

## ***Corruptissima res publica, plurimae leges: oltre l'approccio repressivo per contrastare la corruzione pubblica***<sup>1</sup>

Gaetana Morgante<sup>2</sup>

### *Abstract*

Il contributo si concentra sul binomio tra il tradizionale approccio repressivo alla lotta alla corruzione e la nuova frontiera della prevenzione attiva del fenomeno criminale. L'esperienza domestica, europea ed internazionale hanno dimostrato che una politica criminale meramente repressiva non consente di intervenire efficacemente sulle cause profonde della criminalità del malaffare. L'aumento indiscriminato della risposta punitiva attraverso sempre più elevate pene edittali, rigide misure di prevenzione ed esecuzione non può risultare utile al contrasto di un fenomeno ampiamente caratterizzato da un'amplissima cifra oscura. Piuttosto, parrebbe opportuno sondare percorsi alternativi ove il diritto penale si apra a paradigmi e categorie proiettate verso la prevenzione del reato e lo stimolo all'impegno attivo del reo nell'affermazione *ante delictum* o nel ripristino *post delictum* dei valori di legalità, trasparenza, fedeltà e fiducia offesi dal fatto corruttivo.

*Parole chiave: corruzione, malaffare, repressione, prevenzione attiva, legalità, trasparenza, fedeltà, fiducia.*

The paper analyses the combination of the traditional repressive approach to the fight against corruption and the new frontier of active prevention of this criminal phenomenon. Domestic, European and international experience showed that a merely repressive criminal policy does not allow to effectively address the root causes of bribery. The indiscriminate increase of the punitive response through higher penalties, rigid measures of prevention and enforcement cannot be useful in combating a phenomenon that is mainly characterised by a very large dark shade. Rather, it would seem opportune to find out alternative paths where the criminal law opens to paradigms and categories oriented towards the prevention of the crime and the stimulus to the active commitment of the offender in *ante delictum* affirmation or in *post delictum* restoration of values like legality, transparency, loyalty and trust offended by the corruption.

---

<sup>1</sup> Saggio ricevuto in data 30/04/2022 e pubblicato in data 25/05/2022.

<sup>2</sup> E-mail: [gaetana.morgante@santannapisa.it](mailto:gaetana.morgante@santannapisa.it).

*Keywords: Corruption, Bribery, Repression, Active Prevention, Legality, Transparency, Loyalty, Trust.*

### 1. Introduzione

Fin dagli albori degli interventi legislativi a contrasto del malaffare pubblico, la lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali è stata affrontata in una prospettiva eminentemente repressiva. La *Lex Iulia de repetundis*, che integrava la precedente *Lex Cornelia de repetundis* promulgata da Lucio Cornelio Silla nell'81 a.C., definendo in termini estensivi il fenomeno criminale della corruzione dei magistrati con una nozione ampia suscettibile di ricomprendere anche i crimini di concussione ed estorsione fissava un tetto massimo alle somme in denaro che i magistrati romani potevano percepire nell'adempimento delle loro funzioni. La legge stabiliva inoltre che i registri fiscali dovessero essere tenuti in triplice copia, una delle quali doveva essere inviata a Roma, e fissava la pena nella duplice forma della sanzione pecuniaria proporzionale (restituzione del triplo o del quadruplo della somma illecitamente guadagnata) integrata, nei casi più gravi, dall'esilio con *confisca bonorum*. Pur presentando alcuni profili di lungimirante modernità, in special modo in relazione alla valorizzazione delle misure restitutorie e alla polarizzazione della condotta punibile sulla violazione di un proto-dovere di comportamento del funzionario pubblico, la legge affrontava il tema della corruzione in termini essenzialmente collegati alle conseguenze del comportamento penalmente rilevante posto in essere. Siffatta prospettiva *ex post* appare, invero, per alcuni versi coesistente ad alcuni principi-cardine del sistema penale: dalla legalità all'*extrema ratio*, dall'offensività alla colpevolezza. Lo *ius terribile* interviene, infatti, in ragione della gravità delle conseguenze sanzionatorie previste solo in presenza di singoli fatti colpevoli commessi integrando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica. Un uso estensivo-fenomenico della sanzione penale applicata ad un contesto situazionale più ampio della singola condotta tipica entrerebbe in insanabile contraddizione con le garanzie fondamentali, sostanziali e processuali, del sistema. La tensione tra repressione del fatto illecito e contrasto al fenomeno criminale risulta, tuttavia, particolarmente drammatica nell'ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione ove, anche in ragione del carattere, ora come allora, frequentemente sistemico della corruzione al diritto penale si richiedono interventi più strutturali e meno episodici e puntiformi. Fin dall'esperienza della Roma antica repubblicana grandi aspettative sono state riposte nello strumento penale da parte di soggetti variamente coinvolti nel contrasto alla corruzione. Una forte aspettativa rispetto all'intervento penale è, innanzi tutto, ravvisabile nell'opinione pubblica che vede nella scelta del legislatore di punire con la sanzione più afflittiva prevista dall'ordinamento perché direttamente o potenzialmente privativa della libertà personale un'assunzione istituzionale di responsabilità e impegno rispetto ad un crimine ad elevato allarme sociale. Correlativamente, recenti studi sul cosiddetto populismo penale hanno dimostrato

