



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

I problemi di offensività nell'evoluzione delle fattispecie di corruzione pubblica e privata nell'ordinamento giuridico italiano

(Anche in riferimento ai sistemi comparati spagnolo e inglese)

Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico (XXXIII ciclo)
Curriculum Diritto e Procedura Penale

Diva Serra Cruz
Matricola 1793277

Tutore
Prof. Antonio Fiorella

Co-Tutore
Prof. Marco Gambardella

INDICE SOMMARIO

Premessa generale	1
-------------------------	---

PRIMA PARTE PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DEL BENE GIURIDICO TUTELATO NEL DIRITTO PENALE E IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ QUALE PREMESSA PER L'ANALISI DEI REATI DI CORRUZIONE PUBBLICA E PRIVATA

Premessa	6
1.- Oggetto materiale ed oggetto giuridico	8
2.- L'ulteriore passaggio dall'oggetto in senso materiale e giuridico all'evento in senso naturalistico e giuridico	10
3.- L'oggetto giuridico del reato e il percorso per arrivare al concetto di bene giuridico	11
3.1.- La portata limitata della teoria del diritto soggettivo: principale antecedente alla costruzione della nozione di bene giuridico	13
3.2.- Il bene giuridico come interesse giuridicamente tutelato	15
3.3.- L'ulteriore distinzione nella dottrina italiana per spiegare le differenze tra interesse e bene giuridico	16
4.- Le principali costruzioni dottrinarie sul bene giuridico: concezioni concettuali critiche e acritiche	18
4.1.- Le posizioni critiche: il bene giuridico come dato esterno alla norma	20

4.2.- Le posizioni positiviste o formali del bene giuridico come dato interno alla norma: sono veramente posizioni acritiche?	27
4.3.- L’approccio Costituzionale al concetto di bene giuridico: la superazione della dicotomia tra posizioni critiche e acritiche?	38
4.4.- La ‘compatibilità’ con il testo costituzionale quale formula congiuntiva che rende conciliabile l’approccio costituzionale del bene giuridico in senso classico con l’idea di una Costituzione aperta nel tempo	44
5.- Il principio di offensività o necessaria lesività nella Costituzione italiana: considerazioni intorno al diritto positivo	48
6.- Lo schema della «seriazione dei beni giuridici» come criterio orientatore dell’ulteriore discussione	59
7.- Il grave problema di offensività che significa proteggere soltanto l’esercizio della funzione	62
8.- Il problema della protezione della funzione come introduzione al problema del pericolo astratto	66
9.- Rilevi conclusivi sull’evoluzione del concetto di bene giuridico e il suo inscindibile rapporto col principio di offensività	70

SECONDA PARTE

ANALISI SUI REATI DI CORRUZIONE

CAPITOLO II

ANALISI DELL’EVOLUZIONE DEI PRINCIPALI REATI DI CORRUZIONE PUBBLICA NEL C.P. ITALIANO IN RAPPORTO AI SUOI PROBLEMI DI OFFENSIVITÀ

Premessa	75
----------------	----

1.- Il problema della delimitazione concettuale	77
2.- Le dimensioni internazionali della corruzione quale precedente alle riforme in materia di corruzione nell'ordinamento giuridico italiano	80
3.- Il sistema dei reati di corruzione pubblica nel c.p. italiano come sistema normativo di riferimento	85
4.- La conservazione dell'impianto tipico dopo la riforma del 1990 in contrasto con i cambi sostanziali introdotti dalla riforma del 2012: un'introduzione generale ...	87
5.- L'importante conservazione, dopo la riforma del 2012, del modello di configurazione dei reati di corruzione come plurisoggettivi a concorso necessario	89
6.- Analisi specifica dell'evoluzione delle fattispecie di corruzione impropria alla nuova c.d. corruzione per l'esercizio della funzione destinata a punire la corruzione sistematica	94
6.1.- Il nuovo reato di cui l'articolo 318 c.p. come figura che frattura lo schema precedente.....	94
6.2.- Il problema della messa a libro paga per atti contrari ai doveri d'ufficio: atipicità o prevalenza dell'art. 319 c.p.?	101
6.3.- Il bene giuridico tutelato dalla figura di corruzione per l'esercizio della funzione: riflessioni ancora collegate alla precedente figura di corruzione impropria	106
6.4.- Il preteso superamento dei problemi di offensività della corruzione impropria antecedente dopo la riforma del 2012	113
7.- La marginale modifica della corruzione propria di cui l'art. 319 c.p.	116
7.1.- L'equivalenza reale tra corruzione per atti contrari ai doveri prevista nell'articolo 319 c.p. e la precedente corruzione propria	116
7.2.- L'esplicito riconoscimento della forma susseguente di corruzione propria e le differenze che da esso derivano, in rapporto alla figura antecedente	119

7.3.- Il buon andamento e l'imparzialità quali beni giuridici strumentali del reato di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio di cui l'art. 319 c.p.	122
7.4.- Sfumature differenziate nell'offensività dei beni, il buon andamento e l'imparzialità tra corruzione propria antecedente e susseguente	127
8.- Le ulteriori riforme del 2015 e del 2019 e la sua nulla influenza sulla configurazione delle fattispecie di cui l'art. 318 e 319 c.p.	129
9.- Rilievi conclusivi sui problemi di offensività dei principali reati di corruzione pubblica nell'ordinamento giuridico italiano	132

CAPITOLO III

ANALISI DELL'EVOLUZIONE DEI REATI DI CORRUZIONE PRIVATA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO, DALL'INFEDELTÀ A SEGUITO DI DAZIONE O PROMESSA DI UTILITÀ ALLA CORRUZIONE TRA PRIVATI, IN RAPPORTO AI SUOI PRINCIPALI PROBLEMI DI OFFENSIVITÀ

Premessa	140
1.- Come le preoccupazioni sulla corruzione sorgono nella sfera privata	141
2.- L'indirizzo preso dai trattati internazionali in materia di corruzione tra privati quale antecedente alla regolazione	145
3.- La regolazione italiana attraverso la riforma dei reati societari del 2002	159
3.1.- L'Italia dopo la regolazione internazionale attraverso l'infedeltà a seguito di dazioni o promesse di utilità: esecuzione di obblighi o strada propria?	159
3.2.- I tratti distintivi della corruzione privata rispetto al modello pubblicistico di incriminazione: l'evento dannoso quale bene giuridico finale	163
3.3.- Configurazione obiettiva della fattispecie: il <i>pactum sceleris</i> come requisito di realizzazione del danno	167

4.- La riforma per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione	169
4.1.- Il cambio di rubrica a corruzione tra privati, ancora 'frode di etichette'? ...	169
4.2.- L'urgenza della libera concorrenza: la modifica del testo e il suo marginale impatto nella realtà giuridico penale	172
4.3.- La portata della distorsione della concorrenza: pericolo micro o macro-economico?	175
5.- La vera riforma del 2017 e l'ulteriore riforma 2019	179
5.1.- La finalmente sostanziale trasformazione della figura di corruzione tra privati	179
5.2.- L'eliminazione del nocumento e i problemi del transito al modello lealistico	184
5.3.- I problemi derivati dalla manutenzione della querela della persona offesa: la goccia che fa traboccare il vaso verso la 'finora' ultima riforma	188
6.- Rilievi conclusivi in rapporto all'evoluzione storica del reato di corruzione tra privati con speciale riferimento ai problemi di offensività del tipo	190

TERZA PARTE

RIFLESSIONI DI DIRITTO COMPARATO

CAPITOLO IV

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ IN ALTRI ORDINAMENTI GIURIDICI E LE IMPLICANZE CHE NE DERIVANO SUI REATI DI CORRUZIONE PUBBLICA E PRIVATA

Premessa	196
----------------	-----

1.- Il principio di offensività di beni giuridici in Spagna quale elemento rintracciabile a partire dal principio costituzionale di proporzionalità	198
2.- Lo <i>standard</i> di protezione derivato dallo ' <i>harm principle</i> ' anglosassone quale criterio dottrinario edificato intorno alla libertà	208
3.- Il trattamento differenziato della corruzione pubblica e privata in Spagna come correlato del riconoscimento dei diversi interessi coinvolti	221
3.1.- Il servizio agli interessi della comunità quale bene giuridico costituzionalmente riconosciuto per i reati di corruzione pubblica in Spagna ...	222
3.2.- La giusta e onesta concorrenza quale bene giuridico finale nella figura di corruzione privata o corruzione negli affari di cui l'articolo 286 <i>bis</i> del c.p. spagnolo	231
4.- L'indifferenza verso la categoria del bene giuridico nei reati di ' <i>bribery</i> ' regolati come fattispecie di corruzione generale a partire della ' <i>Bribery Act 2010</i> '	236
5.- Rilievi conclusivi sulla convenienza di riconoscere un principio di offensività a livello costituzionale	246
Conclusioni generali	255
Bibliografia essenziale di riferimento	262

PREMESSA GENERALE

La necessità di rivalutare l'offensività di fronte all'espansione 'apparentemente' irragionevole del diritto penale moderno

“L'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette”

(Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1764)

Constatando che lo stato attuale del diritto penale coincide con un'espansione della materia catalogabile, almeno 'apparentemente', come irragionevole, questa tesi ha per scopo generale quello di sviluppare un'analisi dei principali aspetti della teoria del bene giuridico tutelato e della sua inscindibile relazione con il principio di offensività, secondo la sua formulazione costituzionale italiana, al fine di verificare se, attraverso gli obiettivi della teoria, poi tradotti in concetti e categorie dogmatiche, si possano rintracciare proposte concettuali destinate a dimostrare che la proliferazione di nuovi reati, che aspirano a rispondere ai 'nuovi tempi' e ai 'nuovi rischi', non sempre obbediscono ai mandati essenziali che definiscono la scienza penale.

A questo scopo, la nostra indagine comporterà anche un vaglio pratico delle conclusioni raggiunte sull'offensività, ma, consapevoli dell'impossibilità di eseguire un esame completo delle diverse figure che sorgono nel diritto penale moderno, abbiamo deciso di concentrare gli sforzi su una categoria di reati che, a nostro avviso, riunisce interessanti caratteristiche che permettono di svolgere, attraverso le differenti manifestazioni, sia classiche che attuali, un'analisi profonda anche della parte speciale del diritto penale. Si tratta dei reati di corruzione pubblica e privata che, condividendo la configurazione dal punto di vista della struttura, rispondono a fenomeni storici, e perciò regolatori assolutamente diversi, il primo vecchio tanto quanto la società stessa e classico poiché riconosciuto in qualsiasi codice penale, il secondo, moderno e non senza difficoltà, recentemente incorporato in ordinamenti giuridici come quello italiano.

Quindi, come cercheremo di spiegare attraverso questa indagine, i reati di corruzione, sicuramente a causa del loro evidente legame con il fenomeno corruttivo in senso ampio, ma nel quale ad ogni modo non si identificano, provocano una reazione sociale e una tendenza politico

criminale a incrementare il rimprovero giuridico penale, proprio perché sembra che la società moderna porti avanti una lotta internazionale contro la corruzione che, a partire da una serie importante e numerosa di riforme operate dal 1990 in poi, ha messo a confronto la necessaria efficienza ed efficacia repressiva *versus* l'osservanza dei principi classici del diritto penale, quali la sussidiarietà, la frammentarietà, la *extrema ratio*, e, senza dubbio, anche l'offensività.

Dunque, trattandosi di uno spazio in cui si confrontano significativamente il tema dell'efficacia con quello della necessaria osservanza delle garanzie, crediamo che una lettura attraverso la lente dell'offensività possa contribuire alla delimitazione di ciò che veramente merita tutela penale, a confronto con quelle situazioni che sembrerebbero risultare già adeguatamente tutelate mediante il diritto civile o amministrativo, esattamente perché non riescono ad ancorarsi al grave disvalore di evento necessario per avviare l'apparato di persecuzione statale più gravoso, trattandosi di necessità che, talvolta, sembra essere dimenticata o lasciata indietro rispetto all'esigenza di diminuire il verificarsi dei fatti corrottivi.

Così, tenendo presente la crisi del concetto di bene giuridico, e al fine di ripristinarne la rilevanza, cominceremo esponendone brevemente l'evoluzione, sin dall'inizio, quale nozione capace di superare le limitazioni del precedente concetto di diritto soggettivo, fino al confronto tra le teorie critiche e acritiche del bene giuridico, anche approfondendo le diverse visioni sulla finalità stessa del diritto penale. Arriveremo dunque ad analizzare in profondità la teoria costituzionalista del bene giuridico protetto, attraverso lo sviluppo del principio di offensività in Italia, con l'obiettivo di evidenziare la necessità di situarlo, come principio, all'interno del quadro generale di garanzie penali sostanziali a favore del cittadino, cercando, inoltre, di rintracciare i parametri di riferimento capaci di orientare la decisione sulla rilevanza di un bene giuridico e di contribuire a determinare se possa soddisfare o meno lo *standard* costituzionale di protezione penale.

Come aspetto fondamentale dell'indagine, e sempre allo scopo di fornire strumenti idonei a contribuire a una definizione più chiara delle entità suscettibili di protezione penale, soprattutto davanti a reati moderni come la criminalità economica o ambientale, utilizzeremo lo schema, sviluppato anche nel diritto penale italiano, della seriazione di beni giuridici, il quale permette di distinguere, con chiarezza, i beni giuridici, secondo la loro maggiore o minore distanza dalla condotta vietata, guidando la decisione legislativa e stabilendo, in modo trasparente, come la mera infedeltà o la funzione, non dovrebbero mai considerarsi beni giuridici penalmente tutelabili.

Tuttavia, inevitabilmente, la nostra analisi così formulata, in particolar modo in base agli obiettivi fissati, ci ricondurrà all'importanza di riattribuire un valore centrale, non soltanto all'offensività, ma anche ad altri principi fondamentali in materia penale, che insieme formano un meccanismo di protezione che si articola come sistema interdipendente, in cui l'offensività, come principio intimamente collegato alla finalità di protezione di beni giuridici del diritto penale, non può essere compresa come indipendente dalla sussidiarietà, la frammentarietà e l'*extrema ratio*.

Per quanto riguarda l'analisi in concreto delle fattispecie, dobbiamo chiarire, sin d'ora, che ci concentreremo sui principali reati di corruzione pubblica nel minisistema dei reati di corruzione nel codice penale italiano, allo scopo di comprendere come l'evoluzione storica, operata attraverso diverse riforme nella materia, abbia mutato l'impianto tipico della corruzione propria e impropria, oggi corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, e come questi cambiamenti si ripercuotano sulla protezione dei beni giuridici attraverso le diverse figure, tenendo sempre presente che non tutto ciò che appare come riprovevole debba necessariamente essere punito e perseguito attraverso lo strumento penale.

Presteremo particolare attenzione al modo speciale e tipico in cui si configurano i reati di corruzione in Italia, vale a dire, come reati bilaterali a concorso necessario, il che apporta elementi fondamentali anche con riferimento al giudizio di offensività, oltre a evidenziare come, persino su questo punto, l'ordinamento giuridico italiano tracci linee del tutto innovatrici rispetto ad altri ordinamenti giuridici, in cui la corruzione, come altre figure, si configura semplicemente come un reato unilaterale, sottraendo importanza all'accordo corruttivo o *pactum sceleris*, elemento che qui, invece, si è consolidato come base essenziale che contribuisce non solo a distinguere la corruzione da altri reati ma anche a definirla come fattispecie.

Successivamente sposteremo l'attenzione sul nuovo reato di corruzione privata in Italia, dalla sua origine, come infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, all'ulteriore consolidamento come figura di vera e propria corruzione tra privati, in cui, nonostante la diversità di interessi messi in gioco, si è stata seguita - dal punto di vista della struttura - la stessa linea della corruzione pubblica propria antecedente. In questo caso, l'analisi del bene giuridico tutelato diventerà un compito particolarmente complesso, poiché attraverso l'evoluzione del precetto si è manifestata un'assoluta mancanza di chiarezza su cosa si dovrebbe tutelare nella corruzione nel settore privato; il che è diventato ancora più complesso di fronte alla difficoltà intrinseca di

configurare come beni giuridici effettivamente colpiti dalla condotta vietata quegli scopi di cui si tiene conto quando si decide di prevedere la fattispecie, quali sono, ad esempio, la giusta concorrenza, la stabilità del mercato e persino dell'economia.

Inoltre, attraverso l'analisi delle fattispecie in concreto, vogliamo evidenziare che non sempre esiste una concordanza tra mezzi e fini, nella misura in cui si contemplan norme che, aspirando a proteggere determinate aree di interessi o a rendere più efficiente la persecuzione di fatti 'non tollerabili', in realtà, introducono nell'ordinamento giuridico reati che, non solo non adempiono alle garanzie di offensività o *extrema ratio* poiché intervengono laddove è ancora possibile una diversa soluzione giuridica, ma soprattutto perché configurano figure di diritto penale simbolico, quale strumento di persecuzione del tutto inefficace, e perciò permanentemente sottoposto a riforme per raggiungere una maggiore efficienza, invece di riconoscere che, forse, la soluzione migliore non dovrebbe riposare nell'utilizzo automatico del diritto penale, proprio perché si tratta di una materia che dovrebbe conservare la propria vocazione di risposta soltanto per le condotte più gravose dell'ordinamento.

Infine, per completare la nostra analisi, ci sposteremo verso una riflessione nel solco del diritto comparato, con lo scopo di confrontare l'utilità del riconoscimento del principio di offensività con le conclusioni alle quali è possibile giungere in due diversi ordinamenti giuridici nei quali il principio di offensività non trova riconoscimento costituzionale esplicito, nonostante si possano rintracciare, a livello dogmatico, diversi elementi che dimostrano che, sia la protezione di interessi, che il danno come incidenza su quegli stessi interessi, rivestono un ruolo fondamentale nell'orientare il legislatore nella creazione delle fattispecie penali e soprattutto nell'interpretazione delle stesse.

Il primo di questi ordinamenti giuridici è la Spagna, che ha un sistema giuridico simile a quello italiano, nel quale si pone senz'altro in evidenza la rilevanza del principio di esclusiva protezione dei beni giuridici, nonostante l'indifferenza verso il principio di offensività nel testo costituzionale del 1978. Per questa ragione la dottrina e la giurisprudenza costituzionale cercano di ricostruirlo a partire dal principio di proporzionalità, e dalla correlativa necessità di ponderazione, che emana - secondo la dottrina spagnola - direttamente dal riconoscimento dei diritti fondamentali. Ravviseremo inoltre come una definizione materiale del reato, come lesione di beni giuridici, contribuisca al dibattito, permettendoci di ristabilire la discussione sulla

necessaria offensività delle condotte sanzionate penalmente anche nell'analisi pratica dei reati di corruzione in Spagna.

Ci muoveremo, quindi, verso l'ordinamento giuridico inglese, di tradizione completamente diversa, e in cui lo '*harm principle*', o principio del danno, si costruisce intorno alla nozione stessa di libertà ed è destinato a proteggere gli individui dai danni che possono essere arrecati da altri, oltre che orientato a separare la morale dal diritto. Tuttavia, nonostante si tratti di un principio di applicazione generale, viene utilizzato anche in sede penale, dove trova importanti sviluppi dottrinari tesi a definire il concetto stesso di danno e comporta rilevanti problemi dal punto di vista della giustificazione degli interventi penali nel rispetto dello *standard* dell'offensività, questione che sarà poi utilizzata per illuminare la discussione sui reati di corruzione rispettivi, i quali appaiono come del tutto innovativi poiché regolati senza distinguere tra soggetti pubblici o privati, questione che senza dubbio inciderà sul problema del bene giuridico tutelato.

Infine, vorremmo evidenziare come, nella misura in cui il diritto penale costituisce un sistema articolato di regole che cercano di rispondere a un criterio di ragionevolezza, e che sono state edificate proprio per contrastare il naturale abuso che implica l'esercizio del potere punitivo statale, allora, mantenere salve queste regole rappresenta una sfida obbligatoria, non solo a livello accademico e dogmatico, ma anche attraverso il loro riconoscimento nelle Costituzioni moderne, giacché soltanto così si potranno costruire vere e proprie opposizioni nel caso in cui la legge si allontani dall'ideale di un diritto penale destinato a proteggere beni giuridici danneggiati o messi in pericolo, e destinata ad agire soltanto là dove le altre aree del diritto non riescano ad intervenire in misura sufficiente, oltre che provocando il minore danno possibile attraverso la sanzione.

Dunque, l'obiettivo principale di questa indagine è quello di dimostrare la necessità di riconoscere un principio destinato a salvaguardare uno dei confini più rilevanti del diritto penale, ovvero dimostrare come l'effettivo danno prodotto dalle condotte sanzionate rappresenti un criterio di selezione legislativa e di interpretazione giudiziaria, come un modo di proteggere i cittadini destinatari delle norme; trattandosi di una questione che deve essere poi integrata attraverso la messa in evidenza del rilievo della sua inclusione nel testo costituzionale, quale unico modo per tentare di garantire il suo effettivo adempimento davanti a un legislatore ogni giorno più disposto a utilizzare il diritto penale come uno strumento politico non sempre osservante del principio di ragionevolezza sul quale si fonda la materia penale.

CAPITOLO I

Il problema del bene giuridico tutelato nel diritto penale e il principio di offensività quale premessa per l'analisi dei reati di corruzione pubblica e privata

Premessa

Il paradigma di protezione di beni giuridici, storicamente, ma non unanimemente, considerato equivalente alla finalità principale del diritto penale, sembra oggi attraversare una profonda crisi, senza però consolidarsi in alternativa nessuna teoria capace di sostituirla. Dunque, in questo primo capitolo, pretendiamo di riprendere la discussione sull'importanza che ha, nel diritto penale, la protezione di beni giuridici, con lo scopo di dimostrarne la rilevanza nell'attualità, soprattutto alla luce dell'incapacità delle teorie alternative di giustificare l'intervento penale nel suo insieme, e sperando di saper costruire, in considerazione delle grandi verità del passato, una critica sostanziale alla proliferazione di fattispecie che sconsigliano, in assoluto, la rilevanza di un bene giuridico offeso in forma di danno o pericolo, oppure riconoscono, come bene giuridico, entità così lontane e astratte, da supporre comunque un questionamento del ruolo del bene giuridico.

Tuttavia, la categoria stessa di bene giuridico ha generato, già in passato, una fruttuosa e profonda discussione che si collega strettamente all'idea che si difenda sulla funzione del diritto penale, lasciando intravedere così, l'enorme carica ideologica che potrebbe nascondere un orientamento verso la discussione sul bene giuridico tutelato erroneamente condotta. Di conseguenza, proveremo a esporre, sebbene in maniera breve, i passaggi fondamentali attraverso i quali si è arrivati al concetto attuale di bene giuridico, concepito come oggetto giuridico del reato, in opposizione alla precedentemente considerazione dello stesso come oggetto materiale, sperando di offrirne una nozione compatibile con il compito di fornire criteri destinati a delimitare il contenuto delle diverse fattispecie del diritto penale.

Di seguito, come è logico che sia, dovremmo addentrarci nel pieno dell'analisi dello sviluppo storico del principio di offensività in Italia, quale corollario e crocevia di molte altre garanzie, dato il suo stretto e inscindibile legame col bene giuridico tutelato, considerato, inoltre, il suo naturale ed essenziale complemento, giacché gli permette di verificare e accertare in sede applicativa tutto ciò che il concetto stesso di bene non è capace di risolvere da solo, sempre al fine

di assicurare, o almeno contribuire, alla consolidazione di un diritto penale che mantenga la propria portata sussidiaria, compatibile con un diritto penale minimo e, perciò, efficiente e rispettoso delle garanzie fondamentali.

Il principio di offensività, quale pilastro fondamentale che riguarda il profilo esteriore del reato, non si comprende senza fare, almeno, una breve menzione sulla materialità, intesa come quell'accadimento esteriore della condotta rilevante dal punto di vista penale, che viene poi complementata attraverso l'offesa progettata quale valutazione negativa della condotta¹, e che insieme, trovano riconoscimento nella Costituzione italiana sotto forma di 'limiti contenutistici' in previsione dell'illecito penale.

Tuttavia, sorgono diverse domande sulla portata del menzionato riconoscimento, che, in materia di offensività, si traducono nel questionamento sulla necessità o meno che, ogni bene giuridico protetto trovi riscontro nel testo costituzionale, questione su cui svilupperemo un'analisi a parte, al fine di provare a stabilire uno *standard*, da una parte abbastanza flessibile da permettere una protezione di quelle entità che sorgono con l'evolversi della società, ma dall'altra abbastanza rigido, per non lasciare spazio alla tutela di beni incompatibili con i termini fissati nella Carta costituzionale.

In seguito, per comprendere al meglio quando un bene giuridico soddisfa lo *standard* precedente, *versus* quando dovrebbe essere escluso dall'ambito di protezione penale, esporremo, attraverso le diverse categorie che fanno parte dello schema della seriazione di beni giuridici, come la maggiore o minore distanza tra la condotta vietata e il bene rispetto al quale si determina l'offesa, potrebbe illuminare la discussione, aiutando a determinare quando si dovrebbe escludere una categoria che presentandosi come bene giuridico, in realtà, non è altro che una funzione, oppure la propria condotta vietata nel suo aspetto virtuoso, questione che ci servirà poi nei capitoli susseguenti, per analizzare i principali reati di corruzione, allo scopo di stabilire, attraverso un esempio paradigmatico, come il discorso a favore dell'efficienza persecutoria possa portare

¹ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 181. È importante indicare che insieme ai pilastri che si riferiscono al profilo esteriore, troviamo quelli che riguardano il profilo interiore, da una parte la dominabilità concepita come la possibilità concreta dell'uomo di tenere un comportamento diverso, e dall'altra, la riprovevolezza progettata come un giudizio psicologico che implica la valutazione di diverse situazioni che ci permettono di affermare dal punto di vista interno che un reato appartiene a un soggetto.

importanti conseguenze dal punto di vista della protezione dei principi fondamentali in materia penale sostantiva.

1.- Oggetto materiale e oggetto giuridico

Come già riconosciuto nel 1932 da Arturo Rocco nell'opera "*L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*", la questione relativa alla determinazione del concetto dell'oggetto del reato rappresenta "una delle questioni più importanti e insieme più difficili e controverse che presenti la scienza del diritto penale"², giacché si collega al "cuore stesso del diritto penale nella sua funzione e nei suoi contenuti fondamentali"³. Tuttavia, qui ci concentreremo soltanto sugli aspetti principali che forniscono i criteri utili alla posteriore analisi che vogliamo sviluppare, cominciando dalla differenza tra oggetto in senso materiale e oggetto in senso giuridico.

