fornite al pubblico ministero possano

⁶⁶ BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell’art. 323-bis c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2015.

⁶⁷ Sul punto, per maggiori approfondimenti, cfr. PESCI, *Le dichiarazioni rese contra alios nelle indagini preliminari: utilizzabilità e valutazione in sede cautelare*, in *Giur. merito*, fasc. 3, 2005, p. 771.

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 15804/2007, richiamando *C. Cost. nn. 294 del 2000, 76 del 2003, 265 del 2004, 381 del 2006*. Conforme Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 34843/2008: «L’ufficio di testimone assistito può essere assunto da persone indagate in procedimento connesso o collegato - anche se sia stata disposta nei loro confronti l’archiviazione - per i fatti riguardanti la responsabilità di altri, sempre che la persona sia stata avvertita ex art. 64, comma terzo lett. c) cod. proc. pen., e non abbia ritenuto di avvalersi della facoltà di non rispondere, con la conseguenza che, in mancanza dell’avvertimento indicato, le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l’ufficio di testimone».

divenire oggetto di valutazione probatoria da parte del giudicante, rimanendo diversamente la *ratio* del novello istituto totalmente inoperante.

D'altronde, la chiamata in correità, esprimendo la recisione del *pactum sceleris* e la sopravvenuta inoffensività del correo collaboratore, si profila conseguentemente quale fondamentale elemento costitutivo della causa di non punibilità in commento.

La collaborazione del correo denunciante, in linea con il risultato processuale cui è preordinata, deve persistere sino a che essa non sia definitivamente acquisita nel processo in cui rileva, se del caso nella sede dibattimentale e nel contraddittorio tra le parti, venendo in questione la prova dichiarativa⁶⁹.

Stante, dunque, l'assunzione delle vesti di testimone assistito da parte del denunciante nel processo instaurato avverso il denunciato, le indicazioni utili e concrete da questi fornite circa la responsabilità altrui e le prove del reato dovranno essere dal giudice valutate "unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità", così come espressamente richiesto dall'art. 192 co. 3 c.p.p., a sua volta richiamato dall'art. 197 *bis* u.c. c.p.p.

Nessun dubbio, d'altronde, può essere sollevato in merito alla provenienza quantomeno "sospetta" delle dichiarazioni⁷⁰ di colui che, una volta perfezionatosi il reato e passato eventualmente anche un determinato lasso di tempo dalla commissione dello stesso, receda dal *pactum sceleris*, tradendone i caratteri tipici della "privatezza" e dell'indissolubilità, al fine di assicurarsi la non punibilità.

Non sorprende, quindi, che il fatto di reato denunciato dal collaboratore debba essere accertato dal giudice prima che la causa di cui all'art. 323 *ter* c.p.p. possa trovare concreta applicazione, così come, parimenti, appare più che corretto subordinare le dichiarazioni rese da tale soggetto alla conferma di altri elementi probatori in modo tale da saggiare la credibilità della chiamata di correo⁷¹.

⁶⁹ ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.p.*, in <https://www.magistraturaindipendente.it>, 5 marzo 2019.

⁷⁰ Sul punto, RUGA RIVA, *op.cit.*, p. 312, sottolinea come «l'art. 192 co. 3 c.p.p. esprime la diffidenza del Legislatore circa la credibilità delle dichiarazioni provenienti dal coimputato o dall'imputato del reato connesso: tali dichiarazioni, pur essendo ontologicamente classificabili come prove rappresentative, non sono tuttavia utilizzabili come testimonianze per espresso divieto di legge, in quanto provenienti da soggetti che, soprattutto laddove aspirino alla concessione di una circostanza attenuante speciale, hanno un ovvio interesse ad accusare altri».

⁷¹ PIGNATARO, *La chiamata di correo*, in *Incontri ravvicinati con la prova penale*, a cura di MARAFIOTI e PAOLOZZI, Torino, 2014, p. 160 e ss. Ancora, PAOLA, *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 1998, p. 3480.