come lo strumento criminale sia singolarmente suscettibile di essere utilizzato a scopi di rafforzamento del consenso soprattutto rispetto ad ambiti, quale quello del malaffare pubblico, di così elevato impatto sulla collettività. Il ricorso allo strumento penale, poi, porta con sé la possibilità del ricorso a categorie giuridiche che, muovendo dalla prevenzione fino all'esecuzione della pena, possono contribuire a rendere particolarmente rigoroso e, nella richiamata ottica della risposta sociale al bisogno di pena, soddisfacente la scelta di politica criminale. Come si avrà modo di mostrare nel presente contributo, l'evoluzione delle politiche criminali di contrasto al fenomeno corruttivo è costellata dalle contraddizioni originantesi dall'ampio e generalizzato uso di uno strumento geneticamente incompatibile con utilizzi massivi. La necessità di uno sguardo disincantato sull'efficacia di queste politiche impone di trarre le mosse dalla considerazione del passato per volgere lo sguardo ad un futuro dell'impegno collettivo contro la corruzione sperabilmente diverso.

## *2. Evoluzione normativo-giurisprudenziale delle politiche criminali di contrasto alla corruzione pubblica*

Per delineare il percorso, mai piano e disteso, dell'intervento penale in materia di corruzione è opportuno muovere dal quadro originario delineato dal codice del 1930; la conoscenza delle origini permette, infatti, di aver maggiore contezza delle riforme via via introdotte, *in primis* dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, che, per la prima volta con approccio "olistico", non è intervenuta solo sul codice penale, avendo, al contrario, inciso anche sulla l. n. 231 del 2001, nonché sul codice civile, mediante la riformulazione dell'art. 2635 c.c., permettendo in tal modo, tra l'altro, l'adeguamento della disciplina interna agli obblighi internazionali in tema di lotta alla corruzione, discendenti, tra l'altro, dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 (cosiddetta Convenzione di Merida), ratificata dall'Italia in forza della l. 3 agosto 2009, n. 116. Com'è noto, nell'orizzonte di tutela del prestigio della Pubblica Amministrazione come presupposto di legittimazione dell'autorità statale, il codice del 1930, nella sua originaria dizione, prevedeva due figure principali di corruzione. La prima era la corruzione per un atto di ufficio, detta anche corruzione impropria, regolamentata dall'art. 318 c.p., e che comprendeva la cosiddetta corruzione impropria antecedente passiva (consistente nella ricezione, da parte del pubblico ufficiale, della promessa o della dazione di denaro o di altra utilità quale indebita retribuzione per compiere un atto del proprio ufficio) e la cosiddetta corruzione impropria susseguente passiva (che ricollegava tale promessa o dazione all'avvenuto compimento di un atto d'ufficio). La corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio, o corruzione "propria", disciplinata dall'art. 319 c.p., si scindeva parimenti nelle due sottocategorie della corruzione propria passiva antecedente e della corruzione propria passiva susseguente, e consisteva nella condotta del pubblico ufficiale che «per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la

promessa». L'art 320 c.p. estendeva poi tali incriminazioni anche alle condotte poste in essere da un incaricato di un pubblico servizio, mentre l'art. 321 incriminava la corruzione "attiva", sanzionando, nella logica propria del reato "bilaterale" il privato che avesse dato o promesso denaro od altra utilità al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio con riferimento alle ipotesi di corruzione propria antecedente e susseguente e corruzione impropria antecedente; veniva invece esclusa la punibilità del privato con riferimento alle ipotesi di corruzione impropria susseguente, consistenti, come già abbiamo visto, nella promessa o dazione di denaro o di altra utilità per l'avvenuto compimento, da parte del pubblico ufficiale, di un atto del proprio ufficio.

