



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

INCONTRO DI STUDIO SUL TEMA:

“Tecniche d’indagine e standards probatori in tema di reati
contro la Pubblica Amministrazione”

Roma 20 – 22 febbraio 2012

Piercamillo Davigo

Consigliere della Corte Suprema di cassazione

relazione sul tema:

“Il reato di corruzione tra previsione incriminatrice, strumenti normativi
sovranazionali e varietà fenomenologica”

Roma 20.2.2012

1 – Premessa

I reati di corruzione quasi mai si pongono come accadimenti eccezionali commessi da pochi politici o funzionari infedeli o da taluni singoli imprenditori senza scrupoli, ma – almeno in taluni settori presentano caratteristiche di tendenziale serialità o abitualità e vasta diffusione.

Per quanto attiene alla tendenziale serialità o abitualità (inteso in senso atecnico e non in quello di cui agli artt. 102 e 103 cod. pen.) di questi reati, la considerazione di buon senso per la quale chi compie questi reati e si abitua ad avere disponibilità finanziarie ben maggiori di quelle lecite, difficilmente cesserà dalla condotta illecita, è stata suffragata dalle risultanze processuali.

Altrettanto deve dirsi per coloro che, operando in rapporto con la pubblica Amministrazione, sono abituati a risolvere i problemi di contenzioso o ad aggiudicarsi gare non già sulla base di preparazione professionale, capacità manageriale o altri requisiti, ma sulla base di preferenziali rapporti con i funzionari o con esponenti politici.

Sono state infatti raccolte confessione, abbondantemente riscontrate, di attività criminose durate dieci o vent'anni.

La diffusività dei fenomeni invece va evidenziata sotto un duplice aspetto: da un lato l'elevato numero di funzionari infedeli in taluni comparti della pubblica Amministrazione con sorprendenti devianze di massa; dall'altro il concorso di persone nel reato.

Per fare riferimento ad esperienze dirette, dalle quali ho tratto tali convinzioni, segnalo tre vicende.

Della prima mi occupai quando ero un giovane giudice istruttore al Tribunale di Vigevano. Tre funzionari dell'Ufficio I.V.A. di Pavia erano stati arrestati in flagranza di concussione in danno di un orefice. Il Procuratore della Repubblica notò che per la prima volta quei tre funzionari svolgevano una verifica insieme ed allora, nell'interrogarli, contestò loro che evidentemente tenevano sempre siffatti comportamenti e che gli stessi erano noti a tutti, altrimenti ognuno dei tre avrebbe dovuto temere gli altri due. I tre confessarono altri episodi, chiamando in correità coloro con i quali normalmente uscivano in verifica. I tre arrestati diventarono nove, i nove ventisette ed in pochi giorni l'Ufficio fu chiuso.

Il secondo episodio riguarda la vicenda chiamata dalla stampa delle carceri d'oro.

L'imprenditore, al quale era stato reperito un elenco di versamenti di denaro a funzionari pubblici, si dichiarava vittima di concussione, dal momento che l'unico acquirente dei suoi prodotti (carceri) era lo Stato, rappresentato da funzionari che pretendevano denaro.

Peraltro si rilevò che le tangenti venivano promesse e pagate solo al momento della percezione del denaro da parte dell'impresa, a stato avanzamento lavori. Stante la durata dei lavori, le tangenti venivano pagate a ormai funzionari in pensione.

Al rilievo che ciò sembrava escludere la concussione fu risposto che, in caso di mancato adempimento del patto illecito, i funzionari in servizio non avrebbero più accettato rateizzazioni.

Ciò significa che i funzionari in servizio conoscevano i delitti commessi da coloro che li avevano preceduti e che assicuravano con l'abuso delle loro funzioni, il rispetto dei patti illeciti.

La terza vicenda è quella relativa ai lavori per la realizzazione della metropolitana milanese, in cui l'impresa capogruppo di un'associazione temporanea di imprese o di un consorzio raccoglieva denaro da tutte le imprese associate o consorziate e lo versava ad un politico che lo divideva fra i partiti di maggioranza e di opposizione.

Le situazioni descritte delineavano l'esistenza non solo l'esistenza di condotte reiterate e diffuse, ma di sistemi criminali, estesi ben oltre i concorrenti necessari nel reato.

Infatti, mentre nell'ipotesi elementare la corruzione presuppone solo un soggetto attivo ed uno passivo, frequentemente si è riscontrato che gli accordi riguardavano un numero elevato di persone, sia dal lato attivo che da quello passivo, in contesto di pervasività del fenomeno tale da creare "fungibili" dei funzionari corruttibili.

È stata altresì riscontrata la presenza di un rilevante numero di intermediari, in possesso della conoscenza dei meccanismi di corruzione i quali conoscono persone avvicinabili, metodi, tariffe ed equilibri della corruzione sistemica.

Si è così parlato di concussione o di corruzione (o, con termine comprensivo di entrambe le ipotesi, di dazione) ambientale (in senso, come vedremo, ben diverso da quello che era stato utilizzato in dottrina).

Inoltre, frequentemente, il denaro è corrisposto ad esponenti politici per ottenere determinati comportamenti da parte della pubblica Amministrazione, anche quando costoro non rivestono la qualità di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio e neppure agiscono in concorso con funzionari, pur avendo di fatto influenza sull'azione amministrativa.