4. *Le trascurate conseguenze praeter codicem.* Non di rado avviene che, intervenendo in un dato settore dell'ordinamento, il legislatore trascuri di conciliarvi in maniera coerente gli ambiti affini, inevitabilmente coinvolti, seppur indirettamente, dalle modifiche apportate in ambito penalistico.

Tanto è accaduto con la l. 3 del 2019, laddove, introducendo la discussa causa di non punibilità di cui all'art. 323 *ter* c.p., non sono state parimenti disciplinate con la dovuta accortezza le conseguenze che l'applicazione di quest'ultima sarebbe stata in grado di provocare nei confronti di un'eventuale persona giuridica nel cui interesse o vantaggio il reato non punito fosse stato commesso.

Difatti, nel disciplinare le ipotesi in cui la responsabilità "amministrativa" dell'ente sopravvive autonomamente rispetto alla responsabilità penale della persona fisica che ha commesso il reato presupposto, l'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 espressamente annovera i soli casi in cui l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile ovvero il reato si sia estinto per una causa diversa dall'ammnistia⁷².

Ora, escludendosi *a priori* che la causa sopravvenuta di non punibilità possa essere qualificata alla stregua di una causa di estinzione del reato⁷³ e presumendosi che l'autore del reato sia imputabile e già identificato, resta dunque da comprendere se l'illecito amministrativo, di cui all'art. 25 d.lgs. n. 231/2001, contestato alla persona giuridica, sia destinato ad estinguersi qualora nei confronti della persona fisica, autrice del reato presupposto, sia pronunciata sentenza di proscioglimento in forza dell'art. 323 *ter* c.p.

Ma vi è di più.

Difatti, la *societas*, cui l'autore non punibile del reato appartiene, non rileva ai meri fini della responsabilità da reato disciplinata ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, divenendo in verità fondamentale anche nell'ambito del settore di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, così come recentemente innovato dal d.lgs. n. 50 del 2016, cd. «Nuovo Codice dei Contratti».

⁷² Art. 8 D.lgs. n. 231 del 2001, "AUTONOMIA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE": 1. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: *a)* l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; *b)* il reato si estingue per una causa diversa dall'ammnistia. 2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione. 3. L'ente può rinunciare all'ammnistia. Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO -, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Torino, 2016, p. 73 e ss. LEVIS-PERINI, *La responsabilità Amministrativa delle società e dei enti*, in *Le riforme del diritto italiano*, Torino, 2014.

⁷³ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*. cit., p. 398, scrive «le cause sopravvenute di non punibilità, contestate nella loro stessa configurazione, sono *talvolta* ricondotte a cause speciali di estinzione del reato».

La questione non risulta assolutamente priva di conseguenze applicative, apparendo già solo sufficiente considerare l'elevata sensibilità che il settore degli appalti pubblici manifesta nei confronti delle eventuali vicende penali, e non solo, che abbiano interessato gli operatori privati partecipanti alle relative procedure di gara.

Ne emerge chiaramente la *ratio*, ovvero sia quella di tutelare al massimo il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica amministrazione, impedendo, per un verso, che quest'ultima concluda contratti con soggetti ritenuti inaffidabili, in quanto privi di determinati requisiti di ordine etico-morale, e, per un altro, che essa premi, mediante l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione, un soggetto ritenuto non meritevole per i medesimi motivi, pregiudicando *a contrario* i restanti partecipanti onorevoli.

Tuttavia, considerato l'imprescindibile ruolo che i principi comunitari della *par condicio competitorum* e del *favor participationis* rivestono nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, si comprendono gli stringenti limiti cui è soggetto l'operatore del diritto nell'interpretare ogni qualsivoglia previsione atta a restringere la partecipazione dei privati nelle gare suddette.