A seguito della riforma "di sistema" operata dalla l. n. 190 del 2012 il delitto di corruzione impropria è stato sostituito con quello di "corruzione per l'esercizio delle funzioni", secondo la nuova formulazione dell'art. 318 c.p. Sono invece rimaste sostanzialmente invariate le ipotesi di cui all'art. 319 *ter* (corruzione in atti giudiziari) e 322 *bis* c.p. (corruzione internazionale). Il mutamento che ha interessato l'art. 318 c.p. non è certo limitato alla sola differente denominazione della fattispecie incriminatrice. Rispetto alla precedente configurazione infatti, in linea con lo sviluppo giurisprudenziale della figura del "pubblico ufficiale a libro paga", non è più necessaria l'individuazione di uno specifico atto o di una specifica condotta costituente oggetto dell'illecita dazione o promessa, venendo attualmente sanzionata ogni ipotesi di "monetizzazione" del potere pubblico, anche se sganciata da un nesso sinallagmatico con il compimento di un ben preciso atto. Nella versione riformulata l'art. 318 c.p. punisce la dazione o la promessa di denaro o di altra utilità al pubblico funzionario «per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri». Inoltre, mentre in passato il privato non era incriminato con riferimento alle ipotesi di corruzione impropria susseguente, tale impostazione è ora venuta meno; viene conseguentemente sanzionato anche il privato che dia o prometta denaro od altra utilità al pubblico funzionario per ringraziarlo dell'avvenuto compimento di un atto dovuto nell'ampia prospettiva della stigmatizzazione di forme, più o meno stabili, di asservimento ad interessi personali di terzi da parte del pubblico ufficiale. La punizione del pubblico ufficiale che "venda l'intera funzione", combinata con la "vendita un singolo atto" rimanda alla figura della corruzione, detta "sistemica", in cui la promessa o la dazione dell'utilità non è correlata ad un singolo atto d'ufficio determinato o determinabile, bensì alla generalità degli atti della funzione; in simili ipotesi il soggetto rinuncia a priori ad esercitare i propri poteri discrezionali e ad effettuare un'imparziale comparazione degli interessi in gioco.

Venendo ora alla concussione, la fattispecie incriminatrice è stata profondamente innovata rispetto alla precedente formulazione dell'art. 317 c.p.p., volto a sanzionare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, avesse costretto o indotto taluno a un'indebita dazione o promessa di denaro o di altra utilità. Ora l'art. 317 fa riferimento unicamente alla figura della concussione per costrizione, mentre quella che era la concussione per induzione ha dato vita all'autonoma figura, meno grave, dell'induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319 *quater* c.p. Tale scelta politico-criminale si pone

in continuità con quanto previsto dal codice Zanardelli del 1889, che, al pari di taluni codici preunitari, tra cui il codice penale toscano del 1853, distingueva la concussione per costrizione o esplicita da quella per induzione o implicita. Peraltro, la l. 190 del 2012 sanziona, sia pur con una pena notevolmente inferiore rispetto a quella prevista a carico del pubblico funzionario, anche il privato che sia stato indotto all'illecita dazione o promessa di denaro o di altra utilità, laddove il codice Zanardelli escludeva la punibilità per il privato, sia nella concussione per costrizione che per induzione, ritenendo comunque quest'ultimo, in analogia iuris con lo schema dell'estorsione, sempre e comunque vittima e non soggetto attivo del reato. La distinzione tra concussione ed induzione indebita si è da subito rivelato singolarmente difficoltoso, tanto da aver sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite con la pronuncia Maldera. Le Sezioni Unite hanno sottolineato come il delitto di concussione, di cui all'art. 317 c.p., sia caratterizzato da un abuso costringitivo del pubblico ufficiale (ed ora, nuovamente, anche dell'incaricato di un pubblico servizio, per effetto della sostituzione operata dall'art. 3, comma 1, della l. 27 maggio 2015, n. 69), che si attua mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, di un danno *contra ius*, da cui deriva una grave limitazione della libertà di determinazione del destinatario che, senza alcun vantaggio, si trova di fronte alla scelta se subire il danno ingiusto prospettato o evitarlo mediante la dazione o la promessa di un'utilità indebita. In tal caso, dunque, quest'ultimo soggetto *certat de damno vitando*; siamo infatti in presenza di una vittima in stato di totale soggezione. Il delitto di induzione indebita di cui all'art. 319 *quater* c.p. concerne invece una condotta di "pressione" morale, di persuasione, di suggestione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, che prospettando al privato un danno giusto – giacché conforme alla legge o alla particolare disciplina del settore – quale conseguenza della sua mancata adesione alla richiesta di erogazione di un'indebita utilità, lascia al destinatario della stessa un margine significativo di libertà di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Infatti, in tal caso l'acquiescenza alla richiesta appare motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, ed il soggetto sottoposto ad induzione indebita *certat de lucro captando*. Proprio per questo egli viene sottoposto a sanzione, seppure in misura inferiore rispetto al soggetto "inducente", in quanto non è considerato vittima dell'induzione «ma correo al pari del pubblico funzionario, perché appunto destinatario di una mera induzione da parte di quest'ultimo e non già di costrizione». Nell'induzione indebita la volontà del privato non viene "piegata" dall'altrui sopraffazione, ma "condizionata" da una pressione esterna. Peraltro, la distinzione tra concussione e induzione indebita impone comunque un'attenta disamina della specificità di ogni singola vicenda. I predetti criteri distintivi vengono parzialmente messi in crisi ed esigono una rimediazione in presenza delle "situazioni cosiddette miste, di minaccia-offerta o minaccia-promessa" non riducibili ad uno schema dai confini netti. Infatti, nel caso della minaccia-offerta, occorre esaminare se il privato sia stato indotto a versare l'indebito perché intendeva conseguire il vantaggio non dovuto prospettato dal pubblico funzionario o in quanto era sotto l'effetto dell'intimidazione.