Un primo approccio al problema, ci suggerisce che la distinzione tra categorie dipende dal punto di vista adottato, di modo che, se pensiamo al reato in quanto fatto materiale, allora l'oggetto sarebbe "l'uomo o la cosa in quanto formano la materia su cui cade l'attività fisica del colpevole"⁴; al contrario, quando ci riferiamo al reato in quanto illecità, allora dovremmo attribuire all'oggetto una connotazione non solo in quanto materia, ma anche in quanto bene, interesse, o eventualmente il vero e proprio diritto soggettivo di cui è titolare il soggetto passivo offeso, e che viene elevato a categoria penale in quanto si tratta di un bene, interesse o diritto "protetto da una norma giuridica imposta sotto sanzione penale e violata mediante una azione delittuosa"⁵.

Tuttavia, secondo una diversa posizione, l'idea secondo cui l'oggetto materiale possa identificarsi soltanto con un'entità del mondo biofisico, contrasta subito con la realtà normativa

² A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932-X, p. 1. Anche mettendo in evidenza l'importanza che abbia il concetto del bene giuridico, indicando che senza esagerare "troneggia al centro del sistema", si può vedere F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, n. XI/1939, pp. 3-36.

³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 3.

⁴ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 11. Il concetto di obbiettività materiale si trova pure in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, 3^a ed., Pisa, 1867, §36, tuttavia, questo secondo autore indica sia un errore ritenere che l'oggetto del delitto sia la cosa o l'uomo su cui l'azione criminosa si esercita, giacché il delitto si perseguita non come fatto materiale, ma come ente giuridico. Dunque, l'azione materiale avrà per oggetto la cosa o l'uomo, però l'ente giuridico non potrà avere per oggetto altro che una idea, cioè, il diritto violato che la legge col suo divieto protegge.

⁵ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 11, l'A. spiega quali sono gli altri significati di bene giuridico come *norma giuridica*, come *obbligo giuridico* o *dovere giuridico*, come *pretesa giuridica* e anche come *rapporto giuridico*. Nello stesso senso F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit. pp. 103 ss., chi sponendo la posizione di Liszt indica che la distinzione tra oggetto materiale e bene giuridico sia data perché la prima categoria appartiene al mondo biofisico, e la seconda al mondo normativo.

che “prevede come oggetti della condotta anche entità certamente non sensorie e non circoscrivibili in dimensioni spaziali”⁶ come, ad esempio, il matrimonio, il segreto o il falso nome, ciò che ci porta ad accettare come vera l’idea, secondo cui, si dovrebbe considerare che anche l’oggetto materiale ha una componente normativa in quanto oggetto di riferimento dell’azione che comprende anche l’evento in senso naturalistico, ma non da solo. In questo modo, l’oggetto giuridico risulterebbe “ricavabile in via di interpretazione”⁷ e coinciderebbe con l’oggetto di tutela della norma, avendo appartenenza tanto al mondo materiale quanto a quello normativo, ragione per cui la differenza verrebbe data piuttosto in base alla funzione che esercita ognuno di questi concetti. Dunque, l’oggetto materiale opererebbe come elemento del fatto sul piano strutturale, mentre l’oggetto giuridico rappresenterebbe l’oggetto di tutela della norma, rilevante in sede valorativa e, trasformabile in oggetto di riferimento per distinguere tra reati di pericolo e reati di lesione, a differenza dell’oggetto materiale che permetterebbe la distinzione tra reati di evento e reati di mera condotta.

Tuttavia una terza posizione, staccandosi parzialmente da quelle precedenti e, con lo scopo di spiegare al meglio gli elementi materiali del fatto, indica che, in realtà, bisognerebbe distinguere ulteriormente tra oggetto materiale ed evento naturalistico, coincidendo l’oggetto materiale con “il punto di ricaduta della condotta criminosa”⁸ e che potrebbe essere una persona o una cosa (la persona uccisa nell’omicidio o la cosa mobile sottratta nel furto), in confronto all’evento in senso naturalistico che coinciderebbe con il “risultato della condotta consistente nella modificazione del mondo esterno”⁹, ciò che evidenzia come il modo migliore per comprendere la differenza tra oggetto materiale e oggetto giuridico, sia attraverso l’incorporazione, nell’analisi, delle categorie di evento in senso naturalistico ed evento in senso giuridico, questione che ci permetterà di collegare, in modo migliore, il problema dell’oggetto del reato e i pilastri fondamentali di materialità e offensività¹⁰.

⁶ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., p. 105.

⁷ *Ibid.*

⁸ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 202 s.

⁹ *Ivi*, p. 199.

¹⁰ Anche a favore della tesi sposta, il V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, a cura di G.D. PISAPIA, Torino, 1961, pp. 582 s., che distingue chiaramente tra oggetto materiale e oggetto giuridico, indicando che il primo è quell’elemento di un fatto delittuoso in relazione al quale avviene la violazione dell’interesse protetto e che rappresenta l’entità materiale principale, mentre l’oggetto giuridico è sempre un interesse pubblico, anche quando il soggetto passivo particolare della lesione o del pericolo sia un privato, e aggiunge che il diritto penale protegge quegli interessi individuali, soltanto quando sono o possono essere individuati come interessi di tutta la collettività e non

2.- L'ulteriore passaggio dall'oggetto in senso materiale e giuridico all'evento in senso naturalistico e giuridico

Il 'terzo sguardo' appena esposto, nonostante rappresentare, in realtà, una posizione staccata da quelle precedenti, ci permette di transitare da una visione che mette al centro della discussione l'oggetto del reato (sia materiale che giuridico) a un'altra, che invece ricostruisce la struttura del reato come un insieme di elementi più complessi, non per negare il rapporto soggetto - oggetto¹¹, ma bensì per offrire una visione del reato non più che mette il *focus* sull'entità sulla quale ricade l'azione del soggetto attivo (sia in senso naturalistico o valorativo), ma attraverso una concezione della sua struttura¹², che considera l'evento come l'elemento materiale del fatto¹³ e consiste nella conseguenza della condotta eseguita dal soggetto attivo.

In questo modo, avendo già spiegato cosa si dovrebbe intendere per evento in senso naturalistico, e come questo si colleghi all'oggetto nel suo aspetto materiale, risulta necessario approfondire il concetto di evento in senso giuridico, cercando di stabilire se, anche in questo caso, esistono possibili vincoli tra evento e oggetto, giacché in modo preliminare sembrerebbe trattarsi

semplicemente come appartenente alla persona a cui viene leso o esposto a pericolo l'oggetto concreto, avendo questa decisione carattere costitutivo.

¹¹ Alcuni studiosi, soprattutto nella prima metà del secolo XX offrivano una visione meno complessa della struttura del reato, indicando che bastava con distinguere tra soggetto attivo, soggetto passivo ed oggetto del reato, vedere in questo senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1980, Titolo I, Capitolo I, dedicato a descrivere la struttura del reato. Dall'altra parte, troviamo anche gli autori che senza offrire una visione più approfondita sulla struttura del reato, dedicano le sue opere complete ad analizzare il problema sull'oggetto della tutela, in questo senso A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., *passim*.

¹² È importante avere presente che nella storia del diritto penale - nonostante esistere altri intenti di sistematizzazione - si sono consolidati due principali sistematiche che pretendono spiegare la struttura del reato, una qualificata dalla dottrina come naturalistico- descrittiva, conosciuta anche come teoria bipartita, che distingue tra elemento oggettivo o materiale ed elemento soggettivo o psicologico, e un'altra piuttosto teleologica, sviluppata soprattutto dalla dottrina tedesca. La concezione bipartita, molto seguita in Italia, considera che l'elemento oggettivo accoglierebbe in sé tutto ciò collegato con il lato esterno del reato, mentre l'elemento soggettivo lo farebbe coll'aspetto interno, vale a dire, tutto ciò inerente all'atteggiamento psicologico dell'autore in sé considerato, e dall'altra, la teoria tripartita, seguita soprattutto nella Germania, scompone il reato in fatto, antigiuridicità (oggettiva), e colpevolezza, nonostante che nella sua versione originaria insieme a questi elementi, aggiungeva la tipicità (conformità del fatto alla fattispecie) come elemento indipendente del fatto. Si può consultare A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 189 ss., e ID., *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, n. 6/2015, pp. 173 ss. Al di là di queste diverse concezioni, che mettono il bene giuridico tutelato sia tra gli elementi materiali, sia nel fatto, esistono altri sguardi secondo cui l'interesse tutelato potrebbe essere concepito come requisito autonomo della fattispecie. Per una spiegazione della discussione si può consultare il lavoro di F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* n. XVI/1973, pp. 3-37, dove tuttavia l'Autore offre tutte le ragioni per affermare che nel sistema italiano non si possa considerare l'interesse tutelato come requisito autonomo della fattispecie.

¹³ La condotta funziona come il punto di riferimento a cui debba essere ricondotto l'evento che rappresenta, inoltre, il cuore della struttura del fatto materiale, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 198.

di due realtà abbastanza vicine o quanto meno collegate, nella misura in cui l'oggetto giuridico del reato sarebbe quell'entità su cui ricade l'azione del soggetto attivo del reato, identificabile col diritto soggettivo, l'interesse giuridico, oppure il bene giuridico, mentre l'evento potrebbe identificarsi con 'l'offesa' di quell'interesse o bene.

La menzionata offesa, si concretizzerebbe attraverso una valutazione negativa, effettuata dall'ordinamento giuridico sul dato naturalistico, che attribuirebbe un significato di disvalore, specificamente penalistico, al modo in cui una condotta modifica il mondo esterno pregiudicando un *quid* o un'entità a cui il diritto ha attribuito un valore¹⁴, vale a dire, l'ordinamento giuridico deciderebbe di tutelare determinati 'beni', che vengono poi successivamente danneggiati, o messi in pericolo da determinate condotte, descritte anche nella legge, generando -nel momento della verifica- ciò che la dottrina chiama tecnicamente evento giuridico.

In effetti, l'oggetto giuridico sarebbe quell'entità, quel *quid*, su cui ricade la condotta del soggetto attivo, ampiamente identificato con la nozione di 'bene giuridico', mentre l'evento giuridico del reato coinciderebbe con l'offesa di quel bene, valutata come negativa attraverso il giudizio che ha la norma per proteggere e tutelare quello stesso *quid*, proiettando, di conseguenza, la necessaria offensività della condotta come requisito fondamentale per sanzionare detta condotta attraverso l'intervento penale.

3.- L'oggetto giuridico del reato e il percorso per arrivare al concetto di bene giuridico

L'idea secondo cui l'oggetto giuridico del reato coinciderebbe con la nozione di 'bene giuridico', oggi abbastanza accettata, non è stata assolutamente pacifica nella storia del diritto penale, ragione per cui proveremo a sviluppare una breve sintesi su come si è arrivati a consolidare la nozione di bene giuridico come la più adatta a rispondere al problema sull'oggetto giuridico del reato, e in seguito, come la necessaria offensività del fatto si sia consolidata come una conseguenza che proviene inscindibilmente da questa nozione, e si erige *a posteriori*, quale corollario di protezione di altre garanzie fondamentali in materia di persecuzione penale e si evolve, in Italia, quale principio costituzionalmente protetto.

¹⁴ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 205.

Il dibattito sul bene giuridico tutelato non è stato mai abbandonato, attirando ogni tanto l'attenzione, soprattutto *ad portas* di una riforma legislativa per prendere determinate decisioni in materia di tutela penale¹⁵, suscitando ancora oggi diverse opinioni sia a favore di un più forte e chiaro riconoscimento dell'importanza dell'offensività di beni giuridici a livello legale e costituzionale, che contro, in questo secondo caso tenendo presente ragioni di efficienza e politica criminale, specialmente da parte dei teorici che considerano l'attuale, una società di rischi¹⁶ che renderebbe urgente la protezione di aree precedentemente sconosciute, e genererebbe, come effetto, la regolazione di fattispecie in cui l'offensività indietreggia lasciando più spazio all'efficienza della protezione, con un'evidente perdita dal punto di vista del rispetto dei principi fondamentali in materia penale.

Innanzitutto, è fondamentale chiarire che, in questa sede, non sarà possibile affrontare ognuna delle teorie che hanno per scopo quello di rispondere alla domanda sull'oggetto giuridico del reato, ragione per cui, considerando l'esistenza di concezione del reato come "l'infrangimento del Diritto nel suo aspetto oggettivo"¹⁷, oppure, come violazione del diritto di obbedienza di ogni suddito, che senza essere false, diventano, entrambe, del tutto parziali e incapaci di spiegare cosa dovrebbe tutelare l'ordinamento giuridico, ci concentreremo nella nostra ricerca soltanto su quelle che crediamo costituiscano i precedenti più rilevanti nella costruzione della teoria del 'bene giuridico'.

¹⁵ Si può pensare come esempio nell'opera A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, scritta per raccogliere gli interventi di un convegno sviluppato nel 1981 con lo scopo di analizzare il problema del bene giuridico nel dibattito della riforma della parte speciale.

¹⁶ Sembra rilevante fare presente che nella dottrina italiana si è messo in evidenza quando sia pericolosa una interpretazione della società attuale nei termini della c.d. "società del rischio" giacché indurrebbe a pensare in un diritto penale attento al controllo di "rischi", ma svalutando ogni riferimento a un ben giuridico, vedere in questo senso A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 224. Per una discussione più approfondita sul problema della società del rischio di fronte al diritto penale si rimanda all'opera G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE G., *Il diritto penale di fronte alle sfide della -società del rischio-: Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Torino, 2018; si può consultare anche, C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, pp. 280 s., dove l'A. descrive come un orientamento tecnocratico del diritto penale nella società del rischio, implichi concepire il diritto penale come strumento tecnico per gestire la particolare realtà sociale che è la criminalità, mettendo in primo luogo l'obbligo di aggiornare permanentemente il catalogo protetto, non in ragione dei danni o pericoli, ma soltanto in ragione dei rischi che emergono ogni giorno.

¹⁷ E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, pp. 138 s.; nello stesso senso, A. BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884, pp. 111 e 188; C. CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, p. 262, che sostiene che un fatto deve sempre essere ingiusto, cioè, contrario all'ordine giuridico esistente in un determinato paese, non alla giustizia concepita come astrazione della mente.

3.1.- La portata limitata della teoria del diritto soggettivo: principale antecedente alla costruzione della nozione di bene giuridico

Per spiegare la teoria che ricostruisce l'oggetto del reato attraverso la nozione di diritto soggettivo, e perciò, il reato stesso come la violazione, la lesione, o la minaccia di esso, dovremmo concedere qualche spazio alla dottrina tedesca, nella quale nasce la concezione del diritto soggettivo come opera del Feuerbach, che considera che il reato non è altro che una *injuria* prevista da una legge penale¹⁸, e di conseguenza, che ogni reato offenderebbe un diritto soggettivo di diversa specie, sia come violazione, come lesione o come minaccia. Tuttavia, è precisamente intorno alle affermazioni che definiscono la teoria, che sorgono le principali critiche sul diritto soggettivo come oggetto di tutela, dato che nell'opinione dei suoi maggiori avversari, risulterebbe erroneo “voler trovare l'essenza di ogni delitto in un'offesa dei diritti subiettivi” perché si rischierebbe di permettere che “l'importanza del delitto resti eclissata dietro le proprie relazioni con l'immagine formale del diritto, cioè dietro le forme e i mezzi di tutela di questi interessi¹⁹”.

Tuttavia, la critica più interessante e articolata proviene dal Binding, secondo il quale la violazione di un diritto non ne implica la distruzione, giacché, successivamente a questa, continua a sussistere inalterato, essendo soltanto i beni giuridici, ma non i diritti soggettivi, le entità che possono essere danneggiate dai reati²⁰, indirizzando -contrariamente a quanto possiamo immaginare- le prime costruzioni della nozione di bene giuridico come una possibilità di estensione rispetto alla visione precedente del diritto soggettivo, per considerarla delimitante della protezione e perciò dell'intervento penale.

Si tratta di una critica che prende forza soprattutto alla luce dell'osservanza del diritto positivo che prevede un'importante “quantità di azioni delittuose mediante le quali non viene appunto violato un qualsiasi diritto subiettivo, ma viene offeso soltanto un interesse o un bene

¹⁸ P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1832, § 21, p. 45.

¹⁹ In questo senso si veda, A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 38, con spiegazioni approfondite in nota 32.

²⁰ Secondo il Binding, bene giuridico sarebbe “tutto ciò che per se stesso non è diritto, ma secondo il pensiero del legislatore vale come condizione di vita sana della comunanza giuridica, al cui mantenimento invariato e indisturbato essa, secondo la opinione di quello, ha un interesse, talché il legislatore cerca con le sue norme di difendere dalla non desiderata lesione o pericolo”, in questo senso, K. BINDING, *Compendio di diritto penale (parte generale)*, Roma, 1927, p. 198, il quale continua spiegando che esiste un gran numero e varietà di beni giuridici, aggiungendo che tutti sono oggetti dei diritti reali, come la vita, la salute, la libertà, l'onore, lo stato personale, ecc., (p. 199), dove l'oggetto d'offesa non sarebbe l'interesse al bene, ma il bene stesso (p. 200).

tutelato in modo puramente obbiettivo”²¹, in modo che non si possa considerare l’offesa di un diritto subiettivo attraverso un reato come un effetto necessario, ma soltanto come un elemento accidentale o fortuito²², e perciò nonostante contenga, in quanto criterio, una verità parziale, dovrà essere qualificato come insufficiente ed estremista poiché ci porterebbe a considerare fuori *standard* ogni reato che non protegge un diritto soggettivo, nonostante protegga un interesse legittimo alla luce dell’ordinamento giuridico.

In relazione alle critiche, il Binding sviluppa una concezione propria secondo la quale ciò che si trova dietro a ogni reato sarebbe, in parte, “la violazione di un diritto subiettivo pubblico appartenente allo Stato, unico e costante nella sua qualità”²³, e di conseguenza, esisterebbe, in ogni caso, un’offesa identica al diritto di obbedienza dello Stato, cioè, un divieto di disobbedienza riconducibile sempre al divieto di lesione o di pericolo che, per forza, implicherebbe, addizionalmente, l’offesa sia a un diritto subiettivo sia a un bene giuridico²⁴. Dunque, il fatto che i reati siano concepiti come violazioni del diritto di obbedienza, non significa che non siano a loro volta anche offensivi rispetto a beni giuridici, ma, come l’Autore indica, “l’obbedienza alla norma deve essere soltanto il mezzo per il mantenimento del bene giuridico nella sua integrità”²⁵.

Così, alla luce delle critiche formulate contro la teoria del diritto soggettivo, possiamo vedere come, nonostante si tratti di una teoria capace di dotare il reato di un certo contenuto, lo porta, involontariamente, a diventare uno strumento di protezione estremamente limitato, poiché qualsiasi entità, per essere protetta dall’ordinamento giuridico, dovrebbe essere prima riconosciuta come diritto dello stesso ordinamento, ciò che inoltre, già quando era stata formulata la teoria, si confrontava con la realtà giuridico-penale in cui esistevano reati che proteggevano entità non definibili come diritti soggettivi e, non per questo, diventavano automaticamente non legittimi oppure non suscettibili di tutela penale.

²¹ A. ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 46.

²² *Ivi*, p. 93.

²³ K. BINDING, *Compendio di diritto penale*, cit., pp. 199 ss., dove l’Autore indica che tutti i delitti contraddicono, nello stesso modo, le norme che li proibiscono, perciò, sotto quest’aspetto, i delitti sono contrarietà alle norme, insubordinazione. Si parlerebbe -continua- con maggiore esattezza “se si designano come violati i diritti all’obbedienza da parte dello Stato in generale”.

²⁴ *Ivi*, p. 203, dove l’Autore per definire i delitti d’offesa indica si tratti di delitti contro i beni giuridici e i diritti, indicando inoltre che si dividono in delitti di lesione e de pericolo. Sarebbe perciò il concetto di bene giuridico più ampio che il concetto di diritto soggettivo (p. 201).

²⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, I, 3^a ed., Leipzig, 1914, p. 365.

3.2.- Il bene giuridico come interesse giuridicamente tutelato

Come possiamo osservare, dopo aver analizzato la teoria che vede l'oggetto di tutela nei diversi diritti soggettivi, e soprattutto quella del Binding che ci parla di diritto soggettivo di obbedienza soltanto come un mezzo per proteggere 'beni giuridici', ciò che emerge immediatamente è la necessità di esplorare altre soluzioni per risolvere il quesito secondo cui si cerca una teoria, da una parte, non estremamente formale nella validazione di qualsiasi intervento come legittimo, ma dall'altra, che fornisca un criterio di protezione che lasci un grado di libertà al legislatore, oltre al ricorso limitato che implicherebbe la possibilità di proteggere soltanto diritti soggettivi, che inoltre, come formula ha la limitazione che non specifica quali diritti dovrebbero venire tutelati in sede penale e quali dovrebbero rimanerne fuori.

Una delle prime autorevoli concezioni sul bene giuridico viene riscontrata nell'opera del Von Liszt²⁶, che nello spiegare il procedimento di oggettivazione della pena²⁷, ha sviluppato una teoria in grado di mettere insieme il problema della statalizzazione della pena con quello della protezione di beni giuridici. Secondo l'Autore, il processo attraverso il quale la pena passa dall'essere amministrata dagli affettati diretti, per cominciare a esserlo attraverso lo Stato, permette di conoscere le condizioni di vita della comunità e, di conseguenza, gli interessi degli individui che fanno parte di essa, dichiarando, precisamente attraverso questo procedimento, quali siano gli interessi protetti, e poi elevabili a categoria di beni giuridici mediante diversi imperativi normativi generali²⁸, vale a dire, la nozione di bene giuridico coinciderebbe con quella di interesse di vita preesistente al diritto che, per il fatto di essere giuridicamente protetto, adotta questo nuovo *status* di bene²⁹.

²⁶ Tuttavia, la prima teoria del bene giuridico emana dal Birnbaum formulata nella opera intitolata *Rechtsverletzung*, dell'anno 1834, nella cui indicava che la concezione illuminista del reato che lo definiva come violazione del diritto soggettivo, appariva come sbagliata alla luce di alcuni reati, come ad esempio, i reati contro il sentimento religioso o la pietà verso i defunti. Per un'analisi sulla critica sviluppata dal Birnbaum e l'emersione del concetto di bene giuridico, si può consultare nella dottrina italiana, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale I, Principi costituzionali e interpretazione della legge penale*, Torino, 1991, p. 26.

²⁷ L'oggettivazione della pena è, secondo il Von Liszt, il processo attraverso il quale la funzione del castigo si traslata dal cerchio immediatamente affettato, agli organi non affettati né compromessi, in particolare, allo Stato, che, grazie al suo potere sovrano ed oggettivo, rende possibile ed assicura il libero esame, F. VON LISZT, *La idea de fin en el derecho penal* (Traduzione dell'Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad de Valparaíso de Chile), Valparaíso, 1984, pp. 82 ss.

²⁸ F. VON LISZT, *La idea de fin*, cit., p. 84.

²⁹ *Ivi*, p. 88, indicando inoltre che la storia del diritto penale non è più che la storia degli interessi che la umanità ha deciso elevare a categoria di bene giuridico, e il diritto penale, l'equilibrio tra il "dovere" e il "avere" sociale.

In questo senso, il Von Liszt costruisce, dal punto di vista degli argomenti, ciò che rappresenta un importante passaggio nello sviluppo del diritto penale, quando afferma che il fine della sanzione penale non sarebbe soltanto la prevenzione dei reati, ma anche **la protezione di beni giuridici**, ciò che implicherebbe la sanzione mediante la pena di quelle azioni che, per un popolo, in un'epoca determinata, appaiono come perturbazioni rilevanti delle condizioni di vita³⁰, in termini del tutto simili a quanto è stato formulato in precedenza dal Binding³¹ che, senza mettere in evidenza il collegamento tra fine della pena e protezione di beni giuridici, considerava già la differenza tra il concetto di interesse e quello di bene giuridico, il primo che trova la propria origine nella vita in comunità, e per tanto risulta essere precedente alla regolazione, e il secondo considerato ed elevato a questa categoria attraverso il riconoscimento come oggetto di protezione di una norma penale determinata³².

Entrambi gli autori appena menzionati ci offrono alcuni spunti per capire, in primo luogo, che esisterebbe una differenza tra bene giuridico e interesse giuridico e, in secondo luogo, che nonostante le differenze tra le loro teorie, sembrerebbe che il *quid* che dovrebbe proteggere la norma penale si identifichi meglio con la nozione di bene giuridico, quale interesse elevato a categoria giuridica attraverso il riconoscimento emanato dalla norma, a differenza della nozione di interesse giuridico che invece, denoterebbe un significato di valore, ma non necessariamente riconosciuto dalla norma, se non piuttosto preesistente, e che tiene conto delle condizioni di vita della comunità e le sue preferenze, tuttavia senza alcune spiegazioni aggiuntive su cosa siano, in realtà, tanto il bene giuridico quanto l'interesse tutelato.

3.3.- L'ulteriore distinzione nella dottrina italiana per spiegare le differenze tra interesse e bene giuridico

³⁰ F. VON LISZT, *La idea de fin*, cit., p. 92, l'Autore considera si tratta di un problema di facile soluzione, a differenza della seconda domanda che lui si fa in rapporto alla pena, cioè, quale dovrebbe essere la misura della pena, vale a dire, come decidere come sanzionare in concreto a ogni delinquente, problema che risolve attraverso la teoria della prevenzione speciale, attraverso la quale tra quelli che possono essere rieducati, coloro che non ne hanno bisogno, e coloro che non sono suscettibile di rieducazione.

³¹ Il proprio autore indica che la conclusione coincide con quella difesa dal Binding, ma anche da altri autori come Heinz, Ihering, e Merkel, si veda nota n. 47, F. VON LISZT, *La idea de fin*, cit., p. 92.

³² K. BINDING, *Die Normen*, cit., p. 340, l'Autore spiega la differenza tra interesse e bene giuridico, indicando che un bene sarebbe tutto ciò che ha un valore, in tanto l'interesse consisterebbe in un "giudizio di valore" di contenuto sociale, avvertendo "la natura psicologica dell'interesse".

Nella dottrina italiana, sulla quale ci concentreremo, si è indicato che, per delimitare adeguatamente l'oggetto di studio, è importante indagare su cosa si intende per *bene* e cosa per *interesse*, non solo di per sé, ma in relazione al reato che lo offende, vale a dire, come azione dannosa o pericolosa del bene o interesse su cui ricade l'azione. Così, Rocco nel suo capolavoro, ci ha indicato quanto sia fondamentale cominciare dalla nozione di «bisogno», che non sarebbero altro che “le necessità della nostra esistenza, le esigenze della vita umana, organica, intellettuale e morale”³³, e che questo bisogno dovrebbe venire soddisfatto attraverso un bene che perciò viene considerato come “tutto quello che può soddisfare o soddisfa un bisogno umano”³⁴, potendo trattarsi di una cosa che esista o no, sia materiale, immateriale oppure morale³⁵.