Tanto premesso, anche in questo caso resta da intendersi se la previsione di cui all'art. 80 co. 1 lett. b) decr. cit.⁷⁴ - laddove ammette la stazione appaltante ad escludere dalla procedura di gara l'impresa sprovvista dei necessari requisiti etico-morali, in presenza di una condanna mediante sentenza definitiva, di applicazione della pena su richiesta delle parti ovvero di decreto penale per reati commessi contro la p. a. - possa essere parimenti applicata nell'ipotesi in cui un soggetto⁷⁵, una volta accertata la commissione del reato idonea a ren-

⁷⁴ Art. 80 co. 1 D.lgs. n. 50 del 2016: "Motivi di esclusione": 1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., anche riferita ad un subappaltatore nei casi di cui all'art. 105 co. 6, per uno dei seguenti reati (...): b) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322, 322 bis, 346 *bis*, 353, 353 *bis*, 354, 355, 356 c.p., nonché 2635 c.c. Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Torino, 2017, Parte VI, p. 771 e ss. Cacace, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁷⁵ Ai sensi del co. 3 dell'art. 80 D.lgs. n. 50 del 2016 «l'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro

derlo inaffidabile agli occhi dell'appaltante, usufruisca della relativa causa di non punibilità prevista in ambito penalistico.

Appare evidente come tanto nel caso di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, quanto nel caso di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, le irrinunciabili esigenze di certezza del diritto e di tassatività della legge si scontrino con una lettura teleologica, *rectius* razionale, delle norme in questione⁷⁶, suggerite dalle relative *rationes* ispiratrici.

In altri termini, si potrebbe giungere al paradosso, da un lato, di sanzionare l'impresa per un reato presupposto nei cui confronti lo Stato ha rinunciato ad esercitare la propria potestà punitiva verso la persona fisica autrice dello stesso, e, dall'altro, ad aggiudicare ad un operatore economico coinvolto in un processo per reati contro la p. a. il contratto pubblico di appalto o concessione.

In conclusione, la totale difformità tra la realtà formale imposta da una causa sopravvenuta di non punibilità e la verità sostanziale del fatto commesso, si mostra in tal caso con tutta la sua dirompenza.

4.1. *La punibilità della persona giuridica a fronte della non punibilità dell'autore del reato presupposto.* Non apparendo questa la sede per approfondire i noti contrasti dottrinali circa la natura della responsabilità - amministrativa, penale o appartenente ad un *tertium genus* - della persona giuridica, ciò che ivi maggiormente rileva riguarda la contestabilità a titolo autonomo della stessa, seppur ontologicamente connessa alla commissione di un reato presupposto fondante la responsabilità della persona fisica.

Difatti, nonostante le responsabilità della persona fisica e giuridica si mostrino inscindibilmente collegate tra loro, in presenza di determinate situazioni, l'ordinamento ammette la sopravvivenza della seconda nonostante la sopravvenuta insussistenza della prima.

Tanto è quanto accade nelle ipotesi disciplinate ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, laddove, al fine di evitare che la disorganizzazione aziendale si trasformi in una causa di esenzione della responsabilità per l'impresa,

soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima».

⁷⁶ Lettura che sarà ritenuta prevalente da parte della giurisprudenza della III Sezione della Cassazione, vd. *Infra*.

quest'ultima risulterà sanzionabile anche qualora l'autore del reato non sia stato identificato⁷⁷ ovvero ancora non risulti imputabile.

Uguualmente avviene nel caso in cui la responsabilità della persona fisica non diventi oggetto di definitivo accertamento, intervenendo, nel mentre, una causa estintiva del reato tale da comportare l'impossibilità per il giudice di pronunciarsi definitivamente in merito alla persona fisica, ma non impedendo, tuttavia, la prosecuzione del processo nei confronti della persona giuridica, risultando ad ogni modo il reato presupposto perfetto in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi⁷⁸.