La situazione di tendenziale omertà che circonda questi reati può essere infranta allorché si individui uno di tali delitti, per le più svariate ragioni, tenendo presente le caratteristiche sopra delineate.

In tali casi, specie se si addivene ad arresto in flagranza sarà possibile cercare di ottenere la collaborazione del soggetto arrestato, ove si tenga presente il parametro della serialità nel valutare le risultanze.

Le indagini che hanno avuto successo hanno peraltro evidenziato non soltanto la perpetrazione di un rilevante numero di delitti commessi serialmente da numerose persone, ma veri e propri sistemi criminali, con specifiche regole di funzionamento.

Così, di un importante ente pubblico, è stato riferito di un sistema di suddivisione degli appalti nell'ambito di un cartello di circa 300 imprese e di corruzione generalizzata rispetto a funzionari e politici, standardizzato da almeno 20 anni nel 1992, (V. P. Davigo G. Mannozi "La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale" Laterza 2007 p. 265 – 267).

Inoltre quello della corruzione è un mercato illegale e – come tutti i mercati illegali – può essere gestito meglio da organizzazioni criminali che da individui non associati.

Ne consegue che sono frequenti i rapporti fra crimine organizzato e trame di corruttela e dove è presente la criminalità organizzata è questa a gestire il mercato illegale della corruzione, rafforzando l'omertà che normalmente lo circonda.

Vi sono evidenti differenze nell'emersione della corruzione tra Regione e Regione. Il dato del Distretto di Reggio Calabria – due sole condanne per corruzione in venti anni – stride, con i risultati del Gruppo di lavoro della commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia istituito con la

legge n. 94 del 1988, incaricato di indagare sulla recrudescenza di episodi criminali durante il periodo elettorale in alcune province (relazione approvata dalla Commissione, istituita con l. 94/1988) il 25 luglio 1990). Nella relazione sulle risultanze dell'indagine si legge:

*(...) i gruppi mafiosi «tallonano» il potere politico e talvolta uomini di partito non riescono a sottrarsi alla tentazione di acquisire «pacchetti» di consensi elettorali che a loro vengono offerti; forti interessi sono presenti nel settore degli appalti pubblici, con un conseguente intreccio così stretto fra cattiva gestione amministrativa, rapporti con personaggi della delinquenza, minacce e violenze (...). La proliferazione delle cosche ed una loro conflittualità interna riconducono alla esigenza della delinquenza organizzata di gestire il territorio non soltanto tramite antiche pratiche di ordinario costume mafioso, o con la consumazione di reati di natura tradizionale come l'estorsione, i sequestri, bensì anche con rapporti di nuovo genere con le amministrazioni comunali e complessivamente con i pubblici poteri. (...) L'ente locale nel Mezzogiorno è oggi un importante erogatore di spesa, più che di servizi; tale circostanza non è sfuggita a questa criminalità che, direttamente o con mediazioni di vario genere, tenta di orientare l'attività comunale per conquistare più ampi spazi economici e di potere (Uno stralcio della relazione è riportato nell'ampio e documentato saggio di N. Tranfaglia, *Mafia, politica e affari. 1943-91*, Laterza, Roma-Bari 1992, p. 368).*

Si tratta di capire allora se *corruzione e criminalità associativa* siano «compagni di viaggio» più o meno occasionali.

Se la corruzione «milanese» è risultata in larga parte indipendente dalla criminalità organizzata, soprattutto di stampo mafioso, laddove è presente massicciamente la criminalità organizzata, quest'ultima finisce anche con il gestire il mercato della corruzione.

Ciò sembra emergere, oltre che dai risultati delle Commissioni parlamentari di inchiesta sulla mafia, avviate in Italia a partire dai primi anni della Repubblica, ancor più esplicitamente dalla letteratura scientifica nordamericana: negli Stati Uniti, dove la mafia esiste, per essere stata per così dire «esportata» agli inizi del secolo scorso, il problema della corruzione nelle sue forme più pervasive dell'economia e dell'industria è da decenni avvertito in tutta la sua gravità.

Un interessante studio condotto da Ronald Goldstock (*Control of Corruption and Racketeering in the Construction Industry: The Use of the Independent Private-sector Inspector general*, relazione redatta, su richiesta del Governatore Mario Cuomo, dalla New York State Organised Task Force nel 1990. Cfr., più ampiamente, R. Goldstock, M. Marcus, T.D. Thacher, J.B. Jacobs, *Corruption and Racketeering in the Construction Industry*, New York University Press, New York, 1990), in particolare, indica che il sistema della corruzione «moderna» – quello delle tangenti, degli appalti e dei «cartelli» di imprese, per intenderci – è *autonomo* e *antecedente* all'avvento di Cosa Nostra nella società americana e che Cosa Nostra si è impadronita solo successivamente di tale fiorente «mercato», fino a gestirlo in maniera pressoché esclusiva.