Per passare ulteriormente dalla nozione di *bene* a quella di *interesse*, bisogna includere il concetto di *utilità* che collega un bisogno che appartiene a un soggetto, con un oggetto che rappresenta il mezzo di soddisfazione di quel bisogno, precisamente perché l'utilità “è l'idoneità di una cosa a servire, ad essere usata, a giovare”³⁶. Quindi, il giudizio di utilità, o di valore su un oggetto, viene dato da un soggetto che ha un bisogno che deve essere soddisfatto, e questo giudizio, proveniente dell'intelligenza del soggetto, viene qualificato come l'*interesse*.

Da questa distinzione tra bene e interesse deriva una conclusione abbastanza rilevante, secondo la quale, la norma penale dovrebbe proteggere i beni giuridici e non gli interessi giuridici, e che ci permetterebbe di affermare che l'oggetto giuridico sostanziale del reato³⁷ è il bene giuridico e non l'interesse giuridico, precisamente perché un bene può soddisfare un bisogno umano ed è anche suscettibile alla distruzione o alla diminuzione, attraverso il danno o il pericolo derivanti del reato, a differenza dell'interesse che, anche se rispecchia uno stato psicologico ovvero un'opinione sulla vera utilità di una cosa, non risulta suscettibile alla distruzione o alla diminuzione, nonostante possa essere sacrificato o ristretto come conseguenza della distruzione del bene che forma l'oggetto³⁸, ragione per cui d'ora in poi ci concentreremo sui diversi approcci

³³ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 260.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ivi*, p. 262.

³⁶ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 262.

³⁷ Vedere *infra* pp. 28 s., dove viene spiegato come il Rocco distingue tra oggetto giuridico sostanziale generico, e oggetto giuridico sostanziale specifico, oltre a oggetto formale.

³⁸ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 565, è importante avere presente che, l'Autore indica che alla luce della distinzione, se deve considerare che le norme penali proteggano tanto i beni che possono essere distrutti oppure diminuiti, ma anche gli interessi che possono essere sacrificati e ristretti.

che si sono costruiti nella dottrina per definire il bene giuridico come “contrassegno per designare ciò che può essere legittimamente tutelabile in base alle funzioni del diritto penale”³⁹.

4.- Le principali costruzioni dottrinarie sul bene giuridico: concezioni concettuali critiche e acritiche

Abbiamo già visto brevemente come, nella dottrina del diritto penale, la discussione sull’oggetto giuridico del reato si evolve quasi istintivamente verso la consolidazione della nozione di bene giuridico come risposta alle altre concezioni che fissavano l’attenzione sull’idea di diritto soggettivo, oggettivo, oppure di interesse soggettivo. Tuttavia, i concetti di bene giuridico, che abbiamo citato precedentemente, si rivelano “eccessivamente astratti e generici e, di conseguenza, privi di effettivo contenuto informativo”⁴⁰, nella misura in cui sembra che non siano stati in grado di fornire un “nucleo sostanziale comune a tutti gli oggetti della tutela”⁴¹, data la loro natura non omogenea, che a ogni modo, non ci può fare rinunciare alla necessità di sviluppare un concetto che ci permetta di stabilire, almeno, quali dovrebbero essere gli oggetti dell’intervento penale⁴².

Sono diverse le metodologie e gli approcci per costruire un concetto di bene giuridico. Tuttavia, ai fini sistematici, dobbiamo tener presente che le concezioni sul bene giuridico possono essere riassunte in due principali gruppi⁴³, da una parte le posizioni considerate ‘critiche’⁴⁴, che concepiscono il bene giuridico come un “valore pre-dato rispetto alla norma”⁴⁵, e dall’altra, le posizioni che possiamo denominare ‘acritiche’, provenienti da concezioni piuttosto ‘metodologiche’⁴⁶, secondo le quali il bene giuridico coinciderebbe con lo scopo della norma o la

³⁹ G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 47.

⁴⁰ *Ivi*, p. 44.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., pp. 49 s.

⁴³ Per consultare i diversi concetti di beni giuridici al di là della divisione tra posizioni critiche e acritiche, si può consultare il lavoro di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., pp. 20 ss.

⁴⁴ La divisione tra posizioni ‘critiche’ e ‘acritiche’ proviene dell’opera di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 19 ss.

⁴⁵ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 206.

⁴⁶ *Ibid.*

*ratio legis*⁴⁷, differenza che ha importanti ripercussioni anche dal punto di vista delle funzioni attribuite al concetto di bene giuridico.

In termini storici e generali, possiamo dire che le funzioni attribuite al bene giuridico, possono essere riassunte in cinque categorie: classificatoria, sistematica, esegetica, dogmatica e critica⁴⁸, essendo quest'ultima quella che maggiormente ci interessa, giacché in essa si identifica la possibilità di trovare qualche criterio che permetta di decidere quali dovrebbero essere i beni giuridici protetti dalla norma penale e che, si costruisce ricavando elementi da un catalogo ideale metagiuridico, coincidendo inoltre, con la funzione che dovrebbe adempiere il bene giuridico, secondo le posizioni critiche.

Dalla parte opposta, ovvero tra i difensori delle posizioni metodologiche o acritiche sul bene giuridico tutelato, ma non solo, si considera che il vero valore di esso risalga in sede interpretativa, precisamente perché non avrebbe niente da apportare alla discussione su quali dovrebbero essere i beni da tutelare, concentrandosi nella funzione dogmatica, che, senza rispondere al difficile quesito qui proposto, offre importanti conclusioni su cosa sia nella realtà, o di fatto, il bene giuridico protetto⁴⁹, oppure in quella classificatoria, che risulta essere utile ai puri scopi sistematici, preoccupandosi di stabilire categorie di reati in accordo al tipo di bene giuridico

⁴⁷ In senso simile, la concezione formale onnicomprensiva provvede un criterio estremamente positivista e acritico di bene giuridico, nella misura in cui considera che bene giuridico “è tutto ciò che il legislatore tutela attraverso la minaccia della pena, facendo consistere il bene semplicemente con l’aspettativa che non si verifichino i fatti minacciati con pena”. Tuttavia, in Italia si alzano voci critiche contro questa posizione, indicando che si dovrebbe sempre distinguere tra interesse tutelato dal comando e interesse all’osservanza del comando, vale a dire, che l’interesse tutelato non coincide con la finalità per la quale si tutela, chiamando al primo, interesse interno, e al secondo, interesse esterno, e utilizzando come esempio, la proprietà, che essendo un interesse tutelato, si tutela al fine de conservare la pace e il benessere sociale, in questo senso, F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 51; critico anche della concezione e spiegando il suo nullo potere critico, soprattutto perché allo scopo di affermare che non ci sono reati senza beni giuridici offesi, rendono flessibile il concetto di bene giuridico fino a identificarlo con il contenuto della fattispecie, si veda F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., pp. 38 s. e 45 s.

⁴⁸ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., p. 6, l’Autore dopo menzionare che esistono queste cinque funzioni storicamente attribuite al bene giuridico tutelato, mette in evidenza che la funzione dogmatica e la funzione critica sono quelle più importanti. La prima perché permette capire quale sia di fatto il bene giuridico, e la seconda perché determinerebbe quale può essere legittimamente il bene giuridico.

⁴⁹ Di recente, sull’importanza della funzione teleologica, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, pp. 28 s., il quale, insieme a indicare che il bene giuridico è l’elemento attorno al quale si edifica la protezione penalistica, evidenzia la funzione teleologica, quale canone ermeneutico del bene giuridico che permette interpretare un testo di legge e dargli l’esatto significato.

che offendono le diverse fattispecie, differenze che approfondiremo in seguito, quando tratteremo più in profondità le posizioni critiche e acritiche del bene giuridico⁵⁰.

4.1.- Le posizioni critiche: il bene giuridico come dato esterno alla norma

Le posizioni critiche sul bene giuridico convergono sull'idea che la funzione del diritto penale sia quella di proteggere beni giuridici, e che questi, a sua volta, possano essere raggruppati intorno all'idea secondo cui "il bene giuridico si presenta come un dato sostanziale ed esterno rispetto alla norma"⁵¹. Per questa ragione, questo settore della dottrina afferma che la categoria di bene giuridico servirebbe come un "parametro di giudizio"⁵² che permette di decidere quando una norma può mantenersi nell'ordinamento e quando dovrebbe essere cancellata, precisamente perché manca in essa un oggetto di tutela, cioè, un bene giuridico di quelli che sono riconosciuti come valori preesistenti alla regolazione⁵³.

Uno degli esempi più autorevoli di una concezione sostanziale del bene giuridico, è la concezione liberale, nata esattamente nel dopo guerra con l'obiettivo di ricostruire un concetto "non solo prepositivo ma insieme critico di bene giuridico"⁵⁴, ispirata dalla tendenza all'abolizionismo di certe norme che sanzionavano penalmente condotte contro la moralità pubblica o la religione, precisamente perché considerate come "residui di una concezione etica del diritto penale ormai in contrasto con lo spirito secolare e tollerante dello stato e della società moderna"⁵⁵.

Secondo la concezione liberale, i beni giuridici dovrebbero essere intesi quali "situazioni permeate di valore che possono essere modificate dalla condotta umana e che perciò possono

⁵⁰ Per uno studio più approfondito sulle differenti funzioni attribuite storicamente al concetto di bene giuridico, si rimanda a F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., pp. 1-19, in cui si evidenzia la rilevanza della funzione critica e dommatica, spiegando anche i punti forti e deboli della funzione classificatoria e sistematica.

⁵¹ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 19.

⁵² *Ibid.*

⁵³ M. GAMBARELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 28, il quale considera che attraverso la funzione di interpretazione, si può scartare dal catalogo penale quei componenti che non risultano offensivi dei beni che l'ordinamento intende tutelare.

⁵⁴ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., pp. 80 s., l'Autore indica quanto sia importante avere presente che la qualifica 'liberale' in senso penale include la corrente che inizia nel periodo dell'illuminismo e si prolunga fino ai giorni nostri, con esclusione del periodo autoritario tra le due guerre mondiali, e che si identifica con idee diverse, tra cui si può menzionare il garantismo, la secolarità, la sussidiarietà, e anche la tutela di beni giuridici.

⁵⁵ *Ivi*, p. 80.

essere tutelate tramite prescrizioni penali contro tali modificazioni”⁵⁶, dovendo distinguersi chiaramente tra «tutela dei beni» e «costituzioni di beni», dato che bene giuridico potrebbe essere soltanto ciò che era già bene prima che venisse riconosciuto attraverso la norma penale, negando spazio all’idea che i precetti possano far diventare ‘bene’ quello che non era socialmente considerato come tale prima della regolazione.

Uno dei grandi meriti della concezione liberale, è quello di aver messo in evidenza il necessario collegamento tra il bene giuridico e l’offensività del medesimo, e che corrisponde con l’aspetto che giustificerebbe l’intervento penale, nella misura in cui un bene nella sua suscettibilità di essere danneggiato o messo in pericolo, diventa bisognoso di tutela⁵⁷.

Tuttavia, i problemi e le opinioni contrarie a questa corrente non sorgono dal collegamento con l’idea di offensività, ma in relazione all’idea di tutela vincolata soltanto ai beni preesistenti alla norma, indicando che, da una parte si tratterebbe di un’affermazione falsa, in quanto il concetto di bene giuridico può implicare anche la tutela di beni creati dal diritto, ciò che costituirebbe non solo un gioco terminologico⁵⁸, ma anche un giudizio sulla realtà, giacché effettivamente esistono beni che nascono attraverso le norme giuridiche di organizzazioni di uno Stato o i suoi poteri⁵⁹, e dall’altra parte, perché questa caratteristica rilevarebbe la scarsa capacità dogmatica del concetto poiché si rimarrebbe al di fuori del diritto positivo⁶⁰.

In contrasto a queste debolezze, la grande conclusione della concezione liberale sul bene giuridico, è che “non si può dedurre dall’esistenza di una fattispecie penale, l’automatica esistenza di un bene giuridico ad essa relativo”⁶¹ perché esistono fattispecie che non contengono beni giuridici, e per questa ragione, dovrebbero essere eliminate dall’ordinamento giuridico, ciò che, a

⁵⁶ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., p. 87.

⁵⁷ Sull’idea che la tutela e la possibilità di offesa sono due aspetti inscindibilmente connessi uno con l’altro e implicanti a vicenda, *Ivi*, pp. 90 ss.

⁵⁸ *Ivi*, p. 95.

⁵⁹ In questo senso, A. ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 560, il quale facendo presente la constatazione del fatto che esistono valori il cui *status* di bene nasce solo attraverso la regolazione normativa di un ordinamento giuridico determinato, eleva una critica contundente contro la concezione liberale del bene giuridico, e ci mette nuovamente nella strada dell’incertezza rispetto di come si potrà decidere cosa tutelare e cosa lasciare fuori della protezione penale, ovvero, evidenza che la capacità della teoria liberale di operare in modo critico si indebolisce perché sarebbe assolutamente falso affermare che l’ordinamento giuridico protegge soltanto beni giuridici preesistenti giacché l’organizzazione sociale richiede, per l’esistenza, di valori che nascono solo alla luce del riconoscimento normativo.

⁶⁰ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 21, l’Autore fa presente la critica formulata nella dottrina tedesca da J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, in *FS-Honig zum*, 80, Göttingen, 1970, pp. 157 s.

⁶¹ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., p. 98.

nostro avviso, rappresenta una conclusione non solo ragionevole, se non del tutto condivisibile, dal momento che riconosce che la norma giuridico penale che non risponde alla logica stabilita di protezione di beni giuridici, potrebbe essere abrogata poiché non adempie questa finalità, qualificata come essenziale e concordante alla finalità stessa del diritto penale.

Anche nella linea delle teorie critiche del bene giuridico, si trova la «concezione personale» sul bene giuridico che, raccogliendo l'eredità più autentica dall'originaria versione sul bene giuridico di marca liberale⁶², fa una previsione particolare e limitativa nell'indicare che dovrebbero venire considerati beni giuridici “solo quei beni o interessi che servono all'uomo per la ‘libera autorealizzazione’⁶³, confrontandosi subito nel tempo con la necessità di riconoscere beni giuridici universali⁶⁴ o superindividuali, cioè, “quei beni che non risultano ancorabili direttamente a una persona”⁶⁵, e che il diritto penale comincia ad ammettere, data la trasformazione sociale ed economica della società moderna⁶⁶.

Tuttavia, è importante tener presente che accettare la «concezione personale» del bene giuridico, non implica negare spazio nel diritto penale alla protezione dei beni superindividuali, purché si tratti di beni concepibili, nella sua esistenza, come serventi allo sviluppo personale dell'individuo⁶⁷, vale a dire, non si pretende escludere il riconoscimento dei beni collettivi, ma piuttosto attribuirgli rilevanza solo in quanto funzionali agli interessi rilevanti dal punto di vista della persona e in base alle loro condizioni di vita⁶⁸.

Dunque, possiamo affermare che il vero valore della concezione personale del bene giuridico è “la possibilità di offrire argomenti all'ora di applicare il diritto penale ed elaborare una politica criminale chiara, controllabile ed orientata alla persona”⁶⁹, affinché quest'area del diritto,

⁶² V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 21.

⁶³ M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenhre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972, pp. 62 s.

⁶⁴ W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 107, gli Autori indicano, inoltre, che i beni comunitari possono essere considerati beni dello Stato, oppure beni della società.

⁶⁵ M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 30.

⁶⁶ In questo senso, sebbene con riferimento soltanto all'Italia, *Ivi.*, p. 30.

⁶⁷ W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 108.

⁶⁸ Un esempio sarebbe nel caso dell'ambiente, determinare la rilevanza in rapporto alle condizioni di vita delle persone, e non semplicemente dalla purezza dell'acqua o dell'aria in quanto tali.

⁶⁹ W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 112.

“giustifichi e misuri le sue decisioni in funzione del criterio secondo cui protegga, o non, quegli interessi umani degni di protezione”⁷⁰.

Nella dottrina italiana, la concezione personale del bene giuridico ha raggiunto un importante sviluppo dal punto di vista della propria giustificazione, attraverso la formulazione di un “affinamento ulteriore del criterio di incriminazione dei beni tutelabili”⁷¹, destinato a rendere più forte la funzione limitativa del concetto, nonostante il riconoscimento che la “nozione di bene giuridico e la sua funzione di selezione e delimitazione degli interessi penalmente tutelabili sia oggi al centro di una evidente crisi”⁷².

Secondo quest’interpretazione della concezione personale del bene giuridico, la ragione per considerare che gli interessi meritevoli di tutela debbano essere dotati di un forte «personalismo» deriverebbe dalla natura della sanzione criminale che, non solo incide sulla libertà personale, ma anche “coinvolge interamente la persona del reo nella vicenda processuale e poi esecutiva”⁷³, di modo tale che la connotazione personale del bene giuridico non porterebbe come automatica conseguenza la protezione penale, dovendo invece riservarsi per i casi in cui ci sia una “esigenza così radicata ed essenziale che il suo mancato appagamento possa produrre apprezzabili effetti negativi sull’intera personalità individuale, condizionando lo sviluppo o la sua strutturazione”⁷⁴, sempre che il bene giuridico abbia anche una “necessaria dimensione e rilevanza sociale”⁷⁵.

Così, seguendo i postulati di questa particolare lettura del bene giuridico, niente impedirebbe la protezione di beni sopraindividuali, purché anche questi possano avere un bisogno individuale come fondamento. Tuttavia, il carattere personale del bene giuridico comporterebbe un’esigenza di concretizzazione dell’aggressione traducibile nella necessità di considerare il bene

⁷⁰ W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 112, si riconosce la sua limitata portata, indicando che rimane senza risposta l’interessante questione circa se il diritto penale è in condizione di proteggere veramente i beni giuridici con gli strumenti che ha a disposizione.

⁷¹ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1992, p. 461.

⁷² *Ivi*, p. 459, il quale riconosce che la profonda crisi, viene provocata, tra altre ragioni, dall’irruzione nel campo del diritto penale dei beni superindividuali nati a causa della complessità della vita moderna caratterizzata da una moltiplicazione dei rapporti sociali, resi possibili dagli attuali strumenti tecnologici.

⁷³ *Ivi*, p. 463.

⁷⁴ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., pp. 467 s.

⁷⁵ *Ivi*, pp. 468 s. Inoltre, l’autore aggiunge come terzo criterio la dannosità sociale, ma non intesa come offesa del bene giuridico, se non come “l’insieme di conseguenze socialmente negative ulteriori ed esterne alla fattispecie, destinate a rimanere del tutto ininfluenti sul momento interpretativo della norma” (p. 478).

giuridico in quanto “aggreddibile all’interno di una relazione interpersonale”⁷⁶, e conservando sempre una “distanza prospettica tra il comportamento incriminato e l’interesse finale tutelato”⁷⁷, requisiti che, inoltre, dovranno essere osservati, sia che il bene protetto corrisponda a uno individuale, che a uno sopraindividuale, purché si possano ricondurre a un bisogno individuale vincolato allo sviluppo dell’individuo, e la cui protezione si concretizzi attraverso una formulazione concordante con questi parametri.

Stando all’analisi delle concezioni personali del bene giuridico qui sviluppata, possiamo osservare che, in entrambe le versioni, si tratta di teorie che propendono a un recupero della sussidiarietà dell’intervento penale⁷⁸, e provano a offrire argomenti utili per escludere dall’ambito penale quelle fattispecie destinate a proteggere beni giuridici sopraindividuali, tra cui, quelli universali, a meno che non si tratti di un bene giuridico che, nonostante sia superindividuale, venga tutelato, poiché riconducibile all’offesa o messa in pericolo da un bene individuale, oppure poiché si tratta di un bene che ha come base un bisogno individuale e adempie anche alle esigenze correlative di concretizzazione.

A questo punto, nonostante la conclusione appena esposta, contro la concezione personale del bene giuridico si alzano, in dottrina, alcune voci che l’accusano di forzare il diritto penale moderno a proteggere esclusivamente i pochi classici beni individuali, chiudendo le porte a settori come quelli dell’economia e della finanza⁷⁹, e limitando l’intervento penale nei casi di beni giuridici sopraindividuali, alla lesione di un bene giuridico individuale, oppure al parametro di configurazione come aggressione interpersonale, ciò che metterebbe in serio questionamento, ad

⁷⁶ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., pp. 469 s., l’Autore indica che deve trattarsi di un bene giuridico fruibile ed aggreddibile all’interno di una relazione interpersonale socialmente apprezzabile, vale a dire, proiettato nella direzione aggressiva verso un altro soggetto, di modo tale che la fattispecie incarni una vicenda conflittuale tra due soggetti. In questo stesso senso, si pronuncia anche, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma-Bari, 1989, p. 481, il quale formula diversi criteri per tagliare del diritto penale i reati che non siano veramente offensivi di beni giuridici, utilizzando come secondo criterio una restrizione di carattere qualitativo indirizzata verso le entità concepite come beni per il codice Rocco, specialmente i reato contra la personalità dello Stato, che in realtà non integrano alcun bene per nessuna persona e tanto meno per i comuni cittadini, considerando che si tratti di una critica estendibile a diversi ambiti, tra cui, qualsiasi reato che pretenda sanzionare una condotta perché ‘contro natura’.

⁷⁷ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 481.

⁷⁸ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 22.

⁷⁹ E. DOLCINI, *Principi Costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 17; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 802 ss.

esempio, i reati senza vittime, tra i quali troviamo precisamente la corruzione pubblica o un numero di importanti di figure di diritto penale dell'economia.

La critica appena esposta, è stata formulata più in generale contro qualsiasi concezione “del c.d. ‘diritto penale minimo’, ovvero di un ‘diritto penale ridotto al nucleo essenziale’”⁸⁰, perché si tratterebbe di concezioni che propenderebbero a un “diritto penale che debba limitare il proprio raggio d'azione alla tutela di pochi, classici beni individuali”⁸¹, conclusione alla quale si arriverebbe principalmente a partire dal suggerimento del Ferrajoli, fondatore del concetto del «diritto penale minimo», che prevede dare un utilizzo prioritario ad altre aree del diritto per sanzionare i reati bagatellari, i reati che non offendono beni giuridici personali, e tutti quei reati che non sono configurati come figure di concreta offensività⁸².

Tuttavia, è stato il proprio Ferrajoli, chi ha rifiutato con forza queste accuse, perché considera sia stato deformato il significato delle sue affermazioni “a partire da poche frasi fraintese e isolate dal loro contesto”⁸³. Così, al fine di fare giustizia ai suoi postulati, ha messo in evidenza, innanzi tutto, una completa condivisione della diagnosi sullo stato attuale del diritto penale, che, oggi come non mai, affronta una nuova forma di criminalità, da una parte organizzata attraverso poteri come la mafia, e dall'altra proveniente dai pubblici poteri, anch'essa solitamente organizzata, includendo figure che vanno dalla corruzione fino alla grande criminalità economica e finanziaria⁸⁴, ragione per cui sorgerebbe la necessità di ripensare alla questione penale “rendendo più evidente che mai il nesso indissolubile tra diritto penale minimo e garantismo, ma anche tra diritto penale minimo ed efficienza”⁸⁵.

⁸⁰ In questo senso, E. DOLCINI, *Principi Costituzionali*, cit., p. 17.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² In questo senso L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 480 s.

⁸³ Riteniamo sia rilevante chiarire il punto, nella misura in cui è stato interpretato erroneamente dagli autori E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Diritto penale «minimo»*, cit., pp. 802-820, in cui indicano primo correttamente che il diritto penale ‘minimo’ postulerebbe estromettere le numerose norme incriminatrici che attualmente tutelano beni superindividuali -non immediatamente pertinente a ‘persone in carne ed ossa’-, per poi fare un'affermazione erronea sullo stesso per considerarlo ‘neoliberale o neoliberista’ nel proporre “l'estromissione di beni collettivi dall'ambito del diritto penale” (p. 813). Tuttavia, è stato il proprio Autore a difendersi nell'articolo L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Il Foro Italiano*, vol. 123, n. 4/2000, pp. 126-131, qualificando la critica a lui rivolta come infondata, inoltre a dire esattamente il contrario di quanto scritto da Dolcini e Marinucci, ratificando la sua concezione sui beni giuridici, tra cui si possono includere senza problemi i beni giuridici collettivi.

⁸⁴ L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo*, cit., p. 125.

⁸⁵ *Ibid.*, corrisponde con una delle tesi fondamentali dell'A., spiegata in breve nell'articolo di riferimento, ma ampliamente fondata attraverso diverse opere tra cui *Diritto e ragione*, cit., pp. 325 s., in cui indica perché il

Dunque, secondo l'Autore, solo un «diritto penale minimo», finalizzato alla prevenzione e alla punizione delle offese più gravi ai diritti fondamentali e alla convivenza civile, sarà in grado di fronteggiare queste nuove forme di criminalità, rispettando le garanzie e, allo stesso tempo, assicurandone l'efficacia. Tuttavia, ciò non implica l'esclusione assoluta dal diritto penale dei beni giuridici collettivi, al contrario, l'Autore si è pronunciato apertamente contro le concezioni troppo ristrette del bene giuridico, aggiungendo che tra i beni meritevoli di tutela “rientrano non solo i classici diritti individuali ma anche quelli chiamati sociali, come i diritti all'alimentazione, alla salute o al lavoro”,⁸⁶ oltre a quei “beni che non sono diritti, come l'interesse collettivo a un'amministrazione non corrotta degli affari generali”⁸⁷.

Come è giusto che sia, l'Autore risponde alle critiche contro la sua teoria, offrendo delle ragioni per valutare il proprio postulato sul «diritto penale minimo», tuttavia non schierandosi, né a favore, né contro, le critiche formulate contro la teoria di Hassemer o altri difensori della concezione personale del bene giuridico, ciò che pensiamo sia opportuno fare di seguito.

A nostro avviso, la concezione personale del bene giuridico formulata da Hassemer, neanche avrebbe per scopo quello di fare escludere dall'ambito penale i beni giuridici universali o collettivi, anzi -in accordo alla sua teoria- “gli interessi generali si possono riconoscere legittimamente nella misura in cui servano agli interessi personali”⁸⁸, ma non devono essere esclusi dalla protezione penale. Anzi, l'Autore, facendo riferimento espressa ad alcuni beni collettivi come l'ambiente, indica che la loro particolarità è quella di non poter essere concepiti come i più importanti dei beni individuali, ma non considera che debbano essere esclusi dal diritto penale,

diritto penale minimo appare come una tecnica di tutela dei diritti fondamentali, attraverso la minimizzazione della violenza nella società, proteggendo al più debole contro il più forte, il debole offeso o minacciato dal reato, ma anche il debole offeso o minacciato dalla vendetta della parte offesa o dei soggetti pubblici o privati con lei solidali. Dunque, il diritto penale destinato a proteggere i diritti fondamentali, definisce, mediante questa formula, gli ambiti e i limiti in relazione ai beni che non possono essere offesi né con i delitti né con le punizioni, costruendo un diritto penale garantista che ha come scopo l'immunità dei cittadini contro l'arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni; si può consultare anche, ID., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, pp. 493-523, specialmente pp. 511 s.

⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo*, cit., p. 127, ID., *Diritto e ragione*, cit., pp. 901 s., l'A. si riferisce ai beni sociali in opposizioni ai diritti di libertà, giacché questi secondi per il fatto di essere 'diritti di' implicano doveri pubblici di non fare, a differenza dei primi che per il fatto di essere 'diritti a' implicano obblighi o doveri pubblici di fare.

⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo*, cit., p. 127; nello stesso senso, G. PORTILLA CONTRERAS, *L'influenza delle scienze sociali nel diritto penale: la difesa del modello ideologico neoliberale nelle teorie funzionaliste e nel discorso di Habermas sulla selezione degli interessi penali*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, p. 233.

⁸⁸ W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 109.

aggiungendo che, il modo corretto per formulare una fattispecie, in quel caso, sarebbe attraverso una figura di pericolo degli interessi individuali e non una figura di lesione dell'interesse collettivo.

In questo modo, vogliamo chiarire che -a nostro avviso- e seguendo gli esponenti della concezione personale del bene giuridico scelti, non si tratta di una teoria che cerca di limitare l'intervento penale attraverso l'esclusione della protezione dei diritti universali o collettivi, ma piuttosto privilegiare i beni giuridici individuali, di modo tale che gli interessi collettivi non vengano ponderati più come rilevanti, a meno che siano collocati in riferimento agli interessi individuali, secondo la formulazione di Hassemer, oppure concretizzati come aggressione interpersonale.

Un'ultima e ulteriore critica alla concezione personale del bene giuridico, formulata anche in riferimento alla concezione liberale, individua come problematica l'incertezza del parametro di riferimento, indicando che, oltre a non esistere un parametro di diritto positivo, non risulterebbe chiaro "quali siano i beni direttamente afferenti alla persona o direttamente funzionali e necessari alla libera autodeterminazione del singolo"⁸⁹, ciò che condividiamo, nonostante consideriamo sia ancora fondamentale costruire un concetto di bene giuridico che possa adempiere a una funzione critica, senza risolvere il quesito attraverso una equivalenza tra funzione e scopo⁹⁰, precisamente perché crediamo, sia del tutto rilevante, arrivare a una concezione del bene giuridico che permetta limitare, in qualche modo, l'ambito di ciò che è penalmente sanzionabile.

4.2.- Le posizioni positiviste o formali del bene giuridico come dato interno alla norma: sono veramente posizioni acritiche?

Nella strada opposta della dottrina, si trovano gli esponenti delle teorie che concepiscono il bene giuridico come valore interno alla norma, cioè una visione «intrasistemica» frequentemente definita come «formale», e che tende a "legittimare acriticamente i dettati della legge penale nel

⁸⁹Spiegando entrambi le due critiche, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 24; in senso simile, criticando i problemi dei parametri della concezione liberale, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 96 s., il quale considera sia problematico accettare che una norma penale è giustificata solo se è necessaria per la protezione e l'assicurazione delle condizioni di vita di una società che si costruisce sulla libertà della persona, perché richiederebbe una valutazione continua su quale siano le condizioni di vita della società che vive in un continuo divenire, sviluppando, modificando o creando le condizioni della vita in comune dei singoli.

⁹⁰ Su come la c.d. «funzione» del bene giuridico, solo nominalisticamente differisce dalla nozione di «scopo», si veda, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 98.

solco di uno stretto giuspositivismo”⁹¹, che porta, inoltre, i propri esponenti ad affermare che il bene giuridico sarebbe “tutto ciò che agli occhi dal legislatore ha valore per l’ordinamento giuridico”⁹². Postulato formulato da Binding in Germania, e che raggiunge un notevole e autorevole sviluppo in Italia grazie al lavoro del Rocco⁹³.

Rocco, nella sua opera “L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale”, precedentemente menzionata, elabora una complessa teoria sul bene giuridico tutelato, in cui espone una serie di distinzioni che oltrepassano la pura nozione di bene giuridico come oggetto del reato, per includere anche il concetto di oggetto della tutela giuridica penale, e per differenziare, nel caso dell’oggetto, tra quello sostanziale e quello formale. Ricorrere a tutte queste distinzioni non ha uno scopo soltanto semantico e classificatorio, ma corrisponde piuttosto, al modo dell’Autore di rendere possibile, in materia di oggetto giuridico del reato, l’applicazione del metodo del tecnicismo giuridico, sviluppato anni prima da lui stesso⁹⁴.

Il metodo tecnico giuridico di Rocco, non pretendeva promuovere un’esclusione assoluta delle scienze ausiliari dallo studio del diritto penale, giacché, come lui affermava, “nulla si oppone all’impiego di ulteriori saperi in funzione complementare e sussidiaria”⁹⁵, tuttavia, affermava che la legittimazione e la giustificazione non potrebbero provenire da un ambito diverso da quello del diritto positivo, ragione che, a nostro avviso, spiegherebbe, in qualche maniera, la sua teoria dell’oggetto del reato, che facendo importanti riferimenti sociologici, conclude indicando finalmente che bene giuridico sarebbe solo ciò che il legislatore riconosce come tale attraverso la norma, senza ignorare la sussistenza di beni e interessi provenienti proprio dell’esistenza umana.

⁹¹ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 25.

⁹² K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 169.

⁹³ A. ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., *passim*.

⁹⁴ Si tratta del metodo creato dall’Autore ed esposto per prima volta nell’opera A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, fasc. I, pp. 497-521 e 561-582, e consiste in una metodologia abbastanza commentata ed oggetto di analisi da parte della dottrina che vede nell’opera un chiamato al giuspositivismo, ma non escludendo le scienze ausiliare come la filosofia, la scienza politica o la criminologia del ruolo critico di *legge ferenda*, se non considerando che queste scienze non hanno un ruolo legittimanti o giustificanti degli istituti normativi, in questo senso si può consultare, M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in *Criminalia Annuario di scienze penalistiche*, 2010, pp. 127-178; P. COCCO, *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*, in *Archivio penale*, n. 1/2018, pp. 1-45, in cui l’autrice si propone di ricostruire un’immagine il più completa possibile del giurista dai sui primi lavori fino alla pubblicazione del suo capolavoro *L’oggetto del reato*, e su come il suo pensiero e il metodo per lui sviluppato avrebbero potuto influire nel codice penale del 1930.

⁹⁵ A. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., *passim*.

Come già affermato, il Rocco distingueva tra oggetto della tutela e oggetto sostanziale e formale del reato, indicando tuttavia che tra l'oggetto della tutela e l'oggetto sostanziale del reato non esisterebbero praticamente differenze, coincidendo entrambe le categorie con "ciò che viene sostanzialmente leso o minacciato dal reato, essendo ciò che il diritto penale giuridicamente tutela"⁹⁶. La differenza si verificherebbe soltanto in quanto al momento di riferimento, così l'oggetto della tutela indicherebbe un momento anteriore, cioè, "un *quid* (bene, interesse) che non ha ancora natura giuridica dal punto di vista del diritto penale"⁹⁷, mentre successivamente, quando si parla di oggetto sostanziale del reato, la referenza sarebbe fatta allo stesso *quid* che però "in quanto ha ricevuto tutela da parte del diritto penale, ha acquistato appunto una esistenza giuridica"⁹⁸.

Esisterebbero inoltre, due oggetti sostanziali del reato diversi, uno generico e comune a tutti i reati, dato dall'"interesse dello Stato alla assicurazione delle condizioni della vita in comune, alla sicurezza della propria esistenza, o ciò che è lo stesso, alla propria conservazione"⁹⁹, e uno specifico, appartenente a ogni reato, così denominato in opposizione a quello generico, e rappresentante "da un bene o interesse proprio del soggetto direttamente offeso dal reato e, come tale, particolare al singolo reato"¹⁰⁰, ciò che deve ancora essere differenziato dalla categoria di oggetto formale del reato concepito come "il diritto dello Stato alle azioni od omissioni imposte sotto minaccia di pena"¹⁰¹.

Come osservato, sia l'oggetto formale che l'oggetto sostanziale generico, rimangono fermi senza mutare nella misura in cui muta il reato, a differenza dell'oggetto sostanziale specifico che varia col variare del reato, comportando che ciò che differenzi un reato da un altro sia "la diversa

⁹⁶ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 552.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, l'Autore previamente espone che il bene, prima ancora di essere giuridico, è un bene della vita umana individuale e sociale; e l'interesse, prima ancora di essere giuridico, è un interesse umano. Dunque, il concetto di bene, prima ancora di essere un concetto giuridico, è un concetto sociologico, anzi psico-sociologico, tale e come succede con il concetto di interesse, che prima di essere un concetto giuridico è un concetto psicologico, ragione per cui soltanto determinando cosa sia sociologicamente un bene, e psicologicamente un interesse, si può arrivare a sapere cosa siano giuridicamente, arrivando a distinguere due cose che di solito vengono confuse, cioè la questione del concetto del bene o l'interesse in sé, sociologicamente o psicologicamente considerati, della questione del concetto del «bene giuridico» o dell'«interesse giuridico».

⁹⁹ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 553.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ivi*, p. 554, si tratta di una categoria descritta anche come il diritto soggettivo pubblico statale alla osservanza dei precetti penale, riflesso del dovere giuridico di obbedienza spettante ai singoli individui di fronte allo Stato.

natura degli oggetti offesi mediante i singoli reati”¹⁰², assumendo quest’ultimo concetto una maggiore importanza¹⁰³, nel coincidere con quello che la dottrina in generale denomina semplicemente oggetto giuridico del reato¹⁰⁴, e su cui si sviluppano le discussioni intorno al bene giuridico.

Riflettendo ancora sul pensiero di Rocco, risulta fondamentale mettere in evidenza che nonostante l’Autore riconosca la natura sociologica del bene, e la psicologica dell’interesse¹⁰⁵, al momento di delimitare queste categorie nei loro aspetti giuridici penali, ne restringe la portata a una di natura puramente positiva, indicando che il bene giuridico non è altro che l’oggetto di un interesse penalmente tutelato, e perciò anche tutelato, e, a sua volta, un interesse giuridico corrisponde a ogni interesse che, coincidendo con l’interesse dello Stato alla propria conservazione viene, di conseguenza, protetto¹⁰⁶.

In questo modo, si conferma non solo che la tutela giuridico penale conserverà sempre la propria caratteristica di primaria, autonoma e indipendente¹⁰⁷, ma anche la natura positivista di una teoria che, nonostante tutti i meriti, rende impossibile creare, a partire dai suoi parametri, un criterio per decidere cosa dovrebbe venire protetta dal diritto penale e cosa dovrebbe essere esclusa, lasciando la decisione nelle mani del legislatore, ciò che ovviamente implica, a nostro avviso, un rischio di espansione irragionevole del diritto penale.

Tuttavia, ciò che noi identifichiamo come un problema, vale a dire, il fatto che il bene giuridico non possa svolgere una funzione critica per aiutare il legislatore a decidere quali sono i beni giuridici tutelabili attraverso lo strumento penale, non è invece un problema per gli esponenti della teoria metodologica, precisamente perché, secondo questa concezione, l’apparente crisi del bene giuridico non sarebbe altro che una sensazione proveniente dai difensori della funzione

¹⁰² A. ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 554.

¹⁰³ *Ivi*, pp. 554 s., secondo l’Autore la categoria di oggetto sostanziale specifico assume la maggiore importanza è, dunque, conviene discorrere particolarmente su questa categoria.

¹⁰⁴ In questo senso, ad esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit. pp. 176 s., che seguendo a Carnelutti, indica che l’unico vero oggetto del reato è ciò che il Rocco considera oggetto sostanziale specifico, e che corrisponde con il bene protetto dal diritto, denominato bene giuridico per essere quel *quid* che la norma minaccia con la pena.

¹⁰⁵ Vedere *supra* nota 98.

¹⁰⁶ A. ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., pp. 561 s.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 560.

«critica» del bene giuridico e che deriverebbe, in gran parte, “dell’inadempimento di aspettative che fin dall’inizio non si giustificavano”¹⁰⁸.

Ebbene, il fatto che la concezione positivista metodologica, staccandosi dalla funzione critica, rinforzi l’idea secondo cui il bene giuridico funziona come strumento di interpretazione teleologica delle fattispecie della parte speciale dei codici penali¹⁰⁹, non significa che il suo ruolo si riduca a uno meramente interpretativo dei diversi reati, soprattutto dal momento in cui i suoi difensori riconoscono nella funzione dogmatica una contribuzione anche alla risoluzione di problemi della parte generale, ciò che diventa specialmente evidente, per esempio, nella graduazione della sanzione penale che effettua il legislatore attraverso il suo giudizio di valore¹¹⁰.

Ora bene, nonostante le più complesse formulazioni a cui è arrivata con posteriorità la dottrina metodologica, è importante tener presente che i suoi primi esponenti consideravano che un bene giuridico non fosse “niente altro che lo scopo, assegnato dal legislatore alle singole disposizioni penali, nella sua formula più breve”¹¹¹, ciò che non viene posteriormente denegato come idea, ma riformulato nel riconoscere che la protezione di un bene giuridico, essendo una finalità che determina la forma di una norma penale, non è l’unica¹¹², e di conseguenza lo scopo della norma non può venire identificato col bene giuridico, anche se fa parte della finalità che ha di fronte il legislatore nel processo costitutivo attraverso il quale decide di includere come bene giuridico un determinato valore.

¹⁰⁸ K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, p. 257.

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 222.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 223, secondo l’Autore il processo costitutivo dei valori come beni giuridici non finisce solo con determinare che un ambito deva rimanere incolume, ma invece implica anche una decisione su cosa sia più o meno grave, vale a dire, non si tratta solo di un giudizio giuridico-antigiuridico, se non la determinazione di quando la aggressione sarà più rilevante per l’ordinamento giuridico.

¹¹¹ In questo senso, R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, t.1, Keip, 1919, p. 94. Per un’analisi sull’evoluzione e anche sulle diverse sfumature che prende la concezione metodologica del bene giuridico, si può consultare, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., pp. 20 - 32.

¹¹² K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría*, cit., p. 223, l’Autore indica che i difensori della filosofia neokantiana avrebbero identificato parzialmente l’idea di protezione di beni giuridici con l’interpretazione teleologica, indicando tra di loro a R. HONIG, *Die Einwilligung*, cit, p. 94, e anche a E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930, p. 22. Una formulazione più estrema proviene dei difensori del concetto formale onnicomprensivo, secondo i quali si identifica l’oggetto della tutela (ciò che la norma tutela) con il contenuto della tutela (il modo e i limiti all’interno di cui la norma tutela ciò che tutela), così, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., pp. 33 ss., dove l’Autore sviluppa un’analisi approfondito sull’approccio formale onnicomprensivo.

Secondo il postulato, il concetto di bene giuridico non indicherebbe niente sul contenuto che dovrebbero avere i giudizi di valore per trasformare qualcosa in un bene giuridico, lasciando la scelta al sistema giuridico penale ricadente nel legislatore e le sue valutazioni, questione che ha fatto emergere una serie di voci contrarie alla concezione, accusandola di «vuota», «formale», e «positivista»¹¹³, nonostante i suoi difensori insistano nell'affermare che quella che sembra, in apparenza, la grande debolezza della teoria, è allo stesso tempo, ciò che la rende ricca, permettendo al dogma del bene giuridico di diventare un punto di connessione tra dogmatica e politica¹¹⁴, precisamente perché appartiene al diritto positivo.

Ci sembra importante fermarci ancora un po' sull'autorevole formulazione della concezione metodologica sviluppata dall'Autore tedesco Amelung, che riconosce al bene giuridico la natura di giudizio di valore, mettendo tuttavia in evidenza, l'enorme diversità di valori presenti in una società plurale che, inoltre, non sono sempre generalmente accettati, ragione per cui non risulterebbe possibile costruire una teoria del bene giuridico "vincolante e suscettibile di consenso sulla base di valutazioni supraleali"¹¹⁵, e diventerebbe necessario farlo attraverso l'istaurazione di un processo legislativo democratico che decida di proteggere i beni che la maggioranza considera come i più importanti¹¹⁶.

Di conseguenza, il concetto di bene giuridico, si concepirebbe come l'oggetto di protezione di una norma di condotta inferibile dal diritto positivo¹¹⁷, che nel caso si tratti di una norma di condotta penalmente protetta, dovrà, in accordo all'idea della protezione di beni giuridici, tutelare anche una 'utilità', cioè qualcosa che oltrepassi il semplice mantenimento della sua vigenza, 'utilità' che, tuttavia, sarà decisa dal giudizio di valore del legislatore entro i limiti costituzionali¹¹⁸.

Nonostante le radici metodologiche della posizione di Amelung, questa offre una riflessione del tutto rilevante dal punto di vista della necessaria protezione di beni giuridici, nel

¹¹³ In questo senso, ad esempio, M. MARX, *Zur Definition des Begriffs*, cit., pp. 19 ss.

¹¹⁴ K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría*, cit., p. 226.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 232. In questo senso e, secondo ciò affermato dal proprio Amelung, è importante avere presente quanto scritto da J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, 1998, chi difende che la legittimità del diritto vigente dipende della razionalità di un processo legislativo, rendendo legittima la scelta quando le regole stabilite vengono rispettate, e operando in relazione a diverse situazioni, tra cui si trovano i reati e i valori riconosciuti come degni di protezione.

¹¹⁶ K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría*, cit., pp. 232 s, il quale riconoscendo le limitazioni del procedimento democratico, suggerisce l'esigenza di approvare le leggi penali con un quorum di 2/3, invece di semplice maggioranza, per assicurare che nella regolazione si riconoscano criteri che rappresentano a una ampia maggioranza.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 242.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 256.

sensu che considera si tratti di una concezione limitata che sbaglia nel concentrarsi sulla distruzione o il deterioramento di un oggetto fisico, ragione per cui formula una classifica che rende più completo lo spettro della protezione, aggiungendo alla categoria di «oggetto fisico», quella di «possibilità di attuazione» e quella di «processo sociale»¹¹⁹. In questo modo, la critica dell'Autore si estende al senso politico criminale della teoria della protezione di beni giuridici in quanto apparirebbe come bisognosa di complemento attraverso ciò che lui propone nella teoria sull'offensività sociale, che non concepisce più il danno come il deterioramento degli oggetti, ma che riprende l'idea secondo cui il reato colpisce le condizioni di organizzazione della convivenza umana, appoggiandosi sulla sanzione penale come strumento per la protezione della vigenza di fatto della norma di condotta¹²⁰.

Dunque, come si può apprezzare, la posizione esposta si identifica finalmente meglio con una visione funzionalista del diritto penale e del bene giuridico, in cui, si concede alla pena una funzione non di riparazione, ma di conferma dell'identità normativa della società¹²¹, offrendo però, una grande innovazione nel provare a superare l'analisi fenomenologico-naturalistico del danno, per cercare di costruirlo basandosi "nel sistema sociale e nelle condizioni della sua permanenza"¹²², ciò che inoltre, a nostro avviso, fa intravedere una similitudine con la teoria del Rocco che, anche mettendo in evidenza l'importanza delle scienze ausiliarie per prendere le decisioni di protezione, nel momento di stabilire un criterio giuridico-penale, rimane nell'ambito del diritto positivo.

La teoria funzionalista non solo mette in dubbio la concezione del bene giuridico, ma anche, come abbiamo già potuto osservare, la funzione stessa del diritto penale, non

¹¹⁹ K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría*, cit., pp. 235 ss., dove la prima categoria corrisponderebbe con il caso di istituzioni sociali come la proprietà nel furto, in cui l'oggetto indotto la protezione non è l'oggetto fisico, ma invece la possibilità di utilizzazione del bene, e la seconda, corrisponderebbe con catene di condotte di diverse persone che si organizzano tra di loro attraverso regole per raggiungere un obiettivo, come sarebbe il caso del reato di falsa testimonianza.

¹²⁰ *Ivi*, p. 256.

¹²¹ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 30, si tratta del criterio utilizzato dall'Autore per denominare la tesi di Jakobs come funzionalista.

¹²² *Ivi*, p. 31.

identificandola più nella protezione di beni, ma concedendo un ruolo centrale alla finalità di conferma della vigenza della norma¹²³.

In questo senso, è importante ricordare che Günther Jakobs, fondatore e massimo esponente del funzionalismo, ha elaborato “l’unica vera teoria «generale» alternativa alla protezione dei beni giuridici”¹²⁴, secondo la quale il diritto penale dovrebbe “garantire la vigenza della norma, non la protezione di beni giuridici”¹²⁵, non perché non debbano proteggersi in assoluto i beni giuridici, ma perché i beni presentano determinate condizioni di sopravvivenza senza le quali non possono essere utilizzati, affermando perciò che si dovrebbero proteggere anche queste condizioni di sussistenza, risultando pienamente insufficiente uno schema di protezione che opponga semplicemente i concetti di diritto *versus* i concetti morali per escludere una norma che non contiene un bene giuridico¹²⁶.

In effetti, dal punto di vista penale “risulterebbe poco adeguato prendere come punto di riferimento primario la lesione di un bene giuridico”¹²⁷, ragione per cui secondo Jakobs opererebbe meglio la nozione di infrazione di un ruolo perché, in realtà, non ci si potrebbe aspettare da ogni persona lo sforzo di evitare di ledere i beni giuridici altrui, ma soltanto da coloro che sono a carico della situazione specifica¹²⁸, così come, la formulazione della norma non dovrebbe ricadere su un divieto di ledere, ma piuttosto sul divieto di “violare il tuo ruolo come cittadino fedele al diritto”¹²⁹.

Una concezione che promuove la protezione delle norme e non dei beni giuridici, potrebbe essere immediatamente messa in discussione, segnalando la mancanza di un criterio che permetta

¹²³ È importante avere presente che la teoria Amelung, già esposta, sebbene condivide parzialmente quest’idea, non abbandona assolutamente il riconoscimento della necessità di mettere insieme alla protezione della vigenza della norma qualcosa di diverso, da lui chiamata ‘utilità’, e che riposa nelle mani del legislatore.

¹²⁴ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 12, in particolare, nota 2.

¹²⁵ G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Traduzione di M. CANCIO MELIÁ), in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 7, n. 11/2001, p. 26.

¹²⁶ G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal?*, cit., p. 26.

¹²⁷ *Ivi*, p. 28. Nello stesso senso, G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (Traduzione di M. CANCIO MELIÁ), Madrid, 2003, in particolare, il capitolo II, pp. 47-73, intitolato: *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, testo in cui l’Autore afferma che, in qualche modo, la protezione dei beni giuridici si raggiungerebbe ma come scopo mediato, non immediato.

¹²⁸ G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal?*, cit., p. 29.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 29; ID., *Sobre la normativización*, cit., pp. 63 s., dove l’A. spiega più approfonditamente come i ruoli devano costruirsi avendo presenti le regole di determinazione del comportamento permesso e non permesso, così come la differenziazione tra dovere positivi e negativi, scopo che si adempirebbe soltanto nel concepire i ruoli in quanto aspettative di comportamento e non come beni.

di decidere criticamente cosa tutelare, soprattutto perché, in principio, si potrebbe pensare che, così facendo, si permetterebbe la legittimazione di qualsiasi norma. Tuttavia, Jakobs risponde che, essendo realisti, non c'è niente nella teoria della protezione dei beni giuridici che possa evitare la legittimazione di un reato per proteggere, ad esempio, la purezza della razza in nome del bene giuridico, proprio perché ciò potrebbe essere fatto perfettamente anche attraverso una norma che abbia come fine quello di proteggere la propria vigenza. Di conseguenza, un precetto come quello suggerito potrebbe essere evitato, sia attraverso la figura del bene giuridico che, attraverso la protezione della norma in sé, nonostante, si tratterebbe, comunque, sempre di una decisione politica e non scientifica¹³⁰.

Per concludere, l'Autore rinforza la propria teoria stabilendo un collegamento tra la protezione della norma e la pena, precisamente perché considera che la teoria del diritto penale come protezione della vigenza della norma dimostrerebbe la propria validità specialmente attraverso la teoria dei fini della pena, di conseguenza se "il fatto significa una ribellione contro la norma, e la pena rifiuta questa ribellione, elimina allo stesso tempo l'erosione generale della vigenza della norma"¹³¹, ovvero, l'applicazione della sanzione confermerebbe la vigenza della struttura sociale che il reato negherebbe, seppur detta vigenza non viene concepita come una finalità in se stessa, ma nella misura che provvede agli individui attraverso la libertà e il benessere che cercano, essendo parte di un ordinamento giuridico che regola i rapporti tra persone e non i rapporti tra beni giuridici¹³².

Tuttavia, uno dei principali problemi della teoria Jakobsiana è che, nella sua formulazione, porta a distinguere, in materia di sanzione, tra cittadino e nemico, ricadendo nel caso della

¹³⁰ G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal?*, cit., p. 38.

¹³¹ G. JAKOBS, *Sobre la normativización*, cit., p. 48; ID., *Sobre la teoría de la pena* (Traduzione di M. CANCIO MELIÁ), in *Cuadernos de conferencias y artículos*, Bogotá, n. 16/1998, p. 16.

¹³² G. JAKOBS, *Sobre la normativización*, cit., p. 54. È importante avere presente che la sua migliore e più completa formulazione della teoria della conferma della vigenza della norma si trova in G. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* (Traduzione di M. CANCIO MELIÁ, B. FEJOO SÁNCHEZ), Navarra, 2006, pp. 83 ss. Tuttavia, non si deve dimenticare che l'autore attraverso la sua vita ha sviluppato una concezione della pena statale che si è trasformata da una concezione della pena come meccanismo simbolico di influenza nei membri della società, a una che concepisce la pena come conferma dell'identità della società, tale e come espongono i traduttori dell'opera citata, M. Cancio Meliá, B. Feijoo Sánchez, nelle prime pagine dell'opera citata, pp. 28 ss. In questo senso, risulta interessante il lavoro di J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Del derecho abstracto al derecho "real". Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad*, in *InDret*, n. 4/2006, pp. 1-6, chi considera che ciò che ha fatto Jakobs è dare un giro "di fatto" alla sua teoria, perché riconosce che il diritto per essere reale richiede fatticità, dunque attribuisce un ruolo al dolore nella fase di esecuzione della pena, la che non opererebbe più soltanto come un atto comunicativo ideale.

commissione di un reato, sul primo una pena in senso stretto, mentre sul secondo, semplicemente una misura di sicurezza basata sulla pericolosità¹³³, ciò che risulterebbe incompatibile con la costituzione italiana¹³⁴ e con qualsiasi costituzione di uno Stato che riconosca e protegga l'uguaglianza. Dunque, al di là della difesa della conferma di vigenza della norma come finalità del diritto penale, sembrerebbe che la teoria di Jakobs promuova un diritto penale non solo abbastanza aperto, che si allontana dall'osservanza del principio di sussidiarietà¹³⁵, ma anche una "forma d'imperativismo dell'obbedienza, compatibile con un diritto penale di tipo autoritario"¹³⁶, ciò che il proprio autore considera ingiustificato, considerando entrambi i paradigmi possano prestarsi a difendere ciò che vogliono, uno ricollegandosi all'idea di bene giuridico, l'altro alla di protezione della vigenza della norma¹³⁷.