Parimenti complessa la distinzione tra corruzione e induzione indebita dal momento che nella prima ipotesi si è in presenza di una sorta di “negoiazione”, su un piano di parità tra le parti, nel caso dell’induzione si ha invece una soggezione psicologica del privato, che, sia pur non “costretto” mediante violenza o minaccia, è comunque “indotto”, secondo la terminologia legislativa, a compiere una determinata dazione o promessa. Si è sottolineato al riguardo la connotazione ibrida della posizione del soggetto indotto, “in parte vittima ed in parte complice”, evidenziandosi giustamente che l’induzione indebita «rappresenta l’ipotesi intermedia tra la concussione, in cui l’*extraneus* resta vittima dell’altrui prevaricazione, e la corruzione, connotata da una relazione pienamente paritaria tra le parti (*par condicio contractualis*)», e rilevandosi come il nuovo reato di induzione sia stato collocato in posizione mediana anche dal punto di vista della pena edittale, in quanto l’abuso induttivo del pubblico agente è ora punito nel massimo più severamente della corruzione propria e più tenuamente della concussione.

Accanto a tali incriminazioni, il legislatore, onde adeguare la normativa interna agli obblighi internazionali in materia di corruzione, ha poi introdotto, all’art. 346 *bis* c.p., la nuova fattispecie di traffico di influenze illecite, sanzionando la condotta di chi, al di fuori dei casi di concorso nei reati di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio e di corruzione in atti giudiziari «sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio, ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio». Siamo dunque in presenza di condotte marcatamente prodromiche rispetto a successivi eventuali accordi corruttivi; pertanto la norma non si applica qualora il pubblico ufficiale accetti la promessa o la dazione, giacché in tal caso si avrà un concorso del privato, dell’intermediario e del pubblico ufficiale nel delitto, consumato, di corruzione.

La l. n. 190 del 2012, è poi stata modificata dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, contenente «*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*», che ha reintrodotto, tra l’altro, la figura dell’incaricato di un pubblico servizio tra i soggetti attivi del delitto di concussione, espunto dalla riforma operata dalla l. n. 190 (volta invece a ritenere che i ridotti poteri degli incaricati di pubblici servizi non potessero ingenerare il *metus publicae potestatis* correlato al delitto di cui all’art. 317 c.p.), ed ha delineato una serie di misure *lato sensu* premiali, volte ad incentivare la collaborazione *post factum* da parte sia dei soggetti corrotti che dei corruttori.

Da ultimo, la legge n. 3 del 2019, mediaticamente battezzata “Spazzacorrotti”, proseguendo sulla richiamata linea dell’inasprimento della risposta penale al fenomeno corruttivo, ha introdotto una serie di importanti novità nel codice penale. In particolare, riconoscendo la crescente dimensione internazionale e transnazionale della corruzione, ha abolito l’obbligo della richiesta del Ministro della Giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione e gli altri