Premesso dunque il quadro legislativo desumibile dalla *littera legis* di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, appare ora doveroso interrogarsi sulle conseguenze derivanti in capo alla persona giuridica in presenza di una causa sopravvenuta di non punibilità che interessi la persona fisica, poiché se, per un verso, anch'essa postula la commissione di un reato perfetto in tutti i suoi elementi, come avviene ai sensi dell'art. 8 lett. b), per un altro, estendere la portata di tal ultima norma ne comporterebbe un'applicazione analogica *in malam partem*.

Tuttavia, sebbene le cause di estinzione della pena, nonché della punibilità, non siano state espressamente trattate dal legislatore del 2001, quest'ultimo

⁷⁷ Relazione Ministeriale al Decreto Legislativo n. 231 del 2001, in <https://www.aodv231.it>. Si legge «Se, infatti, il caso di autore non imputabile ha un sapore più teorico che pratico (è stato previsto per ragioni di completezza), quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è, al contrario, un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa: anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti. Si pensi, per fare un esempio, ai casi di cd. imputazione soggettivamente alternativa, in cui il reato (perfetto in tutti i suoi elementi) risulti senz'altro riconducibile ai vertici dell'ente e, dunque, a due o più amministratori, ma manchi o sia insufficiente la prova della responsabilità individuale di costoro. L'omessa disciplina di tali evenienze si sarebbe dunque tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento. Sicché, in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad uno determinato soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo: beninteso, a condizione che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo». Per maggiori approfondimenti, cfr. PASCULLI, *Autonomia dell'ente e responsabilità: la Cassazione stabilisce due punti fermi (commento a Cass. Pen., n. 20060, 9 maggio 2013)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, fasc. 1, p. 221.

⁷⁸ Eccezione a codesto principio, si trova in quella particolare causa di estinzione del reato che è l'amnistia "propria", in presenza della quale, dunque, non potrà procedersi neanche nei confronti dell'ente, essendo sottese al relativo provvedimento valutazioni politiche suscettibili, in quanto tali, di essere estese anche nei confronti degli enti. *Relazione Ministeriale al Decreto Legislativo n. 231 del 2001*. Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. BELTRANI, *La responsabilità dell'ente da reato prescritto (commento a Cass. Pen., n. 21192, 25 gennaio 2013)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, fasc. 1, p. 219.

diversamente pare averle prese in considerazione nella *Relazione Ministeriale* di accompagnamento al *Decreto*, laddove scrive «*le cause di estinzione della pena (emblematici i casi grazia o di indulto), al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato*».

Dello stesso avviso si mostra buona parte della dottrina⁷⁹, nonché, specialmente, la giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto sussistere la responsabilità della persona giuridica, nonostante la persona fisica fosse stata ritenuta non punibile per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.⁸⁰, presupponendo l'istituto un fatto tipico, costitutivo di reato e offensivo dell'interesse tutelato, ma da ritenere non punibile per principi generalissimi di proporzione e di economia processuale frutto di valutazioni politiche⁸¹.

Nulla quaestio che, aderendo a tale impostazione, la Cassazione abbia preferito un'interpretazione teleologica della norma rispetto a quella meramente letterale, mettendo a serio rischio le esigenze di legalità formale richieste dall'ordinamento, pervenendo ad un'interpretazione analogica chiaramente *in malam partem* del disposto di cui all'art. 8 lett. b) d.lgs. n. 231 del 2001.