¹³³ G. JAKOBS, *La pena estatal*, cit., pp. 167 ss.

¹³⁴ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 33.

¹³⁵ *Ivi*, p. 35. In senso simile, criticando la teoria Jakobsiana perché arriva a sconoscere la necessaria sussidiarietà del diritto penale, si veda G. PORTILLA CONTRERAS, *L'influenza delle scienze sociali*, cit., p. 218, chi considera che, alla fine, ciò che si configurerebbe è un diritto penale promozionale dei valori del mercato, di ciò che è funzionale al sistema in cui si sviluppa quel diritto penale, in permanente proliferazione ed espansione; si può consultare anche C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali*, cit., *passim*, chi formula un'interessante esposizione sulla rilevanza del rapporto tra diritto penale e scienze sociali, allo scopo di cercare una integrazione effettiva e democratica tra discipline; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 863, il quale seppure nel contesto di un'analisi sul principio di colpevolezza, dirige una critica generale sia alla teoria di Jakobs che alla teoria di Luhmann, indicando che rischiano di reinterpretare il diritto attraverso una «apologia» degli ordinamenti giuridici esistenti, nel momento in cui determinate discipline legislative vengono giustificate con l'argomento secondo cui non ci sono disponibili altre tecniche di elaborazione del conflitto; F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincantati scientifici*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2000, pp. 270 s., il quale evidenzia, in senso critico, come i reati moderni di inosservanza siano figure in cui la funzione critica tradizionalmente affidata al bene giuridico risulta notevolmente attenuata, e apre la porta persino a chiedersi se in quel caso la difesa dell'attività amministrativa di controllo si ponga, in realtà, oltre la logica di una giustificazione razionale.

¹³⁶ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2013, p. 10.

¹³⁷ Una terza critica si costruisce considerando la teoria di Jakobs come una in cui non esiste un riferimento alla legittimazione esterna del diritto penale e, di conseguenza, non esiste una discussione sulla validità del diritto; interessando soltanto la sua fattualità, vale a dire, la produzione del diritto in base ai criteri di funzionalità che potrebbero essere, senza problema, contrari a un riferimento di giustizia, si veda in questo senso, G. PORTILLA CONTRERAS, *L'influenza delle scienze sociali*, cit., p. 218; anche in senso critico della teoria Jakobs, ma per considerarla "spirituale" nel difendere la vigenza della norma senza un correttivo pratico, A. ESSER, *Bene giuridico e vittima del reato. Prevalenza dell'uno sull'altra? Riflessione sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 39/1997, pp. 1061-1084, però che consideriamo sia una critica risolta dal proprio Jakobs attraverso l'evoluzione della sua teoria quando ha affermato che il "dolore" risulterebbe anche necessario per adempiere l'oggettivo, vedere in questo senso, *supra* nota n. 132. Si deve tener presente anche, la critica formulata da B. SCHÜNEMAN, *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, pp. 191-219, il quale considera la prevenzione generale positiva una teoria circolare, critica che crediamo rimanga senza risoluzione.

Questa tendenza funzionalista volta ad ampliare il diritto penale, senza rispettarne la vocazione sussidiaria, si potrebbe risolvere in chiave di lettura metodologica, attraverso la formula creata da Amelung che, senza distogliere lo sguardo dalla sanzione penale come conferma della vigenza della norma, costruisce un correttivo basato sulla dannosità sociale della condotta e, in ragione del quale, esclude dal diritto penale i beni giuridici apparenti¹³⁸ e i beni giuridici spirituali¹³⁹, indicando che ciò che non è suscettibile di lesione, non ha bisogno di protezione¹⁴⁰. Di conseguenza, utilizzando un approccio di ispirazione sociologica, riafferma la rilevanza della nozione di offensività, costruita sulla base di un soggetto politico, idea attraverso la quale troviamo un punto di incontro tra il funzionalismo moderno di impronta sociologica e la formulazione sviluppata all'inizio del secolo scorso da Rocco¹⁴¹.

Così, come possiamo osservare, la teoria acritica del bene giuridico, nella sua versione positivista, offre uno sguardo piuttosto formale del medesimo che viene parzialmente corretto dall'approccio funzionalista moderno, in concordanza con la posizione formulata all'inizio secolo dal Rocco. Tuttavia, questa soluzione implicherebbe, in qualche modo, un riconoscimento alla concezione critica, nella misura in cui la determinazione del bene giuridico diventerebbe parzialmente ricavabile di elementi esterni alla norma stessa. Perciò, occorre esaminare la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata, con lo scopo di scoprire se sia in grado di collegare, in quale modo, una categoria positiva e critica del bene giuridico, con la necessaria offensività o lesività di beni giuridici, formulata come principio in Italia¹⁴², e finora, tante volte

¹³⁸ K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría*, cit., pp. 242 ss., l'Autore utilizza l'espressione «bene giuridico apparente» per descrivere quei casi in cui dietro la denominazione di ben giuridico non c'è altro che la propria norma di condotta, o bene, un aspetto della stessa vincolato con la sua vigenza, tra cui si troverebbe per esempio, la morale, più importante esempio di un bene giuridico apparente.

¹³⁹ *Ivi*, pp. 245 ss., i «beni giuridici spirituali» sono casi di «valori» oppure «idee» elevate alla categoria di bene giuridico.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 249, resta ferma, la possibilità di proteggere beni spirituali come beni strumentali alla protezione di certi beni collettivi, nonostante indicare che non dovrebbero venire chiamati, in questo caso, beni giuridici.

¹⁴¹ Esiste una parte della dottrina italiana che considera che il punto d'incontro sarebbe piuttosto «la riedizione della vecchia tesi dell'«oggetto sostanziale generico» di Rocco, letta in chiave normativo-comunicativa, nella quale l'interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione si codificherebbe nell'aspettativa di vigenza delle norme», vedere in questo senso, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 39, punto di vista che nonostante sembrare molto interessante, consideriamo deve essere analizzato con cautela data la già, tante volte menzionata, evoluzione della teoria Jakobs, in cui, la pura conferma della vigenza della norma in termini psicologici-spirituali non basta, e bisogna applicare «dolore» contra chi ha inosservato la legge.

¹⁴² *Ivi*, pp. 1 e 41.

messa in evidenza, sia dalle teorie critiche che da quelle acritiche, come un elemento vincolato alla nozione stessa di bene giuridico.

4.3.- L'approccio Costituzionale al concetto di bene giuridico: la superazione della dicotomia tra posizioni critiche e acritiche?

Come già osservato, le teorie sul concetto di bene giuridico finora controllate, non sono capaci di collegare le due necessità che appaiono come fondamentali nel momento di cercare i criteri per delimitare l'ambito di ciò punibile, giacché, si tratta o di formulazioni critiche su cosa dovrebbe proteggere il diritto penale, tuttavia fondate su una base metagiuridica, oppure risolvono il problema di appartenenza all'ambito del diritto positivo abbandonando però lo sguardo critico, e costruendo nozioni piuttosto tautologiche che hanno come orizzonte la protezione della vigenza della norma, salvo considerazioni sulla necessità di accompagnare quest'ultima teoria a un'altra, sulla dannosità sociale, purtroppo anch'essa basata su concetti portati dalla sociologia e perciò esterni al diritto positivo.

Tuttavia, la situazione precedentemente descritta potrebbe essere risolta attraverso la teoria costituzionale del bene giuridico che, senza perdere “la sua capacità critica, ha un certificato di cittadinanza nel sistema”¹⁴³, di modo tale che, “battendo la strada della funzione critica, resta ancora sul terreno del diritto positivo e dunque vincolante”¹⁴⁴. Si tratta di una teoria nata alla luce della dottrina italiana, è che fonda un programma di diritto penale nel suo complesso, e non solo in riferimento al bene giuridico, trasformandosi rapidamente, l'Italia, nel luogo in cui detto programma è arrivato a conoscere “il suo maggiore successo”¹⁴⁵.

La risposta alla domanda sul perché la dottrina italiana abbia preso questo indirizzo, deriva da una ragione storica, vincolata alla necessità di riformare il codice Rocco del 1930, di chiara ispirazione fascista, che nonostante abbia visto nel dopoguerra importanti modifiche, come per esempio l'abolizione della pena di morte¹⁴⁶, non era mai stato riformato interamente, trattandosi

¹⁴³ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 42.

¹⁴⁴ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., p. 153.

¹⁴⁵ M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2001, vol. 126, fasc. 2, p. 30.

¹⁴⁶ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 25, in cui si menzionano altre importanti modifiche fatte nel dopoguerra, tra cui, al di là dell'abolizione della pena di morte, si trova l'introduzione della attenuante generica, oppure la reintroduzione della scriminante della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale.

in ogni caso di interventi soltanto parziali¹⁴⁷, che portavano la scienza penale italiana a riporre le proprie speranze in un meccanismo istituzionale più forte di quello legislativo¹⁴⁸, scommettendo sulla possibilità di un controllo di legge tramite la Costituzione che, inoltre, dovrebbe il suo grande successo ad un “testo di ottima fattura”¹⁴⁹, che ha concesso una grande possibilità di argomentare in sede “giuspositivista molte soluzioni altrimenti affidate ai principi”¹⁵⁰.

L’approccio costituzionalistico del diritto penale, secondo la formulazione sviluppata da Bricola, intende considerare la Costituzione “quale fondamento della pena e del diritto penale”¹⁵¹, e di conseguenza, quale “riconoscimento di una scala gerarchica dei valori”¹⁵², che permette di stabilire non solo un parametro per decidere che i beni penalmente tutelabili sono quelli di rilevanza costituzionale, soddisfacendo in questo senso la funzione critica del bene giuridico attraverso una formula di diritto positivo, ma anche di decidere quali dovrebbero essere le forme di aggressione dei beni che giustificerebbero l’intervento penale, rispettando, di conseguenza, i criteri di sussidiarietà e frammentarietà a cui dovrebbe adempiere il diritto penale per “riacquistare il suo ruolo di strumento eccezionale, contenendo la sua spinta «inflazionistica»”¹⁵³.

¹⁴⁷ M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 31. Sulle riforme parziali del codice Rocco si possono consultare anche G. Vassalli, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 7 s., dove si espone come il cammino a una vera riforma è stato complicato data la mancanza di interesse del popolo italiano e del parlamento, che eccetto per una cospicua produzione legislativa in importanti settori della parte speciale, ha sempre mostrato nullo interesse verso una riforma generale ed organica; si può consultare in questo senso, G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in G. INSOLERA, P. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 2^a ed., Torino, 2000, pp. 33 s., il quale spiega come in assenza di una riforma globale, comincia nel dopo guerra, l’itinerario delle modifiche novellistiche del codice del 1930, che, tuttavia, non hanno investito quei settori che, anche secondo l’impostazione antiriformatrice, dovrebbero essere stati rivisti.

¹⁴⁸ M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 31. Indicando la mancanza di una riforma generale sul codice fascista del 1930 come l’elemento che spiegherebbe la nascita dell’approccio costituzionale al diritto penale, sebbene in materia specifica di bene giuridico e offensività, si veda, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 59 ss., dove tratta le radici storiche e culturale della teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata.

¹⁴⁹ M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 31.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, vol. I: Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, tomo I, Milano, 1997, pp. 542 s.; nello stesso senso, M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 29, ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, pp. 37 s.

¹⁵² F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., p. 576, l’Autore chiarisce che la Costituzione conterrebbe una tavola di valori e una scala gerarchica di quei valori. In senso simile, indicando che il problema del bene giuridico trova la sua esatta collocazione, proprio perché evidenziato che la Costituzione assume la decisiva funzione di indicare i valori che debbono essere protetti con minaccia di pena, si veda, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 122.

¹⁵³ F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, in BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 189. In senso conforme, e seguendo la concezione costituzionale del bene giuridico, però offrendo una lettura ancora più stretta, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., pp. 124 s.,

Il ragionamento in virtù del quale il Bricola considera che la Costituzione italiana abbia stabilito una restrizione di contenuto sugli illeciti penali destinata a operare sul legislatore, deriverebbe dall'indubitabile fatto che "la Costituzione attribuisce un valore del tutto preminente alla libertà personale"¹⁵⁴, la cui prova è costituita dalla collocazione della norma che afferma l'inviolabilità della stessa (art. 13), situata nell'apertura della Parte I della Costituzione, dedicata a trattare i diritti e i doveri dei cittadini¹⁵⁵. Dunque, la sanzione penale, concepita come la massima restrizione applicabile alla libertà personale, "può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia al meno dotato di rilievo costituzionale"¹⁵⁶.

Così, la rilevanza costituzionale si desumerebbe dall'assunzione del bene "tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale"¹⁵⁷, poiché solo uno di quei beni può giustificare il sacrificio, necessario o eventuale, della libertà personale che porta con sé l'intervento penale¹⁵⁸, attraverso un criterio di equiparabilità, che inoltre, significa accettare che beni di nuova formazione, come ad esempio, l'ambiente, possano essere tutelabili solo se

dove l'Autore indica che il richiamo della Costituzione non può portare soltanto all'affermazione generica in relazione a che la tutela penale va orientata alla salvaguardia dei beni dotati di dignità costituzionale, giacché la significatività dei valori costituzionali non è sufficiente a dare un concreto e positivo criterio per distinguere tra ciò che è meritevole di pena e ciò che non lo è. Dunque, considera che la risposta derivi dalla funzione della pena di risocializzare e rieducare, nel senso che una Costituzione pluralista dovrebbe assumere come oggetto il rispetto delle «forme minime della vita in comune», cioè i valori che concretano i presupposti essenziali della convivenza, aggiungendo che dello stesso art. 27 comma 3, emanerebbe un secondo limite consistente in che i beni protetti siano «chiaramente percepibili con l'intelletto» e che non si sfumino concettualmente.

¹⁵⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., p. 564.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 565.

¹⁵⁶ *Ibid.*, il quale spiega come la Costituzione attribuisce un valore preminente alla libertà personale, e perciò, la massima restrizione alla libertà personale, qual è quella che opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere eseguita salvo come *extrema ratio*; in senso conforme, M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 30. In senso parzialmente critico, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 31, il quale considera che l'allargamento ai beni di rilevanza costituzionale implicitamente lascia imprecisi i confini della legittimazione dell'opzione penale.

¹⁵⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., p. 568, l'A. approfondisce l'idea che la rilevanza costituzionale non significa semplicemente non antitetività del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale.

¹⁵⁸ *Ivi*, pp. 565 s.

costituiscono un “presupposto necessario per la tutela di beni di primaria rilevanza costituzionale”¹⁵⁹, dovendo attenersi, in quei casi, al “bene finale oggetto della tutela”¹⁶⁰.

Nondimeno, la formulazione Bricola riceve critiche da coloro che rispettando l’approccio costituzionalistico del bene giuridico, considerano, tuttavia, che non sarebbe possibile “ritenere che una teoria del reato debba esaurirsi nella prospettiva costituzionale”¹⁶¹, dunque, la protezione penale dei beni espressamente tutelati dalla Costituzione non escluderebbe, in modo alcuno, la possibilità di proteggere altri interessi, purché i beni protetti non siano in contrasto con i beni garantiti dalla Carta fondamentale, giacché oltre a fissare un limite formale che obblighi il legislatore a rispettare una determinata procedura, imporrebbe un limite sostanziale che lo costringa a dotare i diversi precetti di un contenuto non incompatibile con i principi costituzionali¹⁶².

Questo significa che, sebbene si riconosca alla costituzione la capacità di diventare l’unico strumento “in grado di offrire il criterio di legittimazione per una riedizione in forma vincolante della teoria «liberale» del bene giuridico”¹⁶³, ovvero, capace di fondare un concetto «materiale» di bene giuridico che adempie una funzione critica sulle diverse scelte di penalizzazione del legislatore¹⁶⁴, si preferirebbe accettare un orientamento costituzionale «minimo» o anche chiamato di costituzione «aperta», secondo il quale, “il catalogo dei beni penalmente protetti è più ampio rispetto a quello dei valori rilevanti”¹⁶⁵, in modo tale da operare il divieto di proteggere valori che siano antitetici alla Costituzione, ma senza esigere alcun riconoscimento esplicito o implicito.

¹⁵⁹ M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 30; anche F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., p. 568, che spiega che l’illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria, di modo tale che la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo.

¹⁶⁰ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 212, l’Autore indica, per il caso della tutela dell’ambiente, il bene della libertà personale viene pregiudicato allo scopo di proteggere, come momento finale di tutela, la pubblica salute, vale a dire, la protezione dell’ambiente opera come funzionale alla tutela di essa.

¹⁶¹ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2^a ed., Padova, 1982, p. 51.

¹⁶² *Ivi*, p. 51, dove l’autore spiega che quello si confermerebbe, anche, alla luce di ciò indicato testualmente dall’art. 28 della legge 11 marzo 1953 n. 87, laddove segnala che “Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”, aggiungendo che tra le valutazioni politiche e la materia lasciata alla discrezionalità del Parlamento, vi è indubbiamente l’incriminazione di comportamenti che ledono interessi diversi, ma non incompatibili con quelli su cui si impernia la tematica costituzionale.

¹⁶³ G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., p. 45.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ivi*, p. 46; anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 10^a ed., Milano, 2017, pp. 184 s., il quale indica come la tesi corretta non sarebbe più quella tradizionale che affidava la selezione dei beni giuridici penali alla piena

I critici della formula Bricola sottolineano la necessità di proteggere beni non espressamente menzionati nella Costituzione, soprattutto, alla luce dei nuovi valori che sorgono con l'avanzare della società, rendendo evidente che, mantenere un criterio di tutela anchilosato a un catalogo formulato in un momento storico determinato, costringerebbe il legislatore a rinunciare “a soddisfare nuove esigenze di tutela scaturenti dal continuo evolversi della realtà sociale”¹⁶⁶.

Risulta fondamentale chiarire che questo non significa negare il valore della Costituzione, ma esprimerne, in modo migliore, l'importanza attraverso un concetto di Costituzione «aperta nel tempo»¹⁶⁷, vale a dire, collegata a scelte vincolanti e con «posizioni di valori», che si svolgono e sviluppano nel processo storico, e “non assolutizzate in sistemi di valori astratti e autosufficienti”¹⁶⁸. Di conseguenza, rifiutare l'idea di uno schema che esige un riconoscimento esplicito o implicito nel testo, non significa “indifferenza costituzionale di fronte ai valori e ai problemi di tutela che essi pongono”¹⁶⁹, bensì, al contrario, significa aprire la possibilità che tali valori siano ricavabili da un foro costituzionale aperto, ma strutturato, e che “presupponga spazi di discrezionalità legislativa limitata e orientata”¹⁷⁰.

discrezionalità del legislatore, bensì quella dei beni costituzionalmente orientata, ragione per cui considera siano beni oggetti di tutela i beni costituzionalmente rilevanti, ma anche quelli costituzionalmente non incompatibili; in senso conforme, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 2^a ed., Milano, 1980, p. 219, che essendo d'accordo con l'affermazione secondo cui la politica legislativa si dovrebbe orientare verso l'impiego della sanzione penale soltanto nei casi in cui è veramente indispensabile per ragioni inerenti alla prevenzione generale e/o speciale, aggiunge che non sia possibile ritenere che nell'ordinamento giuridico italiano, esista, per il legislatore ordinario, un divieto di incriminare condotte che siano offensive di valori che, senza essere antitetici alla Costituzione, non trovano in essa riconoscimento esplicito o implicito.

¹⁶⁶ *Ivi.*, p. 220; in senso parzialmente simile, G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., p. 55, chi considera sia importante avere presente che questa constatazione rappresenterebbe una obiezione che bisogna essere ridimensionata, giacché i tempi necessari per rendere possibile la nascita di beni del tutto inediti storicamente sono di regola tutt'altro che brevi, e quando sembra che spunti alla ribalta un nuovo bene, si tratterebbe, in generale, di un bene già conosciuto però sotto una nuova forma di aggressione.

¹⁶⁷ D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 498.

¹⁶⁸ *Ivi.*, p. 499.

¹⁶⁹ *Ivi.*, p. 500.

¹⁷⁰ *Ibid.*, risulta ora opportuno mettere in evidenza che uno dei principali problemi che si sono messi in gioco dopo l'entrata in vigore della Costituzione italiana è stata l'esistenza o meno di obblighi costituzionali di tutela penale. In questo senso, il testo spiega brillantemente che l'idea di un ordinamento statutale che si prenda carico «in positivo» dei diritti fondamentali -promuovendo le condizioni della sua effettività- sarebbe una delle linee di superamento dello stato liberale classico, verso uno stato sociale di diritto (p. 514), ciò che non succederebbe nella Costituzione italiana in cui il rapporto autorità-libertà, grazie al riconoscimento del principio di legalità, si ricostruisce secondo una logica liberale, e di conseguenza si oppone all'esistenza di obblighi di tutela penale (p. 519), specialmente perché l'indirizzo penalistico non è di contenuto, ma invece di metodo, è dovrebbe operare come punto di partenza, e criterio, di una politica penale attenta alla fondazione e alla critica degli istituti secondo una logica di necessità e non di obbligo (p. 525). Tuttavia, al di là dei rilievi conclusivi, l'autore racconta come, in un momento storico particolare, la giustizia italiana abbia assunto un ruolo di protagonista, di fronte a fenomeni di criminalità classica, comune e politica, attraverso un fenomeno chiamato «supplenza giudiziaria» (p. 510 ss.), il cui sembra essere scomparso alla luce delle

Tuttavia, al di là della visione che si addotti sulla portata dell'approccio costituzionale del bene giuridico, cioè, se la Costituzione dovrebbe considerarsi una scala di valori chiusa, nei termini di Bricola, oppure aperta nel tempo, come formulata dai suoi critici, questione sulla cui torneremo più avanti, è fondamentale chiarire che l'approccio costituzionale verso il bene giuridico non si riduce a indicare quali siano i valori potenzialmente tutelabili attraverso il diritto penale, bensì, ed esattamente come già annunciato in precedenza, fornisce anche un criterio per decidere quali dovrebbero essere le forme di aggressione dei beni, al fine di soddisfare lo *standard* penale stabilito dalla Costituzione, precisamente nell'affermare che "l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante"¹⁷¹.

Dunque, attraverso quest'ultima asserzione, possiamo osservare la completa costruzione dell'approccio costituzionale del bene giuridico tutelato, così come formulata dal Bricola, giacché, oltre a esigere come elemento dell'illecito penale, la verifica della presenza di un valore costituzionalmente rilevante, dobbiamo tener conto di quanto sia ugualmente rilevante l'identificazione di una condotta che abbia come effetto una lesione significativa su quel bene. Così, la significatività del valore tutelato, quale criterio che renderebbe possibile la realizzazione "dell'*extrema ratio* come presupposto per l'adozione della pena criminale"¹⁷², terrà anche un correlato di significatività dal punto di vista del tipo di aggressione che ricade sul valore costituzionalmente rilevante¹⁷³.

nuove pronunce della Corte costituzionale, che ormai sostiene l'impossibilità di creare nuove norme penale (Sentenze n. 44, 45, 46, 47 e 126 del 1982). Sul punto, F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale*, cit., pp. 195 ss., difendendo la propria posizione dello sguardo costituzionalistico del bene giuridico davanti agli oppositori, segnalando che il carattere sussidiario del diritto penale, necessariamente collegato alla tesi dei beni di rilievo costituzionale, permetterebbe di risolvere il problema, giacché la significatività costituzionale del bene non potrebbe mai configurare, in chiave di reciprocità, un obbligo di penalizzazione degli interessi più significativi, salvo nel caso di adottare una teoria retribuzionistica della pena, ciò che inoltre porterebbe ad una estensione eccessiva del diritto penale perché non correggerebbe, in modo alcuno, la decisione di sanzionare. In senso conforme, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 31, chi considera che la scelta dello strumento penale rientra nell'uso discrezionale del potere politico-legislativo, pertanto, non esisterebbe un obbligo di tutela penale di beni giuridici derivante *tout-court* dalla loro rilevanza costituzionale. In contrario, cioè, affermando che la funzione critica del bene giuridico non si oppone necessariamente alla configurazione di obblighi costituzionali di tutela penale, si veda P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Milano, 1993, pp. 56 s., che espone la sua teoria secondo la quale il principio di sussidiarietà, giustificato attraverso i beni giuridici di particolare significatività, comporterebbe la trasformazione progressiva della «meritevolezza» e «bisogno» di pena in «obbligo» di tutela quando il bene coinvolto nel comportamento criminoso, sia di un'importanza tale che la natura del bene non sopporterebbe una diversa risposta sanzionatoria.

¹⁷¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., pp. 565 s.

¹⁷² *Ivi*, p. 567.

¹⁷³ *Ivi*, p. 786, l'Autore considera che i reati di pericolo presunto siano incostituzionali, e perciò non sia possibile identificare una offesa sotto questa forma.

La significatività dell'aggressione, ovvero, la necessaria offensività dei fatti sanzionati, si riferisce, nello specifico, al modo in cui i comportamenti proibiti agiscono sulle entità protette, e si dovrebbe configurare quale indispensabile offesa sotto forma di "danno o di pericolo accertabili o valutabili empiricamente, cioè, in base alle caratteristiche di ciascun concreto comportamento proibito, e non solo, in astratto"¹⁷⁴.

4.4.- La 'compatibilità' con il testo costituzionale quale formula congiuntiva che rende conciliabile l'approccio costituzionale del bene giuridico in senso classico con l'idea di una Costituzione aperta nel tempo

Ora bene, dopo avere spiegato i due grandi aspetti dell'approccio costituzionale del bene giuridico, è importante provare a risolvere il quesito nato a seguito della confrontazione tra uno sguardo classico e limitato dello sguardo costituzionale, *versus* quello che considera che dovrebbe prevalere una visione della Costituzione come testo aperto nel tempo.

In questo senso, tenendo presente la tesi del Bricola sui valori implicitamente riconosciuti, e specialmente l'esplicita possibilità di includere tra loro persino "situazioni soggettive che, non contemplate dalla Costituzione, sono «consacrate in convenzioni internazionali e richiamate dalla formula diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.»"¹⁷⁵, potremmo apprezzare il fatto che, in realtà, non si tratterebbe di una posizione che impedisce un aggiornamento storico dei valori, dal momento che lo stesso fondatore della formulazione, nella sua matrice originale, apriva la porta a un'interpretazione che ammetteva l'inclusione di valori non esplicitamente riconosciuti, sempre che, in qualche modo, portassero degli elementi che permettessero di fondare una riconduzione ai valori del testo.