delitti contro la pubblica amministrazione commessi all'estero (*art. 1, co. 1, lett. a, b*) ed ha ampliato l'ambito applicativo dei delitti in tema di corruzione internazionale dei pubblici agenti, mediante l'estensione della portata incriminatrice dell'articolo 322-*bis*, primo comma, del codice penale anche ai funzionari "extra-Ue", ai membri delle assemblee parlamentari internazionali ed ai giudici e funzionari delle corti internazionali (*art. 1, co. 1, lett. o, n. 2*). È stato disposto un consistente aggravamento di pena per il reato di corruzione per l'esercizio della funzione (*art. 318 c.p.*): tre anni nel minimo ed otto anni nel massimo (la precedente forbice edittale era compresa tra uno e sei anni) (*art. 1, co. 1, lett. n*). Con riferimento al reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (*art. 316-ter c.p.*), invece, è stabilita una pena aggravata nel caso in cui a commetterlo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio che abusi delle sue qualità o dei suoi poteri: reclusione da uno a quattro anni, in luogo della pena base compresa tra sei mesi e tre anni (*art. 1, co. 1, lett. l*). Più severa anche la sanzione inflitta a chi commette il delitto di appropriazione indebita (*art. 646 c.p.*), ora punito con «la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 1.000 a euro 3.000» (precedentemente: reclusione fino a tre anni e multa fino a 1.032 euro) (*art. 1, co. 1, lett. u*). Sul versante, pure coesenziale all'innalzamento complessivo dell'afflittività della risposta penale, la legge ha previsto i) l'ampliamento dell'ambito applicativo e l'aggravamento delle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione; ii) la riduzione della possibilità di mitigare la pena accessoria temporanea in rapporto alla durata della pena principale; iii) l'esclusione di automatismi fra sospensione condizionale della pena o applicazione della pena concordata (c.d. "patteggiamento") ed esenzione dalle pene accessorie richiamate al punto 1 (*art. 1, co. 1, lett. b*), con introduzione della possibilità di applicare la pena accessoria ai soggetti destinatari di una decisione "patteggiata" e ai beneficiari della pena sospesa (*art. 1, co. 4, lett. d, e*); iv) l'aggravamento delle condizioni necessarie perché abbiano a prodursi gli effetti estintivi della riabilitazione sulle sanzioni accessorie dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e del divieto perpetuo di concludere contratti con la pubblica amministrazione (*art. 1, co. 1, lett. i*); v) l'inclusione del delitto di peculato (*art. 314 c.p.*) e di vari delitti relativi ad atti corruttivi (*artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, co. 1, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis c.p.*) fra i reati ostativi alla concessione dei benefici di cui all'articolo 4-*bis*, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario n.354/1975 (*art. 1, co. 6, lett. b*), oltre all'aggravamento delle condizioni necessarie per il prodursi degli effetti estintivi della pena e di ogni altro effetto penale di cui all'articolo 47, comma 12, della legge citata (*art. 1, co. 7*). Rispondendo a forti sollecitazioni anche a livello internazionale, è stato inserito nel codice penale l'*art. 323-ter*, con il quale si introduce una clausola di non punibilità nel caso di volontaria, tempestiva e fattiva collaborazione per i reati previsti dagli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis* (limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita), 353, 353-*bis*, 354 del codice penale. All'autore del reato è richiesto di attivarsi «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti, e comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto». Al secondo comma dell'articolo 323-*ter* è previsto che la non punibilità del denunciante sia

ulteriormente «subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma». Onde evitare che possa abusarsi di tale previsione per provocare la commissione di reati di corruzione, nell'ultimo comma si specifica che la causa di non punibilità non si applica quando vi è prova che la denuncia sia stata premeditata rispetto alla commissione del reato denunciato. Siffatta causa escludente non si applica, altresì, in favore dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni di legge (*art. 1, co. 1, lett. r*). È pertanto escluso dagli intendimenti del legislatore il proposito di istituire il c.d. "agente provocatore". È stata altresì ampliata la fattispecie di cui all'*art. 346-bis* c.p., ricomprendendovi la condotta di chi offre o promette il vantaggio al "millantatore" di influenza. Prescindendo la punibilità dall'esistenza o non di reali relazioni di influenza (che possono essere anche soltanto asserite), in esso vengono inoltre riassorbite le prescrizioni dell'*art. 346* c.p. (millantato credito), che contestualmente viene abrogato (*art. 1, co. 1, lett. s, t*). Sul versante processuale, sono aumentate le possibilità per gli organi inquirenti di avvalersi delle intercettazioni ora sempre consentite nei procedimenti per reati contro la Pubblica Amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, anche nella forma di captatori informatici su dispositivi elettronici portatili (i cosiddetti "trojan") (*art. 1, co.3, co. 4, lett. a, b*) e si è estesa la possibilità di effettuare operazioni di polizia sotto copertura al contrasto di alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione – sul modello delle regole in materia di contrasto alla mafia, al traffico di stupefacenti e ad una serie di altri delitti – integrando l'elenco di cui all'articolo 9 della legge n.146/2006 con i reati previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis* e 452-*quaterdecies* del codice penale (*art. 1, co. 8*). Sulla falsariga dell'intervento effettuato nei confronti delle persone fisiche, si inaspriscono le sanzioni interdittive nel caso di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, in relazione alla commissione dei delitti di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione: da un minimo di quattro anni ad un massimo di sette, se il reato è stato commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente; da un minimo di due anni ad un massimo di quattro, se il reato è stato invece commesso da persone gerarchicamente sottoposte alle prime (*art. 1, co. 9, lett. b, n. 2*). Qualora però, prima della sentenza di primo grado, l'ente si fosse operosamente ravveduto, la cornice edittale delle sanzioni interdittive verrebbe ricompresa fra tre mesi e due anni (*art. 1, co. 9, lett. b, n. 3*).