All'esistenza di una sinergia tra criminalità mafiosa e criminalità dei pubblici funzionari si alludeva, sia pure in modo non esplicito, già nei risultati delle Commissioni parlamentari di inchiesta, proposte a più riprese sin dalla fine degli anni '50, proprio perché si sospettava un intreccio significativo tra mafia e appalti pubblici. Osserva al riguardo Savona (E.U. Savona, *Criminalità organizzata* (voce), «Enciclopedia del Novecento», Istituto dell'enciclopedia italiana, Roma, 1998, vol. X, p. 426. *Ivi* il richiamo ai lavori della Commissione parlamentare antimafia 1991):

“L’edilizia è sempre stata un settore di investimento privilegiato della criminalità organizzata italiana. Dal momento che non richiede tecnologie avanzate o un elevato grado di expertise, può essere utilizzata per attività di riciclaggio (...) e permette di controllare il territorio attraverso l’offerta di lavoro e la canalizzazione del consenso politico. Esiste infatti una connessione tra organizzazioni criminali, potere politico, amministrazione pubblica e diversi settori dell’economia tale da determinare una convergenza di interessi tra i soggetti operanti nel campo degli appalti pubblici: il politico fornisce lavoro all’imprenditore in cambio di una tangente, l’imprenditore paga tangenti al politico e fornisce denaro e lavoro al mafioso; il mafioso prende denaro dall’imprenditore, assicurando, in cambio, la pace sociale e il controllo sulla forza lavoro, e garantisce supporto elettorale al politico”.

Va tuttavia osservato che, tendenzialmente – come ritiene anche A. Vannucci (*Il mercato della corruzione. I meccanismi dello scambio occulto in*

Italia, Società aperta, Milano 1997, pp. 178 sg.) – «quella mafiosa e quella della corruzione sono 'industrie' che si occupano di beni distinti: *protezione privata*, in un caso, *diritti di proprietà su rendite politiche*, nell'altro. D'altra parte, generalmente i servizi forniti da ciascuna delle due 'industrie' sono utili per l'attività dell'altra, oppure vengono consumati da imprenditori, faccendieri, mafiosi, politici. Gli accordi di corruzione e gli scambi politici ed elettorali sono rinsaldati dalla tutela mafiosa, che garantisce nel contempo l'omertà: significativamente le confessioni incrociate di corrotti e corruttori, che hanno dato all'inchiesta 'Mani Pulite' una grande forza propulsiva nel resto d'Italia, hanno segnato il passo nelle aree a più alta densità mafiosa».

Questo essendo lo scenario appare evidente la inadeguatezza non solo delle attività di mera attesa di notizie di reato (che quasi mai pervengono) anziché una funzione proattiva delle Procure della Repubblica, ma anche della attuale disciplina normativa.

2 – I delitti di concussione e corruzione nella normativa vigente.

I reati contro la P.A. sono caratterizzati da un rilevante numero di fattispecie, i cui confini sono talora incerti, specie alla luce di talune oscillazioni della giurisprudenza.

La situazione di fatto che contraddistingue queste forme di attività illecite, è molto diversa dai modelli teorici e dall'elaborazione culturale valutati dal legislatore sia al momento della redazione del codice che nella riforma di cui alla legge 26 aprile 1990, n. 86, che ha modificato le figure di delitti senza mutare l'impianto fondamentale che alla materia era stato dato nel codice penale del 1930 e senza incidere su alcuni dei nodi che si sono rivelati essenziali negli anni successivi.

La riforma del 1990 ebbe luogo infatti sull'onda della preoccupazione (peraltro non priva di fondamento) di impedire "alla magistratura penale dubbie operazioni di censura e di controllo sull'esercizio della attività amministrativa, e talvolta vere e proprie sostituzioni del giudice all'amministratore in settori riservati alla competenza di quest'ultimo" (Cfr.: Carlo Federico Grosso *"Prospettive di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione"*, relazione tenuta nel maggio 1989 in Trevi ad un incontro di studio per magistrati sul tema *reati contro la pubblica Amministrazione poteri del magistrato e discrezionalità amministrativa*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura n. 42).

I numerosi altri punti che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale aveva individuato erano stati solo parzialmente oggetto di intervento del legislatore del 1990. Infatti erano già oggetto di discussione alcuni dei problemi che esploderanno negli anni successivi: dalla questione della c.d. concussione ambientale (anche se intesa nel diverso senso dello sfruttamento di una situazione di soggezione del privato preesistente alla condotta del pubblico ufficiale e non della estrema diffusività del fenomeno) alla necessità di misure premiali per incoraggiare la denuncia dei delitti di corruzione, la cui emersione era rara.

Erano anche già ben presenti i gravi problemi che in giurisprudenza affioravano sulla distinzione fra concussione e corruzione e di cui si tratterà più avanti.

Una sintesi di questi temi è contenuta nella relazione svolta da Marino Petrone durante altro incontro di studio per magistrati organizzato dal C.S.M. e tenuto in Roma nel febbraio 1991 "*Dalle prospettive di riforma dei delitti contro la P.A. alla legge n. 86/90*" in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura n. 59).

Le difficoltà non derivano però solo dall'elevato numero di fattispecie a cui ricondurre i comportamenti concreti, ma - paradossalmente - da una realtà criminale molto più articolata e complessa dei modelli teorici compendiate nelle norme.

Quanto mai problematica - si è detto - è la distinzione fra i delitti di corruzione, propria e impropria, e quello di concussione alla luce dei confini, talora evanescenti, che in giurisprudenza si rinvengono.