Inoltre, possiamo aggiungere che, nonostante le apparenti e sostanziali differenze tra le due letture dell'approccio costituzionalistico del bene giuridico, entrambe hanno per scopo quello di difendere, come necessità basilica del diritto penale, l'adempimento del principio di sussidiarietà e l'esclusione della morale da ciò che è penalmente tutelabile, perché non corrisponde a un "compito

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 474; nello stesso senso, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 214, che anche afferma che l'offesa deve essere accertata 'in concreto', aggiungendo che alla totale assenza di offensività va parificata l'offesa irrisoria.

¹⁷⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., p. 568.

di uno Stato pluralistico conforme alla Costituzione, educare coercitivamente i cittadini adulti”¹⁷⁶, lasciando in evidenza l’esistenza di aspetti comuni tra le posizioni in precedenza trattate come distanti.

Di conseguenza, se ci soffermiamo ancora un istante sui punti di vista precedentemente spiegati, possiamo sostenere che gli elementi comuni potrebbero unirsi attraverso ciò che denomineremmo «formula coniugativa», il che implica assumere che il problema si potrebbe risolvere “domandandosi semplicemente se il bene tutelabile penalmente debba avere una ‘importanza’ tale da porlo ragionevolmente sul piano dei valori costituzionalmente garantiti”¹⁷⁷, vale a dire, risolve la differenza attraverso un esame di ‘compatibilità con l’ordinamento giuridico’ secondo il disegno tracciato nella Carta costituzionale.

In questo modo, è evidente che il vero merito di queste due letture dell’approccio costituzionalistico del bene giuridico, è quello di “fornire una autorevole pezza d’appoggio per una concezione dello strumento penalistico come ultima spiaggia della difesa sociale prima che rappresentare una elaborazioni scientificamente compiute ed inattaccabili”¹⁷⁸, lasciando intravedere come il concetto di bene giuridico, persino nel suo orientamento secondo la Costituzione, non rappresenterebbe “un cappello magico mediante il quale siano subito separabili tramite sussunzione e deduzione le condotte penalizzabili da quelle non penalizzabili, bensì una denominazione di ciò che è lecito considerare degno di protezione dal punto di vista delle missioni del diritto penale¹⁷⁹, e che prima che operare come catalogo di oggetti di tutela, dovrebbe funzionare come “modello articolato e flessibile, che riconnetta i possibili oggetti di tutela tra loro,

¹⁷⁶ In questo senso, G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Palermo, 1984, pp. 86 ss.; ID., *Il «bene giuridico» come problema*, cit., p. 49. Tuttavia, F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale*, cit., p. 194, afferma, come difensore della visione alternativa, che la concezione del diritto penale come forma di tutela sussidiaria riceve impulso e maggior solidità attraverso la tesi che aggancia alla Costituzione la politica dei beni tutelabili penalmente, selezionando l’oggettività giuridica del reato con riguardo ai soli interessi costituzionalmente significativi.

¹⁷⁷ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 212.

¹⁷⁸ G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., p. 65.

¹⁷⁹ C. ROXIN, *Fran von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, in C. ROXIN, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008, pp. 253 s.; in senso simile, ID., *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15/2013, <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>, p. 10, dove l’A. spiega che i principi supremi di un ordinamento giuridico non sono suscettibili di essere presi in una definizione atta alla sussunzione, ma invece che devono soltanto caratterizzare un criterio retto che abbia posteriore sviluppo e anche concretizzazione nella materia giuridica.

e con le tecniche e le funzioni proprie non solo del diritto penale, ma anche dei diversi settori dell'ordinamento»¹⁸⁰.

Le conclusioni appena esposte sulla limitazione del concetto di bene giuridico, derivata dalla difficoltà intrinseca di arrivare a un'idea univoca su di esso, ci permettono di applicare al meglio la formula «coniugativa» precedentemente enunziata, che pone l'attenzione sull'importanza del bene giuridico alla luce della Costituzione¹⁸¹, in modo tale da comprendere che si tratta di una metodologia di valutazione, invece che di una formula magica per decidere cosa dovrebbe essere protetta attraverso il diritto penale, e perciò, dovrà essere necessariamente utilizzata come complemento a uno sguardo integrale dei principi costituzionali di rilevanza penale¹⁸², che permettano di determinare ragionevolmente la presenza o mancanza degli elementi indispensabili per la creazione o meno di una determinata fattispecie, che si collega adeguatamente entro la gerarchizzazione sistematica dei beni costituzionalmente rilevanti¹⁸³.

Tuttavia, crediamo, secondo quanto precedentemente esposto, che la formula «coniugativa» comporti, come conseguenza applicativa, che *ad portas* di un'eventuale nuova scelta normativa, questa dovrà operare non solo come catalogo di valori, ma anche come catalogo di principi che dovranno essere sempre osservati per verificare se un determinato comportamento, opposto a un 'bene giuridico', adempia alle condizioni necessarie per includerlo come nuovo delitto nel sistema. Vale a dire, la determinazione dell'importanza di un'entità, esige non solo la sua compatibilità con la Carta costituzionale, come riferimento di valore, ma anche la

¹⁸⁰ G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., pp. 76 s.; in senso simile, D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in *La Questione criminale*, 1981, pp. 121, il quale indica come, una riforma della parte speciale, sia un'opportunità di orientare il diritto penale secondo la Costituzione, consentendo di cogliere il «sistema dei beni giuridici costituzionali» non più come programma astratto, ma come reale base d'organizzazione della società.

¹⁸¹ È importante mettere in evidenza che Fiorella, notevole autore della formula citata e qui denominata per chiarezza «coniugativa» considera, dal punto di vista delle funzioni, che il diritto penale svolgerebbe oltre alla funzione conservatrice, un'ulteriore funzione propulsiva, nella misura in cui valga da stimolo, anche vigoroso, nel favorire le condizioni di pieno godimento di un determinato bene, si veda, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 211.

¹⁸² La referenza è stata fatta ai principi di offensività, di legalità, personalità della responsabilità penale e colpevolezza, che insieme permettono di arrivare a una costruzione del diritto penale come *extrema ratio*, o detto in un altro modo, l'utilizzazione congiunta dei diversi principi penale posti a garanzia del reo, permette di arrivare a una selezione filtrata del comportamento meritevole di sanzione, dove la sanzione penale si guarda come un ricorso scarso di utilizzare solo in via estrema, si veda F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., pp. 560 s.

¹⁸³ Una parte della dottrina considera che una delle critiche che si può formulare alla dottrina costituzionale del bene giuridico è precisamente in rapporto alla gerarchizzazione dei beni, dato che, spesso dipende da elementi concettuali e ideologici non forniti dal testo costituzionale, G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., p. 56.

soddisfazione di una serie di condizioni preliminari a essa riferibili¹⁸⁴, che si traducono nelle direttive limitatrici, tra cui troviamo, quale “crocevia per la realizzazione compiuta di altre garanzie”¹⁸⁵, il principio di offensività o necessaria lesività, che deve essere sempre completato con la necessaria osservanza degli altri principi penali considerati come un insieme interdipendente che permette di avere come risultato “una rigorosa selezione filtrata a garanzia del reo”¹⁸⁶.

Risulta interessante tener presente, a questo punto, una concezione parzialmente diversa sull’offensività, costruita dal Ferrajoli che, all’interno della sua teoria generale, l’ha inserita tra “una serie di criteri negativi di delegittimazione dell’intervento penale”¹⁸⁷, al fine di lasciare al di fuori della materia, e perciò di un «diritto penale minimo»¹⁸⁸, non sono i reati che proteggono i beni giuridici collettivi, bensì i reati bagatellari, quelli in cui la lesione non ricade su una persona

¹⁸⁴ È importante tener presente un criterio alternativo formulato in dottrina, secondo cui il problema sulla rilevanza del bene giuridico tutelato si risolverebbe attraverso il principio di proporzione, quale «principio essenziale immanente a ogni Stato di diritto: nel senso che deve esservi “proporzione” tra il sacrificio della libertà personale e degli altri diritti su cui incide la pena, da un lato e lo spessore del bene fatto oggetto di tutela penale, dall’altro», indicando dunque che ciò che sarebbe veramente rilevante non è che il bene abbia riconoscimento nel testo costituzionale scritto, ma piuttosto che la scelta legislativa del bene da proteggere non sia arbitraria, ma razionalmente argomentabile e controllabile, ovvero, «dalla Costituzione deriva un implicito appello al legislatore perché esso giustifichi in maniera razionale la necessità di munire di tutela penale un determinato bene», si veda in questo senso, G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 124.

¹⁸⁵ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 52.

¹⁸⁶ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 11, chi si riferisce a una rilettura costituzionale del bene giuridico attraverso diverse norme-principio: *il principio di materialità, il principio del diritto penale del fatto, il divieto di un diritto penale d’autore, il principio di laicità*, che dovrebbero operare insieme ed unitamente al principio di offensività, per delimitare la tutela dei beni in un significato costituzionalmente conforme.

¹⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 464 ss. L’Autore formula il concetto di «serie di criteri negativi di delegittimazione», che non sarebbero altro che le garanzie penali o sostanziali e corrisponderebbero con il principio di offensività, il principio di materialità, e il principio di responsabilità penale, che rispettivamente definiscono i tre elementi costitutivi del reato: l’evento, l’azione e la colpevolezza. Inoltre, chiama «sostanziali» queste garanzie, in opposizione alle garanzie processuali, anche battezzate come «strumentali» e che corrispondono a quelle relative ai metodi e alle forme dell’accertamento, mentre le sostanziali si collegano con i contenuti delle proibizioni.

¹⁸⁸ Il «diritto penale minimo» è un termine coniato da Luigi Ferrajoli nel 1985 per designare un programma o progetto di diritto penale anche chiamato «garantismo penale» poi ampiamente sviluppato in diverse opere, e che consiste in un modello teorico e normativo di diritto penale in grado di razionalizzare e minimizzare la violenza dell’intervento punitivo vincolandolo, nella previsione legale dei reati, così come nel loro accertamento giudiziario, a limiti rigidi imposti a tutela dei diritti della persona. Per quanto riguarda il reato, questi limiti sono le garanzie penali sostanziali, e per quanto riguarda il processo, essi corrispondono alle garanzie processuali e ordinamentali. Mentre le garanzie penali sono finalizzate alla minimizzazione dei reati, le garanzie processuali sono finalizzate alla minimizzazione del potere giudiziario. Esistendo peraltro, tale come accenna il suo autorevole fondatore, un nesso non solo tra diritto penale minimo e garantismo, ma anche tra diritto penale minimo, effettività e legittimazione del sistema penale. Si può consultare, L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, cit., pp. 520 s., dove l’A., spiega come esisterebbe una corrispondenza biunivoca tra giustificazione e garantismo penale, dato che un sistema penale è giustificato solo se capace di ridurre al minimo la violenza arbitraria della società, è questo scopo è raggiunto nella misura in cui soddisfa le garanzie penali e processuali del diritto penale; anche ID., *Cosa è il garantismo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, pp. 129-141; e ID., *Diritto e ragione*, cit., pp. 891 ss.

in carne e ossa, così come qualsiasi fattispecie che non adempia al requisito della concreta offensività, come succede, ad esempio, con le figure di pericolo astratto o presunto¹⁸⁹.

Quindi, per comprendere, dal punto di vista del paradigma del «diritto penale minimo», il valore dell'offensività come criterio negativo di delegittimazione, che permetterebbe una minimizzazione della proibizione penale, con lo scopo di elevare l'efficienza nella persecuzione, bisogna distinguere tra due stati della discussione, uno di giustificazione esterna delle proibizioni penali o di politica criminale, e l'altro che riguarda invece la giustificazione interna o giuridica delle norme penali all'interno di un ordinamento giuridico specifico o di legalità¹⁹⁰.

La dottrina del «diritto penale minimo» e i criteri forniti dal suo fondatore, corrispondono ad argomenti di giustificazione esterna delle proibizioni penali, che hanno per scopo la formulazione di una “politica penale finalizzata alla massima tutela di beni con il minimo necessario di proibizioni e punizioni”¹⁹¹, che, a ogni modo, per avere una vera efficacia vincolante, richiede un approccio capace di risolvere il problema attraverso una formulazione, allo stesso tempo, critica e positivista su cosa si dovrebbe proteggere attraverso il diritto penale, questione che viene chiamata dal Ferrajoli, accertamento in chiave di giustificazione interna¹⁹². Possiamo apprezzare, così, come nel caso italiano sia precisamente questo il passaggio che assume un vero senso alla luce della Costituzione, essendo lo spazio mediante il quale il principio di offensività, e perciò la protezione di beni giuridici, esercita la sua vera efficacia vincolante.

5.- Il principio di offensività o necessaria lesività nella Costituzione italiana: considerazioni intorno al diritto positivo

Il riconoscimento della necessaria offensività come principio costituisce “l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale”¹⁹³, e

¹⁸⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 480 ss., i tre tipi di reati menzionati corrispondono con le tre classi di reati rispetto ai quali il principio di offensività esercita la sua funzione restrittiva e minimizzatrice.

¹⁹⁰ *Ivi*, p. 474.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² C. ROXIN, *El concepto de bien jurídico*, cit., p. 24; ID., *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS, (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, p. 442.

¹⁹³ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 11; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 182, il quale indica che il principio di offensività è una direttrice fondamentale di politica criminale e baricentro del diritto penale italiano costituzionalizzato, ciò che esprimerebbe l'esistenza -a livello costituzionale- di un diritto penale a base oggettivistica.

collegandosi stretta e necessariamente all'entità tutelata dalla norma penale, ci permette di affermare che l'idea di offensività senza bene giuridico diventa inconcepibile¹⁹⁴, in modo che, se un determinato comportamento non riesce a ledere o mettere in pericolo un bene tra quelli selezionati come rilevanti, non si potrà mai completare l'operazione necessaria per trasformare una determinata condotta in reato, senza rischiare la stessa costituzionalità, grazie al riconoscimento -se bene implicito- nel testo della Costituzione che eleva il principio a valore positivo, rilasciando la categoria di *legge lata* a un paradigma che, in altro modo, poteva rimanere -in seguito alla sua formulazione- soltanto come *legge ferenda*.

Dunque, dato che il riconoscimento del principio nella Costituzione non è così evidente come altri principi di rilevanza penale come, ad esempio, la legalità e la materialità del fatto punibile¹⁹⁵, tutti intimamente collegati e rilevanti al fine di raggiungere la decisione sulla costruzione di una nuova fattispecie, è necessario innanzitutto capire se si vuole evitare una concezione della necessaria offensività come semplice "raccoltore di esigenze garantiste di tipo oggettivistico"¹⁹⁶, il modo in cui il principio sia stato incastrato nel testo costituzionale italiano, quale sia il suo contenuto effettivo e quale siano le conseguenze e limiti normativi che derivano dal suddetto riconoscimento.

In principio, sono due le norme dalle quali si può ricavare la rilevanza costituzionale del principio di offensività, da una parte, l' art. 25 comma 2, lì dove il legislatore collega il reato alla pena in quanto conseguenza giuridica del fatto commesso, in opposizione alle misure di sicurezza, in quanto risposta dell'ordinamento giuridico alla pericolosità del soggetto indicata nel comma 3¹⁹⁷, e dall'altra parte, l'art. 27 comma 3 che, nell'indicare che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, esprimono una vera e propria "funzione polivalente, in cui si saldano il momento garantista o

¹⁹⁴ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 8.

¹⁹⁵ È fondamentale tener presente, che il principio di materialità è intimamente collegato al principio di offensività, giacché, nella misura in cui la materialità implica che il reato sia, innanzi tutto un fatto esteriore, funziona come antecedente fondamentale all'elemento di offensività, questione che viene riconosciuta dalla propria Costituzione, laddove indica nell'art. 25 comma 2 che: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Sul principio di materialità, si può consultare, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 197 s.

¹⁹⁶ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 11.

¹⁹⁷ La distinzione fra intravedere i cardini del sistema penale italiano, in cui, la pena risponde ai fatti, e la misura di sicurezza alla pericolosità. Si tratta di una logica proveniente del codice Rocco, chiamata di doppio binario e che distingue la «pena» basata nella colpevolezza, della «misura di sicurezza» basata nella pericolosità del soggetto, si suggerisce consultare, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008.

liberale della retribuzione e le aperture «sociali» o «solidariste» della rieducazione¹⁹⁸, lasciando intravedere che una pena non potrà mai essere applicata per un fatto privo di offesa, precisamente perché, di fronte a un fatto inoffensivo lo scopo di rieducazione scomparirebbe, data la mancata necessità di rieducazione¹⁹⁹.

Tuttavia, la possibilità del suo riconoscimento non si esaurisce nei precetti appena citati, essendo desumibile anche dal coordinamento degli artt. 2, 3 e 13 della Costituzione, in quanto vietano l'introduzione di limiti arbitrari al libero sviluppo della persona umana, ciò che verrebbe effettivamente danneggiato, o almeno ostacolato, nel caso in cui si incriminasse e si punisse un fatto considerato 'inoffensivo'²⁰⁰, così come degli artt. che delineano uno Stato pluralistico (33 e 49), laico e ispirato alla tolleranza (8 e 21), escludendo qualsiasi spazio per un diritto penale che perseguita scopi trascendenti o etici, pretende degradare l'uomo a mero 'oggetto di trattamento', oppure lo sanzioni a causa dei suoi atteggiamenti interiori²⁰¹.

Questa concezione, secondo la quale la necessaria offensività o lesività del fatto ha il rango e la forza vincolante di un principio costituzionale per via di una serie di conferme attraverso diversi precetti della Carta costituzionale, in particolare l'articolo 25 collegato ai fini della pena, porta come conseguenza che l'unico modello di diritto penale, compatibile col testo costituzionale, sia uno di protezione dei beni giuridici, e l'unico modello di reato possibile sia quello che pone al

¹⁹⁸ G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, p. 623. Per un'analisi approfondita sul rapporto tra fine della pena rieducativa e protezione di beni giuridici, si può consultare, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1984, pp. 482 s.

¹⁹⁹ In questo senso A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 215, l'A. aggiunge quanto sia interessante tenere presente che il principio di umanità, consacrato a partire dell'art. 27 comma 3, si collega sotto questo profilo anche al principio di proporzionalità della conseguenza giuridica, tale è come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza del 2 luglio 1990, n. 313, in cui si indica espressamente che "l'art. 27 comma 3 impone al giudice di valutare l'osservanza del principio di proporzione fra *quantitas* della pena e gravità dell'offesa". Più di recente, affermando che il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, affermato sulla base di una lettura congiunta degli artt. 3 e 27, terzo comma, esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al **concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti**, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo, si veda: sentenza del 10 novembre 2016, n. 236; sentenza del 9 marzo 2019, n. 40; e sentenza del 24 aprile del 2020, n. 73. Inoltre, per un'analisi sull'evoluzione dei criteri in base a cui si è riconosciuto valore al principio di proporzionalità, si può consultare, F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" dal confronto con il Sentencing System inglese*, in *Archivio penale*, n. 3/2018, pp. 1-23.

²⁰⁰ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 215.

²⁰¹ In questo senso, il proprio Bricola fa presente come "non v'è dubbio che in assenza di ogni qualunque pericolosità concreta della condotta, la pena avrebbe una funzione puramente e semplicemente preventiva sia nei confronti dei terzi che nei confronti dell'agente", avvenendo non in ragione di un comportamento, bensì in ragione di un "atteggiamento personale che violando una regola di obbedienza lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale", così F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., pp. 772 s.

suo centro l'offesa a un bene giuridico²⁰², proiettando le sue implicanze tanto sul legislatore come sull'interprete, sempre "a garanzia dei diritti di libertà del cittadino"²⁰³.

In effetti, il limite formale alle scelte legislative dovrebbe operare in modo da vietare al legislatore un'anticipazione del ricorso alla sanzione penale quando il comportamento proibito non ricada su "tangibili lesioni o minacce all'integrità di questa o quella realtà o relazione esistente nel mondo esterno"²⁰⁴, ostacolando qualsiasi possibilità di far diventare reato un atteggiamento non lesivo. Tuttavia, se la formulazione raggiunta generasse successivamente qualche dubbio dal punto di vista dell'applicazione della fattispecie, ricadrebbe allora sull'interprete l'incarico di corroborare la concreta offensività del fatto "ric conducendo la repressione penale entro i limiti segnati dal principio di offensività"²⁰⁵, e restando sempre ferma la possibilità di impugnare la legittimità costituzionale in caso di contrasto normativo col menzionato principio.

Precisamente quest'ultima possibilità, collegata al controllo di costituzionalità, quale rappresentante della constatazione dell'esistenza di reati di scopo o senza offesa e reati senza

²⁰² Sostiene questa posizione la maggioranza della dottrina italiana, tra cui: F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, cit., pp. 772 s., dove l'Autore giustifica come e in base a che disposizioni della Costituzione italiana si possa considerare il reato come un fatto necessariamente lesivo; G. MARINUCCI, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971, pp. 165 s., che esprime quest'idea sulla base di uno stretto e metodico nesso tra l'analisi dei connotati del reato e lo scopo delle sanzioni penali, chiamandolo sistematica teleologica dei connotati del reato, e che implica, un collegamento dell'attività interpretativa alle diverse funzioni della pena e delle misure di sicurezza, spingendo proprio l'incostituzionalità dei reati non offensivi; ID., *Politica criminale e riforma*, cit., *passim*; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2017, p. 234, dove indicano come l'offesa al bene o ai beni tutelati sia un elemento costitutivo fondamentale del fatto; ID., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1994, p. 335; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 130 s., il quale mette in evidenza come i valori costituzionali vincolano l'attività di penalizzazione del legislatore, e costituiscono l'oggetti di protezione del diritto penale; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, vol. IV, p. 466, dove l'autore indica come l'offesa assieme al bene giuridico ritornano al centro del dibattito penalistico, ricuperando la sua originaria funzione garantistica, imponendo come direttiva generale di politica legislativa, l'esigenza di elevare a reato solo i fatti che siano veramente offensivi di entità reali, ciò che suppone che l'offesa non è mero doppione della fattispecie legale, se non un autonomo elemento costitutivo del reato; ID., *Diritto penale*, cit., p. 182, in cui, l. A. mette in evidenza come la Costituzione italiana abbia costituzionalizzato una nozione di reato come fatto offensivo tipico, alla cui tipicità appartiene, assieme agli altri requisiti strutturali, il requisito parimenti essenziale della offesa al bene tutelato; A. FIORELLA, voce "Reato in generale", in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, pp. 789 s., in cui si spiega come un fatto diviene punibile, solo in quanto si perfezioni un complessivo giudizio di disvalore specificamente penalistico che postula che il fatto incida nel mondo esterno in modo tale di pregiudicare un bene giuridico; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 28, indicando che il bene giuridico è l'elemento attorno al quale si edifica la protezione penalistica; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 30 s., il quale al riferirsi alla rivalutazione del concetto di bene giuridico, indica che non si ha abbandonata la prospettiva di utilizzarlo come limite del potere punitivo, se non che si ha concretato attraverso l'individuazione della rilevanza penale dell'offesa, e l'effettività del vincolo nei confronti del legislatore; affermando poi che «nel concetto di reato diventa centrale l'offesa di un bene giuridico tanto che, senza l'offesa, non sarebbe configurabile il reato».

²⁰³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni*, cit., p. 336.

²⁰⁴ *Ivi*, p. 337.

²⁰⁵ *Ibid.*

oggetto giuridico, porta una parte della dottrina italiana, pur sostenendo il riconoscimento del principio di offensività nella Costituzione, ad affermare la necessità di una “riforma che risolva il problema dell’offensività con una normativa nuova e più adeguata di quella attuale”²⁰⁶, considerando che, nonostante resti ferma la possibilità dell’impugnazione di un precetto in contrasto al principio, quello che succederebbe nella pratica è che si starebbe sviluppando, sotto la spinta delle esigenze della prevenzione generale, “una pericolosa «mimetizzazione» volta a «normalizzare» come reati di offesa quei reati che sono, irriducibilmente *senza offesa*”²⁰⁷, precisamente per mancanza di una norma specifica volta ad “attuare il principio di offensività nel rispetto del più generale principio di legalità”²⁰⁸.

La necessità di una riforma dell’offensività che permetta di adempiere, in modo migliore, alla sua funzione limitatrice e garantista, in concordanza con i principi di sussidiarietà e *ultima ratio*, diventa evidente di fronte a una constatazione dell’insufficienza dell’attuale regolazione a doppio senso, da un lato il fatto che la legislazione contemporanea si costruisca, ogni giorno di più, sul modello dei reati di pericolo, spesso astratto-presunto, insieme a una migliaia di contravvenzioni, spesso amministrative, però qualificate come criminali²⁰⁹; dall’altro lato, la difficoltà, trovata precisamente nella Corte costituzionale italiana, che quasi mai ha utilizzato il principio di offensività da solo, se non “in aggiunta, o sul tronco di un principio più consolidato come quello di ragionevolezza o quello di legalità”²¹⁰.

²⁰⁶ G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio*, cit., p. 624.

²⁰⁷ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 324, dove specifica che tra i reati senza oggetto giuridico si troverebbero i reati con bene giuridici vaghi, come la economia oppure l’ambiente, e i reati che tutelano una funzione, e tra i reati senza offesa o reati di scopo, i reati di ostacolo e i reati a dolo specifico, che devono essere differenziati dai reati di pericolo astratto o presunto che sarebbero in realtà reati eventualmente senza offesa; in senso simile, cioè, mettendo in evidenza come la teoria del bene giuridico entra in crisi di fronte alla vigenza di norme che permettono reati senza offesa, si veda F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 33.

²⁰⁸ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., p. 466, indicando che il grande compito si pone, per il legislatore, in trovare le tecniche legislative adeguate ad attuare il principio di legalità, non bastando una disposizione generale come l’art. 49, giacché non indica gli interessi tutelati né permette munire di oggetto giuridico a un reato senza offesa, portando come effetto il conflitto tra fare coincidere scopo con offesa, svuotando il principio di offensività, oppure andando fuori dalla norma, e perciò violando il principio di legalità.

²⁰⁹ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 5.