### 3. Ragioni di un fallimento

Nonostante il progressivo inasprimento del trattamento sanzionatorio della corruzione da parte di un legislatore che, come si è avuto modo di rilevare in precedenza,

ha progressivamente attratto la corruzione nell'ambito del gruppo dei più gravi reati per i quali l'ordinamento prevede, dalla fase della prevenzione a quella dell'esecuzione penitenziaria, un doppio (e più grave) binario di misure punitive e processuali, il fenomeno corruttivo continua ad essere un'emergenza nazionale ed internazionale per la pervasività e la gravità delle sue sempre più variegate forme di manifestazione e di collegamento con altre forme di criminalità organizzata. Tutto questo conferma come l'intervento penalistico abbia assunto, molto di frequente, *reali* funzioni "vicarianti" di un sistema preventivo che, in realtà, allo stato non si rivela in grado di intercettare dinamiche e comportamenti destinati – inevitabilmente – ad assumere rilevanza penale, con un impatto sensibile in termini di efficacia dell'azione amministrativa (è paradigmatico, al riguardo, l'ambito del rapporto tra decisione politica e amministrazione, appunto caratterizzato dall'inerzia del sistema preventivo e da un massiccio intervento penale). In questa prospettiva, la discussione critica circa effettività ed efficacia dei presidi preventivi costituisce un'importante premessa per tematizzare un differente modello (integrato e partecipato) di individuazione e contenimento di comportamenti di *maladministration*, afflitti, come pure è noto, da una consistente cifra oscura che, in linea con la forse ormai abusata metafora dell'iceberg, permette di percepire solamente una piccola e minoritaria parte del fenomeno reale. L'aumento parossistico della risposta punitiva a singoli fatti di corruzione commessi da singoli autori non consente di cogliere la vera sfida posta al giurista vale a dire l'individuazione delle criticità del sistema anticorruzione, nella più ampia prospettiva della prevenzione e del contenimento del rischio di commissione dei reati contro la Pubblica Amministrazione favorendo un cambio di prospettiva nella considerazione delle più efficaci risposte al fenomeno, che, se non vogliono fermarsi ad una puntiforme superficie, ma assumere la sistematicità che ormai la corruzione ha assunto in tutti gli ambiti coinvolti, deve coinvolgere tutti gli attori, in primis quelli istituzionali, del sistema.

#### 4. Verso un approccio riflessivo dell'intervento penale

Le principali vulnerabilità che possono riscontrarsi attengono essenzialmente alla necessità di rafforzare il livello di governance della Pubblica Amministrazione e delle strutture economico-aziendali che vi entrano in contatto; ad implementare il sistema dei controlli interni ed esterni all'attività della stessa Amministrazione; a favorire la trasparenza, la partecipazione e la consapevolezza dei cittadini all'attività della Pubblica Amministrazione. Da questo angolo visuale la necessità di un approccio integrato e riflessivo non può prescindere dal coordinamento e dall'integrazione del sistema penalistico con il sistema amministrativo allo scopo di allineare le aree e le modalità di intervento dei due sistemi alle diverse esigenze e fasi di tutela. Perciò è indispensabile orientare l'attività principale allo studio dei processi operativi e strategici dell'attività amministrativa, in particolare degli enti centrali. Seguendo un approccio riflessivo e propenso al *risk assessment* occorre procedere all'individuazione delle aree

più esposte al rischio, in cui si verificano *deficit* applicativi del sistema anticorruzione vigente, per attivare la sinergia dei sistemi di prevenzione della corruzione “pubblico” e “privato” e favorirne una funzionale *integrazione*. Esistono non pochi punti di continuità tra i due sistemi con reali opportunità di favorire una *partnership* operativa per garantire la necessaria complementarità tra i due sistemi (pubblico e privato), di base complessi, per migliorarne l’efficacia e armonizzare il loro funzionamento.