Sulla medesima linea si pongono anche coloro⁸² che ritengono non possa escludersi la responsabilità dell'ente in presenza di un reato non punibile perché sarebbe irragionevole una scelta legislativa che da una parte consideri

⁷⁹ CARACCIOLI, *Profili penali del rientro dei capitali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo III, Milano, 2006, p. 2215 quella in commento sarebbe una di quelle "cause di estinzione della pena" che l'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001 espressamente considera al fine di ritenerla irrilevante per l'ente. Ancora GROTTI, *Aspetti penali della voluntary disclosure*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2015, p. 2152-B, che coerentemente sostiene «l'irrelevanza delle vicende personali rispetto a quelle societarie, con conseguente mantenimento del magistero punitivo sull'ente, può ben essere sostenuta sulla base di diverse argomentazioni: il legislatore del 2014 si riferisce solo a «colui» che presta la collaborazione volontaria; la non punibilità conseguente a *voluntary disclosure* è disposizione eccezionale e quindi non applicabile in via analogica; l'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001 afferma il principio generale dell'autonomia della responsabilità dell'ente».

⁸⁰ Cass. pen., sez. III, sent. n. 9072/2017, Rv. 272447, per cui «*in tema di responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, qualora nei confronti dell'autore del reato presupposto sia stata applicata la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen., il giudice deve procedere all'autonomo accertamento della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso, che non può prescindere dalla verifica della sussistenza in concreto del fatto di reato, non essendo questa desumibile in via automatica dall'accertamento contenuto nella sentenza di proscioglimento emessa nei confronti della persona fisica.*»

⁸¹ Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. AMATO, *Con la non punibilità il reato resta intatto nella sua esistenza*, in *Guida al Diritto*, fasc. 18, 2018, p. 84.

⁸² CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2018, p. 163.

l'ente responsabile quando il reato è estinto - con l'unica eccezione dell'amnistia - e dall'altra escluda la responsabilità nel caso di reato accertato ma non punibile, come nell'ipotesi dell'art. 131 *bis* c.p.

Così delineandosi l'approccio giurisprudenziale sino ad oggi, non si attendono grandi sorprese in presenza di una sentenza di proscioglimento della persona fisica autrice del reato presupposto contro la p. a. e rientrante nel novero di applicabilità dell'art. 323 *ter* c.p.

Anche in tal caso, difatti, appare presumibile che, ritenendosi il reato presupposto perfetto in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, ma non punibile per collaborazione attiva della persona fisica, la responsabilità della persona giuridica si riterrà essere sussistente e necessitante di un autonomo accertamento.

4.2. *La presunta affidabilità dell'operatore economico non punibile nell'ambito dell'affidamento di un contratto pubblico.* Il ragionamento potrebbe essere condotto negli stessi termini laddove si guardi alla previsione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 che, disciplinando i motivi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento ad evidenza pubblica, inevitabilmente subisce gli effetti della sentenza definitiva di proscioglimento nei confronti del reo collaboratore in forza della causa di non punibilità di cui all'art. 323 *ter* c.p.

Più nello specifico, la necessità di un raccordo tra quest'ultima e la suddetta previsione del "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici" si ravvisa ove tale causa di non punibilità sia chiamata ad operare per uno dei reati annoverati tanto dall'art. 323 *ter* c.p., quanto dalla lett. b) del co. 1 art. 80, ovvero sia per i delitti, compiuti o tentati⁸³, di cui agli artt. 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, 353, 353 *bis*, 354 c.p.

In altri termini, potrebbe accadere che uno dei soggetti⁸⁴ di cui al co. 3

⁸³ 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 <https://www.magistraturaindipendente.it>, 5 marzo 2019. secondo l'a. «deve ritenersi che la causa di non punibilità de qua sia applicabile anche alle fattispecie tentate, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, per cui l'autonomia del delitto tentato comporta che i soli effetti giuridici sfavorevoli previsti con specifico richiamo a determinate norme incriminatrici debbano riferirsi alle sole ipotesi di reato consumato».

⁸⁴ L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha precisato che il requisito di cui all'articolo 80 del D. Lgs 50/2016 debba sussistere in capo ai membri del CdA cui sia stata conferita la legale rappresentanza, in capo ai componenti del collegio sindacale, del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, ma anche in capo agli ulteriori soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo. Tra questi ultimi organismi di controllo sono compresi il revisore contabile e l'Organismo di Vigilanza ex D. Lgs. 231/2001 al quale "sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei

dell'art. 80 decr. cit., pur avendo commesso uno dei fatti di cui sopra, divenga destinatario di una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento, avendo posto in essere la condotta di collaborazione processuale tipizzata dalla novella causa sopravvenuta di non punibilità.