²¹⁰ *Ivi*, p. 37, anche in questo senso, spiegando come il principio di offensività sia “foriero di prestazioni ancora deboli per quanto riguarda le tecniche di tutela, e oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale (e duttile) principio di ragionevolezza”, si veda, V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, pp. 3 ss. In questo senso, la Corte costituzionale ha affermato più da una volta che “è possibile censurare la discrezionalità del legislatore in ordine alla individuazione delle condotte punibili ed alla determinazione del trattamento sanzionatorio soltanto nel caso in cui la stessa sia stata esercitata in modo manifestamente ***irragionevole, arbitrario o radicalmente ingiustificato***”, così nella

La preoccupazione aumenta, a nostro avviso, specialmente alla luce delle giustificazioni teoriche che utilizzano lo stesso testo costituzionale per indicare che il principio di offensività, nonostante la sua fondamentale rilevanza anche come canone di costruzione legislativa, ammetterebbe, dato il suo valore relativo, deroghe, lì dove sia necessario privilegiare il discorso preventivo sulle offese ai beni primari, siano questi individuali, collettivi, oppure istituzionali, ciò che secondo coloro che difendono questa visione, avrebbe riconoscimento nell'art. 2 Cost. che "imperiosamente impone alla Repubblica, il dovere di riconoscere i diritti fondamentali di ogni uomo e di garantirli, attraverso anche la tutela dei beni-mezzo, adottando le tecniche di tutela, repressive ma anche preventive"²¹¹.

Il problema deriverebbe non dalla rilevanza conferita all'art. 2 della Cost., nel senso di considerare l'imposizione di un dovere di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, se non della sua interpretazione come precetto destinato ad avere conseguenze dal punto di vista penale, e specialmente, ad assegnare una rilevanza prevalente alla finalità preventiva della sanzione, nonostante non sia stata espressamente indicata dall'art. 27 della Costituzione.

In questo senso, e al fine di essere ancora più specifici sul punto, è importante chiarire che, a nostro avviso, l'importanza della prevenzione destinata a proteggere i diritti fondamentali che non dovrebbero avere per forza un correlato sanzionatorio in sede penale in deroga del principio di offensività, eccetto per quei casi in cui sia impossibile prevenire in un altro modo la commissione di reati, e non, come succede attualmente di fatto in diversi casi in cui si utilizza la tecnica del pericolo presunto o astratto, solo perché rispettare la necessaria offensività del fatto

sentenza del 12 febbraio 2010, n. 46; e anche nella sentenza 8 luglio 2010, n. 250. In senso simile, cioè, ricollegando i problemi di offensività di una condotta con i principi di ragionevolezza e proporzione della sanzione, si può vedere anche, sentenza della Corte costituzionale del 17 luglio del 2017, n. 205, in cui la Corte in modo molto interessante nell'indicare che "il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale", poi manifesta che il mancato rispetto di questo mandato si pone in contrasto con l'art. 3 e con l'art. 25, secondo comma, Cost., perché determina l'applicazione irragionevole della stessa pena a fatti oggettivamente diversi e in modo non rispettoso del principio di offensività, ciò che violerebbe anche il principio di proporzionalità della sanzione.

²¹¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 183 s.; si può consultare anche *infra*, nota n. 227. Si tenga presente, però, che non tutti i difensori del fine della pena preventivo difendono il postulato della deroga del principio di offensività con fini di prevenzione delle offese ai beni primari, considerando che anche sotto uno sguardo preventivo il principio di offensività avrebbe il valore di minimizzazione delle proibizioni penali, si veda in questo senso, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 482 s.

impone delle difficoltà addizionali a quelle tradizionali nella definizione delle fattispecie, nonostante non supponga affatto un'impossibilità di punizione²¹².

Ora dunque, tutto ciò non rappresenta un argomento contro l'offensività, bensì a favore di una riforma urgente che renda possibile la sua effettiva realizzazione, soprattutto per evitare che ricada soltanto nell'interprete il compito di risolvere, nel momento dell'applicazione della legge, ciò che dovrebbe essere risolto dal legislatore nel momento della dettazione della stessa, facilitando la sua attività ermeneutica, e riducendo al minimo i casi in cui si deve decidere in sede interpretativa tra offensività e riserva di legge, precisamente perché l'offesa non è abbastanza esplicita, dando luogo a ciò che dalla dottrina viene chiamata offesa "sottintesa"²¹³, e che potrebbe rappresentare un 'eventuale' problema in relazione al principio di legalità²¹⁴, risolvibile se si riconoscesse la necessità di evidenziare, in ogni caso, il carattere lesivo del reato²¹⁵.

È importante far presente, a questo punto, dopo aver stabilito la dimensione del principio di offensività a livello costituzionale, come lo stesso trovi riconoscimento anche a livello legislativo, attraverso alcuni passaggi sull'importanza del bene giuridico e l'offesa di esso all'interno del codice Rocco che, inoltre, "è impiantato su una classificazione dei reati la cui idea guida è il bene giuridico"²¹⁶, facendo riferimento espresso a una serie di disposizioni sulla rilevanza dell'offesa come contenuto del reato, sia in forma di danno che in forma di pericolo, ciò che significa che, tanto il codice penale italiano, quanto la Costituzione, esigerebbero un'offesa reale dall'entità giuridica tutelata²¹⁷.

²¹² Sui problemi vincolati con la tecnica di tutela del pericolo astratto, si veda *infra*, paragrafo 8, intitolato "Il problema della protezione della funzione in rapporto al pericolo astratto", in cui si realizza un'analisi approfondito sui reati di pericolo astratto e i limiti entro i cui potrebbero essere ammessi.

²¹³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pp. 234 s., gli Autori aggiungono come categoria, i reati in cui l'offesa è sottintesa, e che consisterebbero nei casi in cui l'offesa al bene giuridico non compare nella lettera della norma incriminatrice, né direttamente -attraverso la sua menzione espressa- né indirettamente -attraverso un elemento che rappresenti l'equivalente fenomenico dell'offesa-, dovendo emergere in via interpretativa.

²¹⁴ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 39.

²¹⁵ In questo senso, *Ivi*, p. 43, chi considera che la riforma potrebbe anche avvenire gradualmente, sostituendo progressivamente gli illeciti contravvenzionali classici, e preparando, dall'esterno del codice, la riforma codicistica dell'abbandono del modello contravvenzionale di illecito (p. 36). Riforma, inoltre, attraverso la quale si giocherebbe il futuro dell'offensività, e anche la credibilità della dottrina italiana come artefice e costruttore della teoria dell'offensività (p. 43).

²¹⁶ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 215.

²¹⁷ *Ibid.*, si possono consultare in questo senso, ad esempio, gli artt. 40 e 43 c.p. che menzionano l'elemento 'dannoso o pericoloso'.

Speciale attenzione merita, in materia di riconoscimento dell'offensività come criterio di legge ordinaria, l'art. 49 comma 2 c.p., laddove indica che la pena viene esclusa quando l'azione del soggetto è inidonea o quando l'oggetto materiale del reato non esiste, generando come effetto che determinati comportamenti, apparentemente criminosi, rimangano fuori dai margini penali, perché di fatto sono condotte a cui manca la potenzialità offensiva, dando spazio a ciò che la dottrina ha battezzato come 'reato impossibile'²¹⁸, e che a livello interpretativo genera un particolare conflitto con la regola sul tentativo contenuta nell'art. 56 c.p., da parte di chi considera che si tratta di una reiterazione di tale norma²¹⁹, invece di trattarsi di una norma che codificherebbe il rilievo dell'effettiva offensività²²⁰.

Nonostante abbia dato luogo a un conflitto interpretativo, il diverso ambito di applicazione delle norme commentate, si ratifica alla luce del fatto che l'inidoneità degli atti rilevati dall'art. 56 c.p. differiscono assolutamente dall'inidoneità dell'azione regolata nei suoi effetti dall'art. 49, giacché mentre la prima norma citata fa riferimento all'incompletezza del tentativo, intesa come atti rispetto i quali "sussistono i requisiti dell'idoneità e univocità"²²¹, la seconda contiene la regola generale in rapporto al principio di offensività rispetto a ogni figura di reato²²².

L'inidoneità dell'azione, a cui fa riferimento l'art. 56, coinvolge tanto i presupposti di fatto come quelli di diritto²²³, in particolar modo la "potenziale attitudine del comportamento a ledere l'interesse tutelato della norma incriminatrice"²²⁴, dato che si mantiene, dal punto di vista formale, l'osservanza delle esigenze tipiche, però non si raggiunge il risultato lesivo precisamente per mancanza di attitudine dell'azione eseguita, ciò che si può verificare solo nel caso in cui esista

²¹⁸ Per quanto riguarda al tema in specifico, si consiglia consultare C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965.

²¹⁹ La lettura qui non condivisa della norma contenuta nell'art. 49 c.p., corrisponde alla interpretazione di coloro guardano la regola dell'art. 49 come una inserzione *ad abundantiam*, che avrebbe per scopo quello di eliminare ogni dubbio che al tempo sussisteva sull'idoneità dell'azione. Si suggerisce consultare come esponenti di questa posizione, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pp. 415 s.; D. PISAPIA, *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, p. 131, il quale spiega, dopo evidenziare una contraddizione nei termini, come si relaziona il reato impossibile con il tentativo, che siccome requisito di quest'ultimo è l'idoneità degli atti, allora ne deriverebbe automaticamente che non sono punibili gli atti inidonei, e a maggior ragione non saranno idonei se manca del tutto l'oggetto dell'azione.

²²⁰ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 216.

²²¹ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 22.

²²² Per una spiegazione generale del problema si può consultare, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 216; e per un trattamento specifico, C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., *passim*; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., *passim*.

²²³ G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio*, cit., p. 657.

²²⁴ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 23.

una divergenza tra l'aspetto formale e l'aspetto sostanziale dell'illecito²²⁵, e che limita, nella pratica, la sua applicabilità come formula di soluzione²²⁶, rafforzando, inoltre, l'idea di una necessaria riforma legale che introduca una regola di offensività meglio disposta nella parte speciale del codice penale²²⁷.

A questo punto, prima di concludere, è importante mettere in evidenza che i difensori di una lettura alternativa sul rapporto tra art. 56 e art. 49, di solito, negano per questa ragione l'autonomia del principio di offensività, cioè considerano non si possa configurare, alla luce della regolazione vigente, l'offesa al bene giuridico come un requisito autonomo del reato, precisamente perché l'art. 49 comma 2 non conterrebbe "alcuna indicazione che consenta di individuare autonomamente gli interessi tutelati, dovendosi riconoscere che questi sono indistinguibile dagli elementi «descrittivi»"²²⁸. Così, nonostante l'illecito penale implichi comunemente un'offesa a un interesse protetto che integra l'essenza dell'illecito e anche il fondamento della punibilità, non si tratterebbe di un elemento che si verifichi costantemente senza eccezione, escludendo che si possa

²²⁵ M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro Penale*, 1969, p. 7, *a contrario sensu*, l'A. indica che si dovrebbe concludere assumendo la lesività del fatto ogni qual volta manchino elementi dai quali possa desumersi la divergenza tra l'aspetto formale e l'aspetto sostanziale dell'illecito.

²²⁶ La Corte costituzionale nell'affrontare l'argomento della legittimità costituzionale con riferimento ai fatti di reato che possono essere concepiti come inoffensivi, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale segnalando come invece debba essere il giudice ordinario a stabilire, di volta in volta, quale sia il contenuto offensivo di una ipotesi di reato distinguendo tra offensività 'in astratto' e offensività 'in concreto' per indicare che in tanto la prima ha come destinatario il legislatore, il secondo aspetto si rivolge al giudice, imponendogli di escludere la punibilità dell'agente quando il fatto si riveli concretamente inoffensivo, si può consultare in questo senso, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 216 s.; anche le seguenti sentenze della Corte costituzionale: sentenza del 7 luglio 2005, n. 265, in cui si indica che "il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività in astratto»), e dell'applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato"; nello stesso senso, sentenza della C. Cost. del 24 luglio del 1995, n. 360; sentenza del 21 di novembre del 2000, n. 519; sentenza del 11 luglio del 2000, n. 263; sentenza del 20 giugno del 2008, n. 225; e più di recente, sentenza del 20 maggio del 2016, n. 109.

²²⁷ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., p. 467, l'autore propone come soluzione la tipizzazione anche dell'offesa, processo per cui occorre verificare i seguenti passi: 1) l'enucleazione dei beni fondamentali della persona umana nella sua dimensione individuale e sociale, della famiglia e la comunità, dello Stato-amministrazione, e dello Stato come unità e nelle sue istituzioni democratico-repubblicane. Tutto ciò che deve essere espresso nelle rubriche dei Titoli, entrando poi ad essere parte della disposizione di legge, significando che non può esistere un reato senza l'offesa di tali beni; e 2) la ricostruzione delle singole figure di reato in funzione offensiva di tali oggettività giuridiche.

²²⁸ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 35, risulta importante avere presente che secondo ciò espresso dall'autore non è che il requisito sia insuscettibile di essere raffigurato come requisito autonomo di fattispecie, ma invece che per renderlo possibile servirebbe una norma del seguente tenore: «se non si verifica la lesione dell'interesse x, la realizzazione del fatto tipico – individuato grazie alla descrizione operata dalla norma di parte speciale – non consente di considerare integrata la figura di illecito».

“ritenere assoluta ed inderogabile la validità del principio secondo il quale l’illecito penale implica necessariamente un’offesa, quanto meno pericolosa, a un bene tutelato da una norma”²²⁹.

Concludendo, possiamo affermare che sebbene il principio di offensività era stato inizialmente concepito come parametro di “controllo sul piano della tecnica di tutela della necessaria «costituzionalizzazione» degli interessi protetti”²³⁰, il posteriore orientamento da parte della dottrina a concepire la Costituzione come mero limite nella scelta dei beni tutelabili, o peggio ancora, l’abbandono dell’idea di limite attraverso un processo di “riconsegna del concetto al libero arbitrio della politica criminale”²³¹ -ciò che non possiamo non riconoscere come indirizzo legislativo, però che pensiamo non possa essere validato a livello dottrinario se non piuttosto combattuto- ha indebolito, il ruolo di limite del principio di offensività secondo la sua matrice e gli scopi originari, principalmente attraverso la proliferazione di reati di pericolo astratto o presunto o fattispecie che proteggono beni giuridici vaghi, indeterminati oppure strumentali, portando a parte della dottrina ad affermare con forza l’urgenza della riforma ai fini della realizzazione effettiva del principio.

Tuttavia, nonostante si riconosca l’utilità che potrebbe avere una riforma destinata a irrobustire la portata del principio, crediamo si possano ancora trovare all’interno della dottrina italiana, schemi di lettura del problema compatibili con la normativa attualmente vigente, che contengano elementi che ci permettano di propendere ad un ridimensionamento del principio²³² capace di offrire criteri per affrontare ciò che sembra una profonda crisi dell’offensività.

²²⁹ G. ZUCCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1236. Nello stesso senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 228, il quale considera che, in diritto penale, il «danno criminale» può comportare una lesione oppure una posizione di pericolo del bene sociale che costituisce la ragione di essere della norma, adottandosi la nozione di offesa, sia in rapporto al danno che al pericolo; anche, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 185, il quale considera che il principio di offensività, nonostante la sua rilevanza, abbia un valore relativo, essendo regolare e suscettibile di subire deroghe «necessarie» per la prevenzione delle offese a beni primari, individuali, collettivi, istituzionali, dovendo la «razionalità» dei principi temperarsi talora con la necessità della prevenzione delle offese ai beni giuridico penali, anch’essa principio costituzionalizzato, trovando il proprio fondamento nell’art. 2 Cost. che impone il dovere di riconoscere i diritti fondamentali di ogni uomo e di garantirli, attraverso anche la tutela di beni-mezzo, adottando la tecnica di tutela, repressiva ma anche preventiva necessarie a tale scopo.

²³⁰ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 75.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ivi*, pp. 76 e 242 s., l’autore intende come «significativo ridimensionamento» del principio di offensività il volto attuale dello stesso attraverso un impiego cauto del principio di offensività come canone di controllo delle scelte di politica criminale, mentre -in parallelo- risulta confermato l’utilizzo ormai consolidato dello stesso come criterio ermeneutico; consultare anche, ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza*, cit., *passim*.

Lo scopo principale di questa nuova chiave di analisi è provare a distinguere quando le fattispecie di pericolo astratto o presunto o che proteggono beni giuridici vaghi, indeterminati oppure strumentali, possono essere valutate in modo positivo e quando si dovrebbero eliminare definitivamente dal sistema data la loro illegittimità costituzionale²³³, e viene realizzato attraverso la distinzione tra beni giuridici finali e beni giuridici strumentali quale modello di valutazione dell'offesa al bene giuridico, costruito "secondo una progressione dell'entità offesa di maggiore o minore distanza della condotta"²³⁴ denominato «seriazioni di beni giuridici»²³⁵.

Dunque, l'assoggettamento a sanzione dei comportamenti incriminati, deve tener conto "non solo del valore del bene giuridico in una scala gerarchica astratta, ma anche del suo significato reale nella concreta esperienza sociale"²³⁶, di modo tale che la reazione legislativa abbia considerazione "dell'individuazione del bene giuridico come dato esterno alla condotta"²³⁷. Si tratta di un'analisi eseguita in ragione della distanza esistente tra le condotte che si proibiscono e i beni giuridici, e che potrebbe risultare utile ai fini di capire quando ci troviamo davanti a veri e propri entità tutelabili e quando affrontiamo semplicemente una versione lecita della condotta vietata non identificabile col bene protetto dalla norma, vale a dire, strutturando le possibilità di protezione attraverso uno schema che scarta sia la protezione di semplici funzioni, come di beni eccessivamente lontani e perciò non raggiungibili dalla capacità offensiva della condotta.

²³³ A questo punto è importante tenere presente, al di là di tutto l'analisi dottrinario sviluppato, che sul punto, la Corte costituzionale si è pronunciata affermando che non sempre dovrebbe avvenire l'illegittimità costituzionale dei precetti che in astratto non adempiono il requisito dell'offensività in astratto, precisamente perché sul diverso profilo di analisi dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata, ovvero nel caso in cui questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, ciò che viene meno è la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché l'indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, ragione per cui, nella sua opinione, manifestata in alcune sentenze, la mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radicherebbe alcuna questione di costituzionalità, ma invece soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario, così nelle sentenza di 11 luglio del 1991, n. 333; sentenza del 27 di marzo del 1992, n. 133; e sentenza del 24 di luglio del 1995, n. 360.

²³⁴ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 218.

²³⁵ Lo schema di seriazione di beni giuridici è stato creato da A. FIORELLA, voce "Reato in generale", cit. *passim*.

²³⁶ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 500 s. Risulta pertinente indicare che le formulazioni sociologiche del bene giuridico erano state già criticate per considerare che nonostante la sua plausibilità, una prospettiva meramente sociologica non può essere in grado di suggerire parametri di criminalizzazione (potenzialmente) vincolanti in sede legislativa, ciò che non impedisce che abbiano importanza come criterio in rapporto alla dannosità sociale della condotta, in questo senso, G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema*, cit., pp. 61 e 74.

²³⁷ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 207.

6.- Lo schema della «seriazione dei beni giuridici» come criterio orientatore dell'ulteriore discussione

La chiara determinazione del bene giuridico protetto da una specifica fattispecie risulta fondamentale nell'analisi posteriore sull'offensività, precisamente perché “se si erra nella identificazione del bene, si erra anche nella determinazione dell'offesa corrispondente”²³⁸ giacché l'offensività ricade necessariamente sull'entità protetta, che a sua volta funziona quale parametro di riferimento di essa. Di conseguenza, utilizzare uno schema che abbia per scopo isolare il bene giuridico, in base alla seriazione di entità individuali astrattamente come tali, attraverso un modello che presenta le entità secondo una maggiore o minore distanza della condotta, permette di evitare un'arbitraria manipolazione del concetto di bene giuridico e perciò la giustificazione, a questo titolo, di ipotesi criminose che non soddisfano le esigenze di offensività sia per la loro lontananza, ma anche per l'eccessiva vicinanza alla condotta nella sua versione lecita²³⁹.

Secondo lo schema della seriazione di beni giuridici, il bene giuridico più lontano rispetto dell'offesa, sarebbe quello chiamato bene giuridico ‘fittizio’, giacché rappresenta l'opposto virtuoso della condotta vietata, cioè “la condotta lecita e dunque la fedeltà alla norma che solo impropriamente può chiamarsi bene giuridico”²⁴⁰, al quale segue, nello schema, il bene giuridico ‘strumentale’ che opera come “servente rispetto alla tutela di ciò che propriamente costituisce oggetto giuridico dell'incriminazione”²⁴¹, per arrivare ai cosiddetti beni giuridici finali, rappresentati come quei beni prossimi all'offesa, nel senso che sono raggiungibili dalla capacità offensiva della condotta, che ancora devono essere differenziati dai beni giuridici ultimi, concettualmente troppo lontani della condotta e perciò inattuabili di capacità offensiva²⁴² e utili soltanto come punto di riferimento logico giuridico ma non come momento finale di tutela.

²³⁸ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 218.

²³⁹ In questo senso, spiegando in cosa consiste lo schema della seriazione di beni giuridici, si vedano le opere principali del suo creatore: A. FIORELLA, voce “*Reato in generale*”, cit. pp. 797 s., ID., *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 205 s., ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa* (Capitolo II: I principi di offensività e materialità), in L. CONTI (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2001, pp. 18 s.

²⁴⁰ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 218; nello stesso senso, ID., voce “*Reato in generale*”, cit., p. 798.

²⁴¹ A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale*, cit., pp. 19 s., dove si possono trovare criteri più approfonditi per distinguere un bene finale da uno strumentale.

²⁴² Criterio ritrovabile in A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 218; ID., *I principi generali del diritto penale*, cit., pp. 19 s.; e ID., voce “*Reato in generale*”, cit., pp. 797 s.

Nonostante tutte le categorie menzionate siano rilevanti ai fini di effettuare un'analisi di offensività sulle diverse entità che possano presentarsi in una determinata fattispecie, risulta “particolarmente interessante la distinzione dei beni giuridici, a seconda che siano veri momenti finali di tutela o momenti solo strumentali”²⁴³, dato che nel primo caso l'intervento penale si giustificherebbe di per sé, come succede con la vita o la libertà personale, mentre nel secondo sarà necessario includere un'ulteriore entità attraverso la quale si possa giustificare l'esistenza della fattispecie, e, in mancanza della quale, il precetto potrebbe rischiare la legittimità costituzionale, ragione per cui “vanno sempre presi in considerazione tenendo conto del rapporto intercorrente tra essi ed il vero momento finale della tutela”²⁴⁴.

In effetti, come precedentemente accennato, un bene giuridico potrà essere considerato finale nella misura in cui corrisponda a qualsiasi circostanza e finalità che risulti necessaria per il libero sviluppo dell'individuo, la realizzazione dei suoi diritti fondamentali e il funzionamento di un sistema statale edificato su questa finalità²⁴⁵, a patto che si rispetti, allo stesso tempo, lo *standard* della formula «coniugativa», qui difesa, quale corollario del criterio secondo cui l'entità, per essere penalmente protetta, deve avere un'importanza tale da porsi ragionevolmente sul piano dei valori costituzionalmente garantiti e che esiga, non solo la mancanza di antitetività con la Costituzione, ma anche la soddisfazione di una serie di condizioni preliminari ad essa riferibili e che poi si traducono nelle direttive limitatrici, tra cui il principio di offensività²⁴⁶.

La delimitazione delle diverse categorie, che accompagnano il concetto di bene giuridico finale, diventano particolarmente utili in caso di reati plurioffensivi in senso ampio, ovvero, i casi in cui la plurioffensività si concepisce come un concetto la cui esistenza eccede la plurioffensività classica o stretta, prendendo in considerazione non solo una diversità di beni giuridici finali protetti dalla norma penale come succede ad esempio nella rapina²⁴⁷, ma anche le ipotesi di fattispecie in cui “ogni entità in qualche modo definibile come ‘bene’ e considerata dalla singola norma penale, rientrerebbe nel novero dei beni giuridici tutelabili”²⁴⁸, lasciando spazio agli errori interpretativi

²⁴³ A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale*, cit., p. 20.

²⁴⁴ A. FIORELLA, voce “*Reato in generale*”, cit., p. 791.

²⁴⁵ Vedere *supra* nota 202 su come nella dottrina maggioritaria si alza la garanzia di offensività come elemento centrale del sistema di protezione penale rispettoso dei principi fondamentali nella materia.

²⁴⁶ Si raccomanda consultare *supra* paragrafo 4.3 sull'approccio Costituzionale al concetto di bene giuridico.

²⁴⁷ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 222.

²⁴⁸ *Ibid.*

che possono risolversi alla luce dello schema che “mette in ordine le diverse entità secondo la loro natura finale o (meramente) strumentale, definendo in modo più esatto il loro significato ai fini interpretativi”²⁴⁹.

Si tratta di fattispecie che contengono diversi beni giuridici, ma senza poter considerare ognuno di essi come bene giuridico finale, precisamente perché sono stati disposti nei reati utilizzando la tecnica di tutela dei beni giuridici così chiamati strumentali, e perciò serventi alla tutela dei beni giuridici finali, oppure alla tecnica dell'eccessiva anticipazione della tutela penale mediante l'utilizzo di beni giuridici fittizi, sotto la forma della semplice fedeltà, originando dei problemi, specialmente quando indietro non esistono beni giuridici finali la cui protezione possa giustificare e validare l'intervento penale, sacrificando di conseguenza la necessaria offensività in nome dell'efficacia oppure considerando “sufficiente una valutazione del tutto astratta e/o presuntiva di quell'offesa”²⁵⁰.

L'utilizzo di beni giuridici strumentali verrà validato come legittimo, sempre che sia configurato come indispensabile per la protezione di un bene giuridico finale; tuttavia il caso dei beni giuridici fittizi si presenta come più complesso nel mettere in gioco una drastica anticipazione della tutela penale, attraverso una specie di «frode di etichetta», che fa apparire come bene giuridico un'entità che non lo è affatto, “annullando il significato del bene giuridico e dell'effettiva offesa al medesimo”²⁵¹ quale limite e giustificazione dell'intervento penale concepito come finalizzato alla protezione di beni giuridici.

Dati i problemi che potrebbe generare, speciale attenzione merita l'ipotesi in cui si provasse a mettere come apparente ‘momento finale di tutela’ a un bene giuridico ultimo, attraverso l'utilizzo di una diversa entità come bene giuridico intermedio, questione che tuttavia, non ha la capacità di rendere al bene giuridico ultimo un vero momento finale di tutela, ovvero, un ‘bene giuridico finale’, precisamente perché trattandosi di un bene giuridico troppo lontano dalla condotta vietata per essere raggiungibile dalla capacità offensiva di essa, la presenza di bene giuridico strumentale non risolverebbe il problema di mancata offensività, salvo che il bene giuridico utilizzato come intermediario abbia di per sé la categoria di bene giuridico finale,

²⁴⁹ A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale*, cit., p. 29; nello stesso senso, ID., *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 222.

²⁵⁰ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 222.