In particolare, passando dall’idea della sempre più rigorosa repressione del fatto di corruzione ad un sistema riflessivo ed integrato di tutela dell’integrità e della trasparenza nella Pubblica Amministrazione parrebbe esservi sempre maggiore necessità di *a)* una sostanziale intensificazione innanzitutto nel contrasto alla criminalità organizzata, specie alla luce delle manovre previste e dei fondi che saranno stanziati in base al PNRR, *b)* una più incisiva previsione di presidi tecnici posti a garanzia della legittimità delle procedure di gara per promuovere una leale concorrenza e la regolare esecuzione dei contratti pubblici. È altresì necessario superare le criticità relative ai sistemi di *governance* della Pubblica Amministrazione che soffrono della carenza di una strategia orientata alla prevenzione *proattiva* della corruzione. Di rimando, sul versante privato, il sistema di organizzazione, gestione e controllo delineato dal D.lgs. 231/01 è risultato l’unico strumento di disciplina aziendale ad oggi vigente che, operando a livello preventivo, permette di ridurre notevolmente il rischio-reato. È dunque necessario promuovere un serio impegno ad istituire nessi funzionali tra i due sistemi per dotare la Pubblica Amministrazione di strumenti operativi idonei affinché le imprese, da un lato, e le stesse Pubbliche Amministrazioni, dall’altro, si allineino in modo coerente al contenimento del rischio corruzione. Gli ostacoli, invero, non mancano dal momento che l’adozione dei modelli di prevenzione previsti dal citato Decreto 231 da parte delle aziende rimane ancora facoltativa, e per aumentare l’impatto della normativa ivi contenuta, veicolandolo attraverso le procedure pubblicistiche, sono stati individuati settori e modalità per incentivare l’adozione di sistemi di compliance, specie per le società di natura ibrida (pubblico-privata) operanti in ambito sanitario, per la gestione del rischio penale quantomeno in ambito di Pubblica Amministrazione (e.g. clausole tipo nei bandi di gara). Parallelamente, per favorire la piena rispondenza dei predetti sistemi di compliance risulta necessaria la previsione di una riserva in capo alla P.A. di valutazione e monitoraggio sull’effettiva e concreta adozione dei predetti *standard* minimi di compliance da parte delle aziende che vogliano lavorare con la Pubblica Amministrazione.

##### 5. *Cultura dell’integrità e diritto penale*

Nell’ottica della valorizzazione di un intervento anticipato ed efficace sul fenomeno corruttivo è indispensabile lavorare sulla cultura dell’integrità volgendo in chiave positiva la funzione di prevenzione generale attribuita al diritto penale attraverso l’individuazione del messaggio di tutela di interessi fondamentali insito nelle scelte di criminalizzazione. Da questo angolo visuale, particolarmente rilevante risulta il valore

dell'approccio *Open Government* sul fronte della promozione dell'integrità pubblica, sulla prevenzione e contrasto della corruzione. Nella prospettiva "corale" a cui si faceva riferimento all'inizio di questo contributo, alcuni Stati utilizzano il metodo del governo aperto per integrare le proprie politiche in materia di prevenzione e contrasto alla corruzione all'interno di solide strategie aperte al contributo di una ricca pluralità di *stakeholder*.

Il National Action Plan italiano contiene almeno tre azioni (la 3, la 5 e la 7) direttamente riferibili all'area di policy "anticorruzione". Un rinnovato interesse a livello nazionale e internazionale sui temi dell'integrità e della prevenzione della corruzione impone un'azione di rilancio delle politiche per l'integrità del settore pubblico e per la prevenzione e contrasto della corruzione anche in considerazione dell'incertezza e della fluidità del quadro legislativo che su molti temi di interesse è ancora presente nel nostro sistema (riforma della legge 190/2012, regolamentazione delle lobby, recezione della Direttiva UE sul *whistleblowing*, adozione del Registro dei titolari effettivi). Emerge, tuttavia, l'opportunità di orientare l'azione verso la promozione della piena integrità della fase di attuazione del PNRR. In quest'ottica è necessario coinvolgere gli attori rilevanti per la prevenzione della corruzione in Italia, in grado di generare, nella fase di attuazione del PNRR, un rafforzamento del piano strategico, attraverso un maggior coinvolgimento di soggetti della società civile, pubbliche amministrazioni e istituzioni in grado di orientare e rafforzare le strategie di prevenzione della corruzione, nonché un rafforzamento del piano operativo, supportando i principali attori della prevenzione della corruzione (i Responsabili della prevenzione della corruzione) nell'affrontare al meglio le sfide dell'attuazione del PNRR. Il Piano ha proposto 5 aree di azione: 1. Governance e strategia per il governo aperto, 2. Prevenzione della corruzione e cultura dell'integrità, 3. Rafforzamento della partecipazione della società civile, 4. Promozione e difesa dello Spazio civico, 5. Trasformazione digitale e inclusione. Ciascuna area propone impegni da realizzare nel corso di circa un biennio con la collaborazione di diversi attori pubblici e privati, con l'obiettivo di migliorare complessivamente la capacità di attuazione dei principi del governo aperto a livello nazionale, in linea anche con la visione che caratterizza la nostra strategia di recupero sociale ed economico dalla pandemia da Covid-19, rappresentata dal PNRR. Un'importante azione è dedicata a promuovere lo spazio civico, migliorando l'efficacia delle politiche volte a promuovere la partecipazione della società civile ai processi decisionali pubblici. Tale impegno conferma il valore della diffusione della cultura dell'integrità come primo e reale presidio contro le cause prime e profonde della corruzione, da affrontare in una logica che superi l'approccio eminentemente repressivo e necessariamente "episodico" del diritto penale in favore di un impegno collettivo per la promozione dei valori fondamentali della trasparenza e della legalità nell'agire pubblico.