Di qui, ne discenderà che, in assenza di una formale condanna mediante sentenza definitiva, di applicazione della pena su richiesta delle parti ovvero ancora tramite decreto penale, la stazione appaltante non apparirà legittimata a disporre l'esclusione definitiva dalla gara dell'impresa cui appartiene l'operatore economico non punibile, non ricorrendo l'ipotesi prescritta dal co. 1 dell'art. 80 decr. cit.

Tuttavia, anche qui, privilegiando una lettura teleologica della norma, basata sulla relativa *ratio* ispiratrice, si coglierà la paradossalità del mantenimento in gara di un operatore economico che si sia accertato aver commesso il reato, in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, ma che non risulti punibile per mere ragioni opportunistiche.

Di diverso avviso si mostra, tuttavia, la giurisprudenza comunitaria la quale, facendo leva sui fondamentali principi di *par condicio competitorum* e *favor participationis*, ritiene coerente con la Direttiva 2014/25/UE una normativa nazionale che ammetta l'operatore economico, che intenda dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, a precisare con chiarezza i fatti e le circostanze connessi con il reato o con l'illecito commesso, non solo *collaborando attivamente con le Autorità investigative, ma anche con l'Amministrazione aggiudicatrice*, nell'ambito del ruolo ad essa proprio, al fine di fornirle la prova di essere nuovamente affidabile, a condizione che tale cooperazione si limiti alle misure strettamente necessarie a detta verifica.⁸⁵

modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati".

⁸⁵ Corte giustizia UE sez. IV, 24/10/2018, n.124, in *Foro Amministrativo (II)* 2018, 10, 1642, «l'articolo 80 della direttiva 2014/25/UE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE, non osta a una disposizione di diritto nazionale che obbliga l'operatore economico, che intenda dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, a precisare con chiarezza i fatti e le circostanze connessi con il reato o con l'illecito commesso, non solo collaborando attivamente con le autorità investigative, ma anche con l'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito del ruolo ad essa proprio, al fine di fornirle la prova di essere nuovamente affidabile, a condizione che tale cooperazione si limiti alle misure strettamente necessarie a detta verifica. In particolare, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere a tale operatore economico che fornisca elementi di carattere fattuale, atti a dimostrare che le misure di cui si avvale sono effettivamente idonee a evitare il ripetersi del comportamento censurato, tenuto conto delle particolari circostanze in cui dette violazioni sono state commesse. Il fatto che gli elementi di prova che devono essere forniti dall'operatore economico siano già stati richiesti dall'autorità garante della concorrenza nel corso della propria indagine non giustifica, di per sé, che quest'ultimo sia dispensato dal fornire tali elementi all'amministrazione aggiudicatrice».

Più specificatamente, poi, l'art. 57 par. 6 della Direttiva 2014/24/UE espressamente dispone che tale operatore economico possa fornire prova del fatto che le misure da lui adottate siano sufficienti a dimostrarne l'affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

D'altronde, la disposizione in questione ha in realtà già ricevuto un parziale riconoscimento⁸⁶ dal legislatore nazionale in materia di *self cleaning*, disciplinato ai sensi del co. 7 dell'art. 80 decr. cit., il quale ha ammesso l'operatore economico a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti, qualora la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero *abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato*.

catrice, salvo che i fatti o le circostanze, la cui prova è così richiesta, risultino in maniera sufficientemente chiara da altri documenti forniti dall'operatore economico, in particolare dalla decisione che accerta la violazione delle norme sulla concorrenza».