La norma di cui all'art. 319 cod. pen. prevede come reato la condotta del pubblico funzionario (intendendosi come tale il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio) e quella del privato che si accordano affinché il pubblico funzionario compia un atto contrario ai doveri di ufficio ovvero ometta o ritardi un atto di ufficio in cambio della promessa o della consegna di denaro o di altra utilità.

Si tratta di una formula molto rigorosa che sembrerebbe all'apparenza lasciare fuori una serie di condotte solitamente ben più gravi di quella descritta dalla norma.

Due esempi:

- il pagamento per il risultato, in cui nel patto non vi è l'individuazione di un atto ma l'individuazione di un risultato giovevole al privato;
- il pubblico ufficiale a libro paga, cioè il pubblico ufficiale che non è pagato in relazione a una singola pratica, ma che è stabilmente retribuito da un privato perché si ponga a disposizione.

All'apparenza, ad una lettura rigorosamente letterale della norma, queste due condotte sembrerebbero non essere previste dall'art. 319 cod. pen., con la conseguenza che se così fosse, cioè se effettivamente queste due condotte non fossero punibili ai sensi dell'art. 319, si porrebbe un problema di legittimità costituzionale dell'intero impianto dei reati contro la P.A..

Infatti sarebbe invero singolare che fosse punita una condotta meno grave, cioè l'accettazione di remunerazione per un singolo atto e non

l'accettazione di remunerazione per il compimento di tutti i possibili futuri atti che dovessero essere compiuti dal pubblico ufficiale.

La giurisprudenza, sulla scorta della valutazione più volte espressa dalla Corte costituzionale, per cui tra due possibili interpretazioni, una conforme alla Costituzione e una difforme dalla Costituzione bisogna privilegiare quella conforme, si è attestata nel senso di ritenere la formula di cui all'art. 319 cod. pen. suscettibile di interpretazione estensiva.

In materia penale vige il divieto di analogia in *malam partem*. Non così per l'interpretazione estensiva che è invece ritenuta legittima, tanto è vero che nei lavori della Bicamerale si voleva introdurre espressamente il divieto di interpretazione estensiva in materia penale.

L'interpretazione estensiva in tema di corruzione è stata data dalla Corte costituzionale, non come giudice di legittimità costituzionale, ma come giudice penale nel processo Lockheed.

L'Aeronautica militare italiana aveva acquistato aerei Hercules C130 dalla Lockheed. In vicende giudiziarie accadute negli Stati Uniti, era risultato che questa azienda aveva corrisposto tangenti a funzionari e politici di vari paesi, fra cui l'Italia, e quindi era sorto un procedimento anche in Italia. La difesa degli imputati aveva posto il problema della qualificazione giuridica sostenendo che gli Hercules C130 erano i migliori aerei al momento disponibili sul mercato, i più corrispondenti alle esigenze dell'Aeronautica Militare, quelli che costavano meno e, da ultimo, erano prodotti da un paese alleato, e quindi non ponevano problemi per il rifornimento e le sostituzioni dei materiali etc. Quindi il fatto ad avviso delle difese avrebbe dovuto essere ricondotto alla corruzione per atto di ufficio e non alla corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, dal momento che erano stati comprati esattamente gli aerei che si sarebbero dovuti comperare.

La Corte costituzionale avrebbe potuto scegliere una scorciatoia che molte volte gli organi di merito hanno percorso, e cioè dire che se la Lockheed aveva pagato tangenti, vuol dire che sarebbe stata disponibile a vendere quegli aerei a quel prezzo meno l'ammontare delle tangenti.

Invece, la Corte costituzionale scelse una strada più complessa e cioè affermò che ogni qualvolta il potere discrezionale del pubblico ufficiale viene sottoposto ad interessi diversi da quelli della P.A. e dai doveri di imparzialità

(che sono un parametro costituzionale dell'attività della P.A.) perché il pubblico funzionario è stato remunerato o ha accettato la promessa di una remunerazione da parte del privato, si devono considerare viziati, e dunque contrari ai doveri d'ufficio, tutti gli atti che egli ha compiuto, anche se il risultato finale della procedura amministrativa fosse assolutamente identico a quello che si sarebbe avuto ed anche se i singoli atti fossero identici a quelli che sarebbero stati compiuti in assenza di una remunerazione.

L'orientamento è stato recepito nella giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale ha affermato più volte che non è necessaria, o comunque indispensabile, la ricerca dell'atto contrario ai doveri d'ufficio.

Si è affermata in giurisprudenza la soluzione per cui il reato di cui all'art. 319 cod. pen. si ha ogni qual volta non siano rispettate le regole inerenti l'uso del potere discrezionale, sicché si ha contrarietà dei doveri d'ufficio ogni volta che un pubblico ufficiale accetti una retribuzione per far uso distorto del potere discrezionale o perché rinunci ad una valutazione comparativa degli interessi, indipendentemente dalla circostanza che l'atto poi emanato coincida con quello che sarebbe stato emesso in condizioni di normalità (In questo senso: Cass. 3 giugno 1987).