## 6. Bibliografia essenziale

- S.R. Ackerman, P.D. Carrington, *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role*, Durham, Carolina Academic Press, 2013.
- G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, pp. 151 ss.
- J. Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Corporate Criminals Into Corporate Cops*, in C. Beria di Argentine (a cura di), *Criminalità d'impresa e Giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, Giuffè, 2017, pp. 91-112.
- J. Arlen, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in «Journal of Legal Analysis», vol. 8, n. 1, 2016, pp. 191-234.
- J. Arlen, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in «The Journal of Legal Studies», vol. 23, n. II, 1994, pp. 833-867.
- L. Bachmaier Winter, *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Cham, Springer, 2017.
- G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «Journal of Political Economy», vol. 76, 1968, pp. 169-217.
- G. Becker, *Make the Punishment Fit the Corporate Crime*, in «Bus. Wk.», vol. II, n. 22, 1989.
- S. Buell, *Criminally Bad Management*, in J. Arlen (a cura di), *Research Handbook on Corporate Crime And Financial Misdealing*, Northampton, Elgar, 2018, pp. 59-86.
- F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, Giappichelli, 2012.
- K. Davis, *Why does the United States regulate foreign bribery: moralism, self-interest, or altruism?*, in J. Arlen (a cura di), *Research Handbook on Corporate Crime And Financial Misdealing*, Northampton, Elgar, 2018, pp. 497-512.
- L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm Or a Two-Headed Dragon?*, Cham, Springer, 2014.
- G. Fidelbo, R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in «Rivista 231», vol. 4, n. 13, 2016, pp. 9-25.
- W. Geelhoed, L.H. Erkelens, A.W.H. Meij (a cura di), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Cham, Springer, 2014.
- L.K. Griffin, *Compelled Cooperation and The New Corporate Criminal Procedure*, in «New York University Law Review», n. 82, 2007, pp. 311-382.
- E.J. Hjelmeng, T. Søreide, *Bribes, Crimes and Law Enforcement*, in «European Law Review», vol. 28, n. 1, 2017, pp. 19-40.
- E. Joh, T. Joo, *The Corporation as Snitch: the New Doj Guidelines on Prosecuting White Collar Crime*, in «Virginia Law Review», n. 101, 2015, pp. 51-59.
- R. Krøvel, T. Mona (a cura di), *Making Transparency Possible: An Interdisciplinary Dialogue*, Oslo, Cappelen Damm Akademisk, 2019.

- K. Ligeti, M.J. Antunes, F. Giuffrida, *The European Public Prosecutor's office at Launch*, Padova, Cedam, 2020.
- A.O. Makinwa, *Corruption and Security: The Role of Negotiated Settlement*, in J. De Zwaan, M. Lak, A. Makinwa, P. Willems (a cura di), *Governance and Security Issues of European Union*, Cham, Springer, 2016.
- A.O. Makinwa, *Negotiated Settlements for Corruption Offences: A European Perspective*, The Hague, Eleven, 2015.
- A.O. Makinwa, *Private remedies for corruption: towards an international framework*, The Hague, Eleven, 2013.
- A.O. Makinwa, *The Value of Negotiated Settlements in Foreign Bribery Cases*, in «Symposium on Exercising Extraterritoriality in Anti-Corruption Regulation», Utrecht, 2017, pp. 1-22, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3088555>.
- K.O. Moene, T. Søreide, *Good governance facades*, in S. Rose-Ackerman, H.R. Luce, P. Lagunes (a cura di), *Greed, corruption and the Modern State: Essays in Political Economy*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 46-70.
- C. Paliero, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in P. Corso, E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 427-454.
- E. Soltes, *Why Do They Do. Inside the Mind of White Collar-Crime*, New York, Public Affairs, 2016.
- T. Søreide, R. Ackerman, *Corruption in State Administration*, in J. Arlen (a cura di), *Handbook on Corporate Crime And Financial Misdealing*, Northampton, Elgar, 2018.
- T. Søreide, *Corruption and Criminal Justice: Bridging Economic and Legal Perspectives*. Cheltenham, Elgar, 2016.
- T. Søreide, *Regulating Corruption in International Markets: Why Governments Introduce Laws They Fail to Enforce*, in E. Brousseau, J-M. Glachant, and J. Sgard (a cura di), *The Oxford Handbook on International Economic Governance and Market Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- M. Stephenson, *The Qualities of Public Servants Determine the Quality of Public Service*, in «Michigan State Law Review», 2020, <https://doi.org/10.17613/n7tx-7b76>.
- M. Stephenson, *Corruption as a Self-Reinforcing Trap: Implications for Reform Strategy*, in «World Bank Research Observer», vol. 35, n. 2, 2020, pp. 192-226, <https://doi.org/10.1093/wbro/lkaa003>.