⁸⁶ Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 598/2019, in *lanministrativista.it 25 gennaio 2019*. «In aderenza all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, l'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016 disciplina - in parziale difformità rispetto al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 - l'incidenza dei precedenti penali riportati dall'operatore economico che partecipa alle pubbliche gare.» Aggiunge poi, con particolare riguardo alle fattispecie corruttive: «In distinta (ma concorrente) prospettiva operano le *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione* che, in base al d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il Prefetto, su segnalazione dell'ANAC, può disporre a carico dell'impresa a carico della quale l'autorità giudiziaria proceda per l'accertamento di uno o più dei reati elencati al comma 1. In questo caso, il *self cleaning* prefigura, alternativamente: a) la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto: la quale sostituzione è, ricorrendone le condizioni, idonea ad impedire l'automatismo solutorio delle misure interdittive sui contratti in essere o, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione "controllata" dell'esecuzione dei contratti in essere, ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettiva confisca (cfr. parere Cons. Stato, comm. spec., 18 giugno 2018, n. 1567); b) il "sostegno e monitoraggio dell'impresa" (comma 8). Quanto alla fattispecie sub a), mentre deve escludersi che la mera sostituzione degli organi di vertice possa servire, in pendenza di procedura evidenziale, ad impedire l'operatività di una clausola di estromissione (cfr. Cons. Stato, V, 1 settembre 2018, n. 5424), la sostituzione operata prima della partecipazione non può considerarsi irrilevante, sol che se ne accerti l'effettività. Viceversa, quanto alla fattispecie sub b), l'operatività delle misure di *self cleaning* può operare solo nella duplice e concorrente direzione: a) della prospettiva sterilizzazione delle misure interdittive penali, al fine di prevenire ed evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato; b) dell'impedimento della misura di commissariamento, relativamente ai contratti la cui esecuzione sia stata già iniziata.

Stando così le cose, se l'operatore è ammesso a provare di aver risarcito il danno e, dunque, alla luce della giurisprudenza della CGUE, a provare alla stazione appaltante di essere nuovamente affidabile e, quindi, meritevole dell'affidamento del contratto pubblico, in presenza della condotta di collaborazione allorquando la stessa costituisca una mera attenuante, nel caso specifico quella di cui all'art. 323 *bis* c.p., *a fortiori* potrebbe esservi ammesso nelle ipotesi in cui la medesima condotta costituisca causa sopravvenuta di non punibilità ai sensi dell'art. 323 *ter* c.p.

Nel silenzio della legge e rispettando invece gli orientamenti giurisprudenziali, anche sovranazionali, nessuno spazio potrebbe rinvenirsi per un'applicazione analogica *in malam partem* del co. 1 dell'art. 80 del decr. cit., potendo piuttosto prediligersi un'estensione analogica *in bonam partem* del diverso comma 7 in materia di *self cleaning*.

In tal modo l'affidamento del contratto pubblico all'operatore economico che, sebbene non punibile penalmente, abbia comunque commesso un reato perfetto in tutti i suoi elementi e tale da renderlo inaffidabile eticamente e moralmente agli occhi dell'amministrazione, apparirebbe ad ogni modo garantito da un nuovo accertamento sull'affidabilità dello stesso condotto dall'amministrazione stessa⁸⁷ e non si risolverebbe *ipso iure* nell'assenza di una formale sentenza condanna.

Ludovica Sturzo
Università degli Studi Roma Tre

⁸⁷ TAR Lazio, Roma, Sez. II, sent. n. 8288/2018, *Foro Amministrativo (II)* 2018, 7-08, 1330. «Le misure di *self cleaning* rappresentano una conseguenza di precedenti condotte illecite e, in quanto tali, rispondono alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato, e non già all'esigenza di sanare l'illiceità di condotte pregresse. Inoltre, la valutazione circa l'idoneità di tali misure di *self cleaning* a prevenire ulteriori reati o illeciti è rimessa alla stazione appaltante».