Questo principio è stato più volte ribadito in altre sentenze ad esempio con sentenza 29.10.92 la Corte di Cassazione sezione 6 ha affermato che nel delitto di corruzione propria antecedente l'atto d'ufficio oggetto di mercimonio non va inteso in senso formale, dovendo la locuzione ricomprendere qualsivoglia comportamento del pubblico ufficiale che sia in contrasto con norme giuridiche o con istruzioni di servizio o che, comunque, violi i doveri di fedeltà, imparzialità ed onestà che debbono osservarsi da chiunque eserciti una pubblica funzione. Poiché dal momento consumativo di corruzione esula l'effettivo compimento dell'atto, tanto che il reato si consuma anche se il pubblico ufficiale non faccia seguire alla promessa o alla ricezione dell'utilità l'atto che si è impegnato a compiere, la mancata individuazione in concreto del singolo "atto" che avrebbe dovuto essere omesso, ritardato o compiuto dal pubblico ufficiale contro i doveri del proprio ufficio non fa venir meno il delitto di cui all'art. 319 cod. pen., ove venga accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale venne effettuata in ragione delle funzioni dallo stesso esercitate e per retribuirne i favori. (Nella specie la Corte annullò una decisione

di merito che, pur avendo accertato l'avvenuta retribuzione a favore del pubblico ufficiale aveva ritenuto insussistente il reato di corruzione, non essendo stato specificatamente individuato l'atto omesso o ritardato e che, comunque, avrebbe dovuto essere omesso o ritardato). Lo stesso orientamento è stato ribadito da Cass. Sez. VI 30.11.1995 dep. 14.3.1996).

Cass. Sez. 6, Sentenza n. 3945 del 15.2.1999 dep. 25.3.1999 rv 213884 ha ribadito che "In tema di reato di corruzione propria, occorre aver riguardo non ai singoli atti, ma all'insieme del servizio reso dal p.u. al privato; per cui, anche se ogni atto separatamente considerato corrisponde ai requisiti di legge, l'asservimento costante alla funzione, per danaro, agli interessi del privato concreta il reato di corruzione previsto dall'art. 319 cod. pen. Ne consegue che l'atto contrario ai doveri d'ufficio non va inteso in senso formale, dovendo la locuzione ricomprendere qualsivoglia comportamento del pubblico ufficiale che sia in contrasto con norme giuridiche, con istruzioni di servizio e che comunque violi quegli specifici doveri di fedeltà, imparzialità ed onestà che debbono essere osservati da chiunque eserciti una pubblica funzione; con la conseguenza che la mancata individuazione in concreto del singolo "atto" che non avrebbe dovuto essere omesso o ritardato ovvero avrebbe dovuto essere compiuto dal pubblico ufficiale non fa venir meno il reato previsto dall'art. 319 cod. pen., ove venga accertato che la consegna del danaro al pubblico ufficiale sia stata effettuata in ragione delle funzioni dallo stesso esercitate e dei conseguenti favori oggetto della pattuizione". (In motivazione, la S.C. ha osservato che, quantunque l'illegittimità dell'atto possa costituire un indice rivelatore della contrarietà dell'atto stesso ai doveri di ufficio, ai fini della realizzazione della fattispecie penale assumono rilievo tutti i doveri di ufficio che possono venire in considerazione e tra questi quello dell'imparzialità, bene costituzionalmente protetto, inteso non come mera osservanza del dovere "esterno", da ritenersi eluso ogni qual volta il pubblico ufficiale agisca anche in funzione di una privata utilità, ma come inosservanza di uno specifico dovere, inerente al contenuto e alle modalità dell'atto da compiere).

Il bene tutelato dall'art. 319 cod. pen. è costituito dai principi di buon andamento ed imparzialità della buona amministrazione indicata dall'art. 97 comma primo della Costituzione sicché la contrarietà ai doveri d'ufficio può riguardare la condotta complessiva del funzionario che anche tramite

l'emanazione di atti formalmente regolari può venire meno ai suoi compiti istituzionali, inserendo tali atti in un contesto avente finalità diverse da quelle di pubblica utilità. L'attenzione dell'interprete, per valutare la contrarietà o meno della condotta del pubblico ufficiale ai suoi doveri deve incentrarsi non sui singoli atti, ma sull'insieme del servizio reso al privato, per cui anche se ogni atto separatamente considerato corrisponda ai requisiti di legge, l'asservimento costante della funzione, per denaro, agli interessi privati, integra il reato in questione (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 34417 del 15.5.2008 dep. 28.8.2008 rv. 241081: "Ai fini della configurazione del delitto di corruzione propria, pur non dovendosi ritenere necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio per il quale il pubblico ufficiale abbia ricevuto somme di denaro o altre utilità non dovute, occorre che dal suo comportamento emerga comunque un atteggiamento diretto in concreto a vanificare la funzione demandatagli, poiché solo in tal modo può ritenersi integrata la violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che sullo stesso incombono.").

Questo non significa che non debbano essere svolte indagini per la individuazione di atti contrari ai doveri d'ufficio concretamente compiuti ovvero di atti omessi o ritardati, ma tale accertamento se positivo fornirà una prova ulteriore del fatto, non un requisito per la sussistenza della fattispecie.

Chi critica questa impostazione, peraltro ormai consolidata, afferma che in questo modo si dà un'interpretazione abrogativa del reato di cui all'art. 318 cod. pen., perché non vi sarebbe più un'area in cui sia applicabile la corruzione per atto d'ufficio.

Contro questo argomento vi sono due tesi. Una che distingue fra attività discrezionale e attività vincolata, affermando che l'art. 318 cod. pen. troverebbe spazio esclusivamente nell'attività vincolata, quando non c'è alcuna discrezionalità in capo al pubblico ufficiale, che compie quell'atto che comunque avrebbe dovuto compiere, si sarebbe nel campo della corruzione per atto d'ufficio; nell'altra ipotesi si verserebbe, invece, nella fattispecie della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio. Trovo debole questa tesi perché su questa base diventa talora ancora più difficile distinguere l'ipotesi della corruzione per atto d'ufficio da quella della concussione: se l'atto è vincolato e

io mi faccio pagare perché altrimenti non lo compio, il fatto può essere altrettanto facilmente ricondotto alla concussione.

L'altro criterio di distinzione fa invece leva sul concetto di remunerazione: la utilità promessa o ricevuta non pone in discussione l'imparzialità del pubblico ufficiale perché è una "mancia" si è nel campo dell'art. 318 cod. pen., quando invece è tale da intaccarne l'imparzialità si versa nell'ipotesi di cui all'art. 319 cod. pen.

Qual è la soglia oltre la quale è intaccata l'imparzialità del pubblico ufficiale? La giurisprudenza di merito si è attestata nel senso che il parametro di riferimento è lo stipendio. Se rispetto al parametro stipendio del funzionario ciò che il privato gli dà è tale da incidere sul suo rapporto di fedeltà e, dunque, di imparzialità, allora siamo in presenza di una situazione rilevante da ricondurre alla fattispecie di cui all'art. 319 cod. pen., altrimenti può ricorrere l'ipotesi di cui all'art. 318 cod. pen.

La questione riverbera anche sul risarcimento del danno, perché se l'atto è conforme ai doveri d'ufficio si sostiene che l'unico danno configurabile sia il danno morale. Invece, nel caso di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, anche se il risultato è identico si deve discutere di un danno materiale, perché, c'è la necessità di un'attività della P.A. volta alla ricostruzione dell'iter amministrativo seguito per verificare se effettivamente quel risultato sia stato conforme a quello ottenuto.

Il secondo punto da affrontare è quello della distinzione tra concussione e corruzione.

La giurisprudenza aveva escluso che la concussione fosse determinata solo dall'iniziativa del pubblico funzionario, perché con un atteggiamento, per esempio, ostruzionistico costui poteva determinare il privato ad assumere l'iniziativa.

La Corte di Cassazione ha poi più volte affermato il principio secondo cui la concussione è compatibile con il fatto che il pubblico funzionario ponga in essere atti contrari ai doveri di ufficio dai quali il privato tragga un vantaggio.

Ancora di recente (Cass. Sez. 6, sent. n. 9528 del 9.1.2009 dep. 3.3.2009 rv 243047) è stato infatti ribadito che "in tema di concussione, la circostanza che l'atto oggetto di mercimonio da parte del pubblico ufficiale sia illegittimo e contrario ai doveri d'ufficio non comporta di per sé il mutamento del

titolo del reato in quello di corruzione, neppure quando il soggetto passivo versò già in una situazione di illiceità e sia consapevole dell'illegittimità dell'atto, dovendosi ritenere sussistente il delitto di concussione quando la posizione di preminenza prevaricatrice del pubblico ufficiale abbia creato uno stato di timore tale da escludere la libera determinazione della volontà del privato, in conseguenza dell'abuso della qualità o dei poteri del primo". (Fattispecie relativa all'induzione di cittadine extracomunitarie a prestazioni sessuali, commessa mediante l'abuso della qualità e dei poteri di assistenti della Polizia di Stato in servizio presso l'ufficio stranieri di una Questura).

Ovviamente diventa difficile coniugare la qualità di danneggiato del privato, di persona offesa del delitto di concussione (che nella sua fattispecie arieggia quello di estorsione, a parte la qualità soggettiva del pubblico funzionario) rispetto all'eventuale vantaggio che il privato abbia indebitamente percepito in virtù dell'avvenuta violazione dei doveri d'ufficio da parte del funzionario pubblico.

Come si può allora distinguere la concussione per induzione dalle forme di corruzione?

Il parametro, con una semplificazione, va individuato nel rapporto di supremazia del pubblico funzionario rispetto al privato.

Il rapporto di supremazia è quello concreto, perché è evidente che il pubblico funzionario è sempre titolare di poteri che il privato non ha: il raffronto non è normativo ma va effettuato rispetto alla situazione di fatto.

La norma sulla concussione è stata riscritta nel 1990 introducendo quale soggetto attivo del reato anche l'incaricato di pubblico servizio ma, è sostanzialmente la stessa che era stata scritta nel 1930 in una realtà radicalmente diversa da quella odierna.

Si era allora in presenza di uno Stato autoritario con una P.A. molto forte e compatta, con una gerarchia ben delineata, caratterizzata da istruzioni rigorose, con un limitatissimo campo di tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A., con una prassi per la quale la P.A. comunque eseguiva i suoi provvedimenti in maniera coattiva prima di qualunque tipo di intervento giurisdizionale e, quindi vi era una situazione in cui era più facilmente ipotizzabile e raffigurabile la soggezione del privato a chi deteneva pubblici poteri. Non a caso nel testo originario la concussione era limitata al pubblico

ufficiale e non estesa all'incaricato di pubblico servizio. Oggi ci troviamo in una situazione radicalmente diversa.

Il criterio individuato è quello di vedere in concreto come si sono rapportati in ipotesi di un accordo, cioè di una concussione per induzione che sia sfociata in un accordo tra il privato e il pubblico funzionario, se questo accordo è avvenuto su base paritaria oppure se la volontà del privato è stata coartata.

La costruzione è fragile e credo sarebbe bene sopprimere la figura della concussione per induzione, come ci imporrà – se e quando verrà ratificata – la convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa e comunque come ci chiede anche l'O.C.S.E.

3 – Le indagini in tema di corruzione e concussione.

Una caratteristica dello specifico settore che qui si esamina è rappresentata dalla difficoltà che un procedimento abbia inizio, a causa della mancata ricezione di notizie di reato.

Vi sono fattispecie in cui l'acquisizione di notizie di reato è molto facile, in altri casi invece solo una piccola parte dei fatti commessi viene a conoscenza dell'A.G.: si indica con i termini di *numero nero* o di *cifra oscura* il numero di reati commessi ma dei quali l'autorità non viene a conoscenza.

I reati di corruzione, concussione e finanziamento illecito sono fra quelli in cui la cifra oscura è più alta. Infatti il numero delle denunce è molto basso rispetto alla realtà emersa in taluni recenti procedimenti e comunque da quanto è possibile indurre da ingenti disponibilità finanziarie di funzionari pubblici a fronte della modestia del loro trattamento economico e delle imputazioni contro di loro elevate.

La spiegazione va ricercata da un lato nel fatto che le Forze di polizia sono in genere strutturate solo per affrontare forme di criminalità “visibili” e dall'altro nella situazione che caratterizza questo settore e che può essere assimilata a quella di omertà. Infatti nelle ipotesi di corruzione e di finanziamento illecito esiste l'evidente convergente interesse del soggetto attivo e di quello passivo a che sia assicurato il silenzio per evitare le conseguenze penali ed extra penali (annullamento di atti amministrativi, responsabilità civile e amministrativa).

Nelle ipotesi di concussione (almeno in quella per costrizione) va tenuto presente che in tanto la perpetrazione del delitto è possibile in quanto il privato venga a trovarsi in una situazione di assoggettamento (effetto del *metus publicae potestatis*) che perduri nel tempo. Infatti la denuncia comporterebbe l'immediato intervento dell'autorità contro il concussore, sicché solo quando l'autore del reato prevede ragionevolmente che il privato si sottometterà alla sua pretesa senza chiedere (in quel momento o successivamente) tutela nelle opportune sedi, potrà porre in essere attività concussive.

La situazione è dunque sostanzialmente analoga a quella di assoggettamento e di omertà e deriva anche dal rilevante numero di funzionari dediti (realmente o nella percezione del privato) a tali pratiche, con

conseguente timore di ritorsioni nei confronti di chi abbia sporto denunce ovvero abbia comunque collaborato con l'autorità nell'accertamento di simili reati.

Un altro dei modi in cui è possibile infrangere il muro di silenzio è l'investigazione sulle disponibilità extra contabili e sulla loro destinazione.

I reati di corruzione e di finanziamento illecito dei partiti politici richiedono infatti generalmente la disponibilità di somme di denaro, talora rilevanti, gestite extra contabilmente dalle imprese e più in generale la possibilità di rilevanti movimenti di denaro contante senza particolari controlli. In presenza di una effettiva situazione di trasparenza contabile sarebbe stato molto più difficile prelevare e trasferire le ingenti somme utilizzate per gravi fatti di corruzione.

Numerosi società e gruppi imprenditoriali, anche fra i più importanti del Paese, hanno infatti potuto gestire fondi occulti senza che collegi sindacali, società di revisione, CONSOB o altri organi di controllo potessero rilevare le irregolarità.

Ciò è frutto da un lato della inadeguatezza dei controlli sulle imprese e dall'altro di una legislazione inadeguata, che pur prevedendo sanzioni penali con riferimento a tre diverse sfere: quella fiscale, quella societaria e quella fallimentare, appare inadeguata.

La normativa penale fiscale, la cui portata applicativa è stata peraltro ridotta con il D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, presenta il limite di essere applicabile solo in presenza del fine specifico per l'autore del reato di evadere o consentire l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Inoltre sono previste ipotesi delittuose solo in presenza di specifiche falsità materiali o ideologiche escluse quelle per omissione. L'omessa o minore annotazione di ricavi o corrispettivi (che vanno quindi a formare il "nero") integra infatti solo contravvenzioni, pur determinando in concreto la falsità ed inattendibilità delle scritture contabili esattamente come l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti o di documenti contraffatti.

L'effettuazione di accertamenti da parte degli uffici finanziari a distanza di anni dai fatti ed il susseguirsi di condoni tributari e conseguenti amnistie ha comunque impedito qualunque seria perseguibilità di tali condotte, a tacere dei fatti di corruzione rilevati nel corso di verifiche fiscali.

I reati societari (e fra essi il falso in bilancio) presentavano anch'essi vari limiti essendo intesi in genere come destinati a tutela di soci e creditori e non come volti ad assicurare la trasparenza di gestione e comunque sono applicabili alle sole società di capitali.

Il D. L.gs. 11 aprile 2002, n. 61 modificando le fattispecie, riducendo le pene edittali e prevedendo casi di perseguibilità a querela, ha reso ancor più difficile la repressione di siffatte condotte.

Più adeguate appaiono – almeno per ora - le previsioni in tema di reati fallimentari, ma queste, applicabili solo nel momento della crisi dell'impresa, non sono utilizzabili nel momento "fisiologico" della vita dell'impresa. Inoltre il frequente "salvataggio", magari con denaro pubblico, delle imprese evita il più delle volte la dichiarazione dello stato di insolvenza e, rendendo inapplicabili le sanzioni previste dalla legge fallimentare, non vale a scoraggiare comportamenti incompatibili con un moderno mercato.

La situazione descritta, analoga a quella di assoggettamento e di omertà, che contraddistingue i fenomeni ambientali di concussione e di corruzione è un evidente indice della esistenza in sommo grado delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 lettera a) cod. proc. pen.

Il numero delle fattispecie in tema di reati contro la pubblica Amministrazione, le oscillazioni giurisprudenziali sui confini fra l'una e l'altra, il diverso trattamento sanzionatorio, la conseguente variazione del termine di prescrizione o addirittura la non punibilità di talune condotte, contribuiscono a rendere particolarmente complessa l'acquisizione degli elementi di prova e per altro verso a rendere maggiore la possibilità di successo (e dunque il rischio del verificarsi) di inquinamento probatorio. Infatti il risultato che può essere raggiunto con lievi aggiustamenti della situazione probatoria incoraggia il ricorso ai contatti fra persone sottoposte ad indagini al fine di rendere versioni concertate, o l'esercizio di subornazioni o pressioni su testimoni o chiamanti in correttezza.

Il pericolo per la genuinità delle prove da acquisire sorge in genere con la percezione da parte dell'autore del reato che è stata infranta l'aspettativa di silenzio e che pertanto un'indagine è stata avviata. È da quel momento, a prescindere dall'epoca alla quale risalgono i fatti, che possono scattare le attività di volte a ristabilire l'iniziale situazione o quantomeno a limitare i danni

conseguenti alle indagini, nel senso di non consentire l'acquisizione di ulteriori notizie di reato.

L'esperienza concreta ha evidenziato l'immediata attivazione di contatti con altri soggetti investiti di pubbliche funzioni, la ricerca di vie per esercitare pressioni sui soggetti che hanno reso o devono rendere dichiarazioni e talora persino sugli inquirenti.

Quando poi ci si trova davanti ad autori di numerosi episodi di corruzione attiva vi è il pericolo - anche questo in vari casi suffragato dall'esperienza concreta - che essi ricorrano alla corruzione persino nei confronti delle persone che svolgono indagini.

A fronte di una simile realtà l'inciso introdotto nella lettera a) del novellato art. 274 cod. proc. pen.: <<Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti;>> non assume concreta rilevanza in questa materia.

Molte polemiche vi sono state sull'asserito uso della custodia cautelare al fine di ottenere confessioni, ma sul punto è opportuno ricordare che altro è affermare che la situazione di concreto pericolo deriva dal silenzio, altro è rilevare che una scelta di leale collaborazione possa vanificare le preesistenti esigenze cautelari (Una analisi sul punto è svolta nel saggio di Vittorio Grevi <<Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato>> in *Politica del Diritto* a. XXV n. 4 del dicembre 1994).

D'altra parte l'esigenza cautelare di cui all'art. 274 lettera a) cod. proc. pen. non è di solito l'unica che ricorre nei fenomeni descritti: il rilevante numero di delitti accertati in capo ad un singolo soggetto, l'entità delle pene edittali, le talora ingenti disponibilità finanziarie (magari all'estero) rendono frequente la sussistenza del pericolo di fuga.

Infine la diffusività del fenomeno, la vasta rete di complicità, la trama di condizionamenti e ricatti nei confronti di correi non ancora individuati, radicano quasi sempre la sussistenza dell'esigenza cautelare di cui all'art. 274 lettera c) cod. proc. pen.

Tale ultima esigenza non è fronteggiabile infatti solo con misure interdittive ogni qual volta ci si trovi dinanzi a rapporti molto stretti fra l'autore individuato di questi reati ed altri appartenenti al mondo politico o della pubblica

amministrazione (ma anche specularmente, allo stesso gruppo imprenditoriale), in grado di divenire il suo braccio o comunque rispetto ai quali potrà dispiegare utili quanto riservate attività di intermediazione nel delitto.

Anche qui è evidente che un atteggiamento di rottura dei vincoli di omertà da parte dell'imputato o della persona sottoposta ad indagini ha effetti sulla permanenza delle esigenze cautelari. Infatti chi ha intrapreso tale scelta - sicuramente la più difficile e meno comoda per evidenti ragioni personali, psicologiche ed anche talora processuali, dovendo rispondere di un maggior numero di delitti e dovendo sostenere logoranti confronti oltre al rischio di pressioni o ritorsioni da parte dei chiamati in correità - rompe certamente ogni legame con la vita anteatta e si rende inidoneo alla ulteriore perpetrazione di delitti della stessa specie.

Altrettanto deve dirsi per quanto riguarda le condotte poste in essere dagli amministratori di società: il sistematico ricorso a falsità contabili, di natura societaria e fiscale crea situazioni di diffusa illegalità che peraltro sono perduranti nel tempo.