²⁵¹ *Ivi*, p. 223.

precisamente perché rispetto di questo bene “dovrebbero studiarsi le ragioni giustificatrice dell’ipotesi criminosa”²⁵², a differenza del bene giuridico ultimo, che assumerà un “significato essenzialmente ‘enfatico’”²⁵³, cioè, quale “punto di riferimento logico-giuridico, un orizzonte, un scenario ultimo”²⁵⁴.

Dunque, in base a quanto appena esposto, bisogna fare particolare attenzione alle diverse entità riconosciute come rilevanti nei tipi penali di corruzione, che analizzeremo ulteriormente attraverso lo sguardo dello schema appena sviluppato, al fine di distinguere tra quei beni che possano considerarsi finali, strumentali o soltanto fittizi, e perciò, insufficienti a giustificare un tipo penale nel caso specifico.

7.- Il grave problema di offensività che significa proteggere soltanto l’esercizio della funzione

La complessità della società moderna derivata dall’evoluzione tecnologica, l’evoluzione del sistema economico e l’evoluzione della struttura socio-statale²⁵⁵, così come un nuovo sguardo rispetto a fenomeni antichi, ma specialmente riprovabili alla luce di nuove valutazioni dei consociati, come potrebbe essere il caso, ad esempio, della corruzione, ha generato, come effetto, che il diritto penale nel nome dell’efficienza, abbia cominciato a proteggere entità che “non sono beni giuridici in senso tradizionale, ma obiettivi di organizzazioni politiche, sociali, ed economiche”²⁵⁶, che hanno per vero scopo proteggere funzioni invece di vittime, attraverso l’anticipazione della tutela e perciò la lontananza da veri e propri momenti di offesa che implicano, nella pratica, l’azione di colpire il soggetto attivo in quanto tale e non per i suoi fatti²⁵⁷.

²⁵² La situazione verrebbe salvata, in questo caso, precisamente perché rispetto di questo bene dovrebbero studiarsi le ragioni giustificatrice dell’ipotesi criminosa, si veda A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 221.

²⁵³ *Ivi*, p. 223. Si tenga presente, ad esempio, l’utilizzazione del bene giuridico patrimonio come bene strumentale o intermediario alla protezione della pubblica economia.

²⁵⁴ *Ivi*, p. 219.

²⁵⁵ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 347 s.

²⁵⁶ *Ivi*, p. 348; nello stesso senso, N. MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettiva di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 498-509, il quale analizza come l’esigenza di far fronte alle più gravi forme di criminalità economica, porti conseguenze dal punto di vista delle attuali caratteristiche del diritto penale dell’economia, tra cui menziona, al di là della valorizzazione della pena pecuniaria proporzionale rispetto all’entità del beneficio conseguito con la condotta illecita (p. 506), o l’uso delle pene accessorie finalizzate a garantire una più efficace risposte sanzionatoria nei confronti della c.d. criminalità d’impresa (p. 507), i problemi strutturali in rapporto a diverse figure nuovo in materia bancaria o di ambiente, che portano problemi con riguardo ai superiori principi di legalità, materialità, lesività o colpevolezza, rischiando di costruire un diritto penale promozionale (p. 509).

²⁵⁷ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 225. Ancora dobbiamo rilevare che secondo l’A., di fronte a «situazioni di emergenza, in cui i beni cardinali per l’assetto costituzionale sono messi in grave pericolo, si può

Di conseguenza, parte della dottrina parla di beni funzionali, costituiti “da quella attività di controllo e gestione che la pubblica amministrazione si riserva su determinata attività”²⁵⁸, attraverso i quali non si proteggono i classici beni fattuali, bensì “una funzione di controllo che la pubblica amministrazione si riserva su determinata attività o particolari settori”²⁵⁹, utilizzando una tecnica di tutela che sembra allontanarsi abbastanza dall’offesa al bene giuridico, credendo che così si possa combattere il problema grazie a un “adattamento dei principi alle esigenze di controllo”²⁶⁰, tenendo presente, come finalità, l’effettività, giacché in quest’ambito “sarebbe inefficace la tutela fondata sul singolo bene individuale, perché non si arriverebbe mai (o quasi) a ritenere penalmente rilevante una condotta”²⁶¹.

Tuttavia, in questo caso, riteniamo del tutto sbagliata l’accettazione generale di una modificazione dell’osservanza dei principi di un diritto penale del fatto a garanzia dell’individuo, come inevitabile conseguenza dei cambi sociali in nome dell’efficienza, ragione per cui, pensiamo sia più ragionevole salvaguardare il principio di offensività persino nei casi in cui sono coinvolti assetti funzionali od organizzativi, attraverso la costruzione di figure che “pongano quantomeno in pericolo interessi dotati di sufficiente concretezza ed afferrabilità”²⁶², ma mai a tutela della semplice funzione, perché in quel caso ci troveremmo piuttosto davanti a una “tecnica che può corrispondere ad un’involuzione in senso tecnocratico del diritto penale”²⁶³.

L’involuzione menzionata, consisterebbe nell’attribuzione di speciale rilievo alle esigenze di prevenzione generale, “praticamente annullando il significato del bene giuridico e dell’effettiva offesa al medesimo quale limite di quel tipo di intervento”²⁶⁴, precisamente attraverso la protezione

studiare in qual misura si possa correre il rischio “calcolato con la massima attenzione” di un’anticipazione della soglia della tutela al di sotto del normale minimo assoluto consistente nel pericolo effettivo per il bene tutelato».

²⁵⁸ M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 30.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni*, cit., p. 349.

²⁶¹ M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 33, l’Autore sviluppa il ragionamento in torno alle figure di abusi finanziari e in materia ambientale, nonostante possiamo considerare contiene un criterio generale.

²⁶² N. MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica*, cit., p. 509; in senso simile, P. PATRONO, *Diritto penale dell’impresa*, cit., pp. 106 s., il quale indica come il problema dell’inafferrabilità non derivi della natura del bene, giacché possono presentarsi problema in rapporto ad essa, sia dei beni immateriali che individuali, indicando che la soluzione sarebbe delimitare, nella fase di costruzione della fattispecie criminosa, i singoli concreti contenuti attraverso le tipiche modalità della condotta, essendo la rinuncia a stabilire questa delimitazione ciò che porta i problemi di inafferrabilità e vaghezza del bene.

²⁶³ A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale*, cit., p. 22.

²⁶⁴ *Ibid.*

di oggetti di tutela «di tipo moderno», formulati in modo “sfumato”, perché puramente strumentali ed identificabili piuttosto con una funzione che con un bene fattuale, impedendo, di conseguenza, la visualizzazione del vero e proprio bene giuridico, al di là dell’“interesse amministrativo al rispetto delle proprie linee programmatiche”²⁶⁵.

Questa relazione tra beni giuridici può essere giustificata se formulata in rapporto alla protezione di beni giuridici che soddisfano lo *standard* di bene giuridico finale, legittimando l’intervento penale, nel caso particolare, attraverso lo schema di seriazione di beni giuridici precedentemente individuato, o può apparire come problematica perché pretenziosa di proteggere delle entità difficilmente danneggiabili dalla condotta, precisamente poiché si tratta di enormi oggetti di tutela soltanto suscettibili di microdanni.

Nel caso della protezione della funzione come bene giuridico, può accadere che la condotta sia descritta in rapporto a un bene giuridico finale, caso in cui non ci sarà nessun problema dal punto di vista dell’offensività, oppure può essere stata descritta senza nessun rapporto con un altro bene giuridico finale, oppure la si può considerare, nella costruzione della fattispecie, un bene giuridico di quelli che abbiamo catalogato come ultimi, casi nei quali si rischia di “trasformare l’illecito penale in un illecito di mera trasgressione”²⁶⁶ o di “mera infedeltà ai comandi della Pubblica Amministrazione”²⁶⁷, in cui la funzione viene valorizzata come oggetto autonomo di tutela, nonostante si tratti in realtà di un bene giuridico fittizio, che prescinde dell’entità a cui la tutela di quella funzione dovrebbe essere finalizzata²⁶⁸.

In effetti, non è che la funzione non possa rappresentare un disvalore, ma piuttosto si tratta semplicemente del disvalore sbagliato, che per quanto possa riflettere un disvalore di condotta, non sarebbe mai abbastanza per identificarsi con un disvalore di evento, vero momento rilevante dal punto di vista della configurazione della fattispecie, in modo che, nel caso si rilevi come bene giuridico l’osservanza di un dovere, oppure il corretto uso di un potere, frequente precisamente nell’ambito dei reati contra la pubblica amministrazione, attraverso formule di protezione collegate

²⁶⁵ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 223; Id., *I principi generali del diritto penale*, cit., p. 22.

²⁶⁶ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni*, cit., p. 348.

²⁶⁷ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 223.

²⁶⁸ *Ivi*, 224. In senso parzialmente diverso, S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, 1997, pp. 1156 s., chi considera che per superare l’antinomia e dare spessore cogente al principio di offensività risulterebbe utile ancorarlo all’ultima parte dell’art. 12 delle Disposizioni della legge in generale contenute nei primi articoli del Codice civile, svelando così la sua natura extrasistemica e la sua correlativa effettività.

alla 'fedeltà', la 'probità' o la 'correttezza', strutture che non mettono, in realtà, al centro del reato i veri momenti finali di tutela, ma solamente i "disvalori-mezzi, inerenti alla condotta criminosa, attraverso i quali si realizzano i disvalori-fine che ineriscono invece all'evento"²⁶⁹ e in mancanza dei quali, la fattispecie non adempie alle esigenze di offensività.

Come già accennato, quanta più distanza esiste dall'offesa al bene giuridico, tanto più si colpisce l'autore in quanto tale rischiando, non solo l'esistenza di sanzioni penali che si appoggiano su una condizione associata all'autore in sé, questione assolutamente proibita dal diritto penale in generale, e dall'art. 3 della Costituzione italiana, lì dove si stabilisce il divieto di discriminazione fondato su mere condizioni personali²⁷⁰, ma anche che fondando la malvagità dell'autore o la sua pericolosità, non come dovrebbe essere in rapporto a un bene giuridico a cui il diritto penale da protezione²⁷¹, bensì in un modo di essere o agire, senza riuscire a individuare una condotta che incida, sia come danno che come pericolo concreto, su un'entità qualificabile come bene giuridico finale.

Questa modalità di punizione, non potrà mai essere convalidata alla luce del paradigma della protezione di beni giuridici, potendo trovare forse qualche giustificazione o spiegazione alla luce di altre finalità del diritto penale, come ad esempio, la promozione di beni giuridici o la protezione della vigenza della norma, ciò che non condividiamo proprio per quanto espresso finora in questo lavoro²⁷², in cui abbiamo provato a offrire degli argomenti per rimettere l'offensività al centro del modello di persecuzione penale, situandolo, inoltre, come corollario di protezione di altre garanzie, e come l'unica finalità del diritto penale che è stato veramente capace di formulare, nella storia, un paradigma di persecuzione, che allo stesso tempo opera come sistema di protezione al servizio del cittadino, evitando la costruzione di fattispecie che si allontanano non solo dall'osservanza dei principi, ma che suppongono inoltre, nella pratica, una tutela soltanto apparente degli interessi qui catalogati come moderni e conflittivi e, che di solito, non riescono a

²⁶⁹ A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 198.

²⁷⁰ In questo senso A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 226.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² In opinione di alcuna dottrina, il problema con i reati senza offesa è che farebbero tornare su sguardi del diritto penale che mettono l'accento nell'obbedienza dei sudditi, in questo senso, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., pp. 469 s.

essere individuati con la determinatezza necessaria che gli permetta di assomigliare di più a un bene giuridico finale, piuttosto che a un bene giuridico ultimo.

8.- Il problema della protezione della funzione come introduzione al problema del pericolo astratto

Non possiamo chiudere l'argomento sui problemi in rapporto al principio di offensività, senza riflettere ancora sulle tecniche di tutela utilizzate dal diritto penale per incastrare il bene giuridico all'interno di una particolare fattispecie, giacché, come abbiamo sottilmente riferito nei diversi paragrafi precedenti, l'offesa al bene giuridico può venire configurata sia in forma di lesione al bene giuridico, o sotto forma di messa in pericolo²⁷³, suscitando, in questo secondo caso, "seri dubbi sulla loro legittimità"²⁷⁴, quando il menzionato pericolo sia astratto o presunto, invece che concreto o effettivo, arrivando ad affermarsi in dottrina, persino, che si tratti di figure che "contrastano con i principi garantistici dello Stato liberale"²⁷⁵, ragione per cui bisogna sviluppare qualche parametro di riferimento per comprendere i limiti della legittimità delle figure di pericolo astratto presunto.

Il pericolo può essere definito come l'evento lesivo che, nonostante non si verifichi, è prevedibile al momento della condotta²⁷⁶, essendo concreto nel caso in cui il legislatore imponga al giudice l'accertamento reale dell'esistenza del pericolo medesimo²⁷⁷, e astratto invece, quando "la legge non indica l'esigenza di accertare il pericolo effettivo che il bene abbia corso"²⁷⁸, giacché

²⁷³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pp. 234 s. e 239, aggiungono poi, gli Autori, che l'offesa può affiorare nella fattispecie in diversi modi, a volte in modo espresso quando si tratta di un elemento esplicitamente menzionato nella norma incriminatrice oppure quando la fattispecie descrive l'equivalente fenomenico dell'offesa al bene giuridico (ad esempio, la morte nell'omicidio), potendo essere pure sottinteso nel caso in cui l'offesa al bene giuridico non compare nella lettera della norma incriminatrice, né direttamente -attraverso la sua menzione espressa- né indirettamente -attraverso un elemento che rappresenti l'equivalente fenomenico dell'offesa-, dovendo emergere in via interpretativa.

²⁷⁴ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., pp. 470 s.

²⁷⁵ S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi*, cit., p. 1157.

²⁷⁶ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., p. 464.

²⁷⁷ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 229; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 241, i quali spiegano come nei reati di pericolo concreto l'accertamento del pericolo esige una prognosi *ex ante* in concreto a base totale, dovendo il giudice riportarsi idealmente al momento nel quale si è verificata l'azione o l'evento della cui pericolosità si tratta, utilizzando il massimo di conoscenza (di leggi scientifiche e di situazioni di fatto) disponibili al momento del giudizio, ivi comprese le eventuali, occasionali conoscenze ulteriore (scientifiche o di fatto) del singolo agente, che gli consentiranno di dire se, data quell'azione o quell'evento, era probabile il verificarsi della lesione del bene.

²⁷⁸ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 229, l'Autore chiarisce che esistono pure figure di pericolo indiretto o pericolo del pericolo, che prescindono radicalmente dell'offesa al bene finale, sia in concreto che in astratto.

sulla base dell'esperienza si presume che “una classe di comportamenti è, nella generalità dei casi, fonte di pericolo per uno o più beni giuridici”²⁷⁹, e perciò, bastando soltanto la presunzione contenuta dalla legge, non è necessario accertare il pericolo. Dunque, sebbene in diversi modi, entrambi i casi di pericolo implicano forme di anticipazione dell'offesa e perciò della tutela che meritano una valutazione speciale al fine di comprendere se rispondono o meno allo *standard* di offensività fissato dalla Costituzione in materia penale.

Ebbene, sembra che il vero problema con la tecnica di tutela sotto forma di pericolo, si verifichi attraverso la sua variante astratta, giacché la corrispondente figura di pericolo concreto, nell'esigere l'accertamento dell'esistenza del pericolo, contiene un grado di offesa sufficientemente significativo che, invece, i reati di pericolo astratto, non contengono²⁸⁰, provocando, specialmente in caso di creazione di reati del tipo, una crisi della vigenza della necessaria offensività del fatto, caratterizzata da una “penombra di effettività”²⁸¹ del principio, che dovrebbe risolversi -in teoria- attraverso un'utilizzazione prevalente del principio in quanto “criterio ermeneutico indirizzato al giudice”²⁸², che gli permetta primariamente l'interpretazione del reato come di pericolo concreto, oppure, attraverso la radicale decisione dell’“espulsione dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi”²⁸³.

L'assenza di correzione delle figure di pericolo astratto in sede interpretativa, genererebbe una forte contraddizione con le norme essenziali dell'ordinamento giuridico italiano ispirato, a livello costituzionale, al principio del doppio binario²⁸⁴, precisamente perché l'assenza di un pericolo concreto finirebbe “col trasformare surrettiziamente la ‘pena’, da strumento di prevenzione e repressione di ‘fatti’ disapprovati per la loro oggettiva nocività, in ‘misure’ volta a

²⁷⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 240.

²⁸⁰ P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 109, l'Autore, inoltre, indica che neanche adempiono un grado sufficientemente significativo di offesa i c.d. beni funzionali.

²⁸¹ F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 34; in senso simile, indicando che i reati senza offesa genererebbero un'ombra di incostituzionalità, si veda F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., p. 469.

²⁸² Sulla prevalenza del principio di offensività come criterio ermeneutico piuttosto che come canone delle scelte di politica criminale, si veda V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza*, cit., *passim*.

²⁸³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 237, gli autori indicano che in un diritto penale aderente al principio costituzionale di offensività il giudice deve conformarsi al seguente, fondamentale criterio interpretativo, la lettera della legge rappresenta soltanto il limite esterno importo all'opera dell'interprete; entro questo limite, per ricostruire i fatti penalmente rilevanti, l'offesa al bene giuridico rappresenta un indispensabile criterio selettivo, che dovrebbe determinare l'espulsione dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi.

²⁸⁴ G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 166.

colpire la mera pericolosità di un soggetto”²⁸⁵, più simile a un diritto penale dell’autore che a un diritto penale del fatto, ciò che a nostro avviso risulta essere del tutto inaccettabile²⁸⁶.

Purtroppo, una parte della dottrina considera che ci troviamo davanti a fattispecie che rispondono a una necessità evidente di effettività persecutoria di fronte a determinati fenomeni che, senza la tecnica del pericolo astratto, rimarrebbero senza sanzione²⁸⁷, consistendo nella tecnica utilizzata per sanzionare reati contro “interessi superindividuali connotati da una sempre maggiore importanza (si pensi esemplificativamente all’ambiente, all’economia pubblica, alla sicurezza del lavoro, ecc.)”²⁸⁸. Tuttavia, come sappiamo, non tutto ciò che “può apparire opportuno dal punto di vista criminologico è necessariamente legittimo alla luce dei principi costituzionali”²⁸⁹, dovendo sbizzare qui una possibile soluzione, operativa almeno in sede interpretativa, poiché alla luce della vigenza dei reati di pericolo astratto, sembra essere l’unico posto in cui si dovrà risolvere il quesito davanti ai casi concreti, fino a che non venga introdotta nell’ordinamento giuridico alcuna riforma destinata a chiarire, ancora una volta, che il diritto penale gira intorno all’offensività e protezione di beni giuridici, e che l’effettività non può implicare mai una rinuncia ai principi fondamentali che si trovano collegati tutti tra di loro, al servizio di un diritto penale ragionevole e rispettoso delle garanzie del cittadino.

La necessaria ricerca di una soluzione creativa deriva principalmente dalla tensione che si genera tra irrinunciabile osservanza del principio di legalità, e necessaria osservanza del principio di offensività, perché, se ci troviamo davanti a un fatto, seppur inoffensivo ma tipico, allora - almeno teoricamente- ci troviamo di fronte a un fatto punibile²⁹⁰. Dunque, una possibile soluzione,

²⁸⁵ G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 166 s.

²⁸⁶ Tale e come afferma, inoltre, la propria Corte costituzionale nell’indicare nella sentenza del 17 luglio 2002 n. 354, che una contravvenzione che assuma i tratti di una sorta di reato d’autore, si troverebbe in aperta violazione del principio di offensività del reato; poi, indicando che “Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l’illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d’autore «in aperta violazione del principio di offensività”, si veda sentenza del 8 luglio 2010, n. 249; in senso simile, la sentenza del 15 novembre del 2012, n. 251, che indica come “la rilevanza dell’offensività della fattispecie base potrebbe risultare “neutralizzata” da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità”.

²⁸⁷ F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena?*, cit., p. 270, il quale mette in evidenza come il diritto penale moderno abbia perso il sopravvento di conservazione di beni giuridici, e come in materia di sussidiarietà ormai il legislatore stia incriminando una classe di comportamenti non direttamente riconducibili alla lesione del bene giuridici, ma la cui repressione penale appare comunque utile per la tenuta complessiva del sistema.

²⁸⁸ *Ivi*, p. 269, l’affermazione riprodotta è quella che porta all’A. a chiedersi sul fondamento di queste figure.

²⁸⁹ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma*, cit., pp. 482 s.

²⁹⁰ In questo senso, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 35; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., pp. 470 s.

al di là della critica sulla “legittimità della punizione nei casi nei quali nessun pericolo *in rerum natura* possa determinarsi”²⁹¹, deriverebbe dall’eventuale interpretazione, laddove sia possibile, delle fattispecie “in chiave di idoneità lesiva oggettiva, attraverso la creazione di un diritto vivente che non contrasti con il principio di offensività del reato”²⁹², dato che un’interpretazione contraria incontrerebbe giustificazione soltanto in “una concezione formalistica del reato come violazione di un puro dovere di ubbidienza alle norme statali”²⁹³.

Infatti, lo schema della seriazione di beni giuridici ci offre degli spunti addizionali, utili al fine di interpretare, in chiave di offensività, determinate figure costruite, almeno *prima facie*, come reati di pericolo astratto, giacché con il postulato secondo cui i reati plurioffensivi in senso ampio possono contemplare più di un bene giuridico, senza che tutti loro occupino il posto del bene giuridico principale, differenziando i beni giuridici fittizi, strumentali, finali e ultimi, si apre la possibilità di dare un senso giustificante a determinati beni che, per essere ultimi non riescono ad essere offesi dalla condotta vietata, salvo che vengano articolati mediante altre figure che possano operare come beni giuridici strumentali, a condizione che, questa seconda categoria di beni giuridici, adempia, a sua volta, lo *standard* di bene giuridico finale.

Tuttavia, l’analisi dovrà essere sviluppata sempre con cautela, dato che il suo fine è quello di apportare uno strumento utile al giudizio su quali siano i beni, la loro posizione, e i casi in cui legittimino l’intervento penale, e non contrariamente, far sembrare giustificato un reato che non obbedisce né soddisfa lo *standard* fissato nello schema, allo scopo sempre di permettere, nel miglior modo possibile, un diritto penale rispettoso del principio di offensività, nucleo intorno al quale si costruisce il diritto penale, e corollario delle altre garanzie penali fondamentali formulate a favore dell’individuo.

²⁹¹ F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 35.

²⁹² *Ivi*, p. 37; in senso simile, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., p. 471, il quale afferma che il modo di risolvere la questione sarebbe la ricostruzione effettuata dal giudice, attraverso l’interpretazione delle figure di pericolo presunto in termini di pericolo concreto, oppure la conversione in una presunzione relativa di pericolo, con possibilità di prova contraria dell’imputato, sempre che l’inversione dell’onore della prova possa coesistere col principio di presunzione di non colpevolezza. È importante tener presente che questa sembra essere la soluzione riconosciuta anche dalla C. Cost. chi ha considerato legittima la creazione di figure di pericolo astratto dal punto di vista dell’offensività in astratto, affermando che in caso di mancata offensività concreta, dovrebbe essere il giudice di merito chi decida che determinati fatti non soddisfano le esigenze della fattispecie, vedere così *supra* nota 226 e nota 233.

²⁹³ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., pp. 470 s.; nello stesso senso, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 482.

9.- Rilievi conclusivi sull'evoluzione del concetto di bene giuridico e il suo inscindibile rapporto col principio di offensività

Abbiamo potuto constatare, non appena cominciata la nostra ricerca, che il problema sull'oggetto giuridico del reato rappresenta una delle questioni più importanti e insieme più difficili e controverse presenti nella scienza del diritto penale, nella misura in cui si collega al cuore stesso del diritto penale nella sua funzione e nei suoi contenuti fondamentali, sviluppandosi, di conseguenza, già prematuramente in pieno secolo XIX, diverse teorie che pretendevano di dotare di contenuto al c.d. oggetto giuridico del reato, attraverso anche della sua delimitazione rispetto alla categoria di oggetto materiale del reato.

Dunque, al di là delle iniziali visioni semplicistiche sul quesito, che consideravano oggetto materiale ciò che accadeva nel mondo fisico, e oggetto giuridico ciò che veniva catturato attraverso il riconoscimento del carattere di illecito di un fatto, abbiamo potuto osservare come una risposta più sviluppata riguardo al problema, è arrivata grazie all'incorporazione nella discussione di ulteriori elementi, collegati alla nozione di evento in senso naturalistico ed evento in senso giuridico, che ponendo, invece, l'attenzione sulle conseguenze della condotta eseguita dal soggetto attivo, permette di transitare da una visione che contempla soltanto l'azione del soggetto attivo del reato, a una che apre la porta al concetto di offesa al bene giuridico, quale evento in senso giuridico, vale a dire, si tratta di una valutazione negativa emanata dall'ordinamento giuridico sul dato naturalistico, e che ha come scopo quello di attribuire un significato di disvalore penalistico al modo in cui una condotta modifica il mondo esterno, pregiudicando un'entità attribuita di valore: il bene giuridico.

In relazione alla nascita del concetto di bene giuridico, come risposta preferente e maggioritaria alla domanda sull'oggetto giuridico del reato, abbiamo potuto constatare come questa teoria, nata nell'alveo del diritto penale tedesco, è stata subitamente adottata e autonomamente sviluppata dalla dogmatica italiana, dove i teorici, seguendo linee argomentativi simili, hanno cominciato a guardare come fortemente limitata la precedentemente vigente teoria del diritto soggettivo, poiché eclissava le possibilità di protezione dietro l'immagine formale del diritto, e non corrispondeva a una realtà vigente al momento della sua formulazione, poiché esistevano, già a quel punto, diversi interessi protetti dal diritto penale che non corrispondevano ai diritti, ma non per questo apparivano come insufficienti.

Su questa base, siamo stati capaci di evidenziare, già attraverso le prime formulazioni del concetto di bene giuridico, che la loro protezione non è soltanto un problema di oggetto giuridico del reato, se non che obbedisce, in quanto paradigma, alla formulazione più plausibile, a nostro avviso, sulla finalità stessa del diritto penale, che tuttavia non risulta unanime né pacifica, dando vita, di conseguenza, a teorie sul bene giuridico che, condividendo l'idea secondo cui si tratta della finalità stessa della materia, aspirano a costruire un concetto di bene giuridico che fornisce criteri per decidere cosa si dovrebbe proteggere attraverso la norma penale e quale dovrebbe rimanere al di fuori di esso, in confronto a teorie acritiche o metodologiche che considerano il bene giuridico tutelato, piuttosto, come scopo della norma o come *ratio legis* di essa.

Il grande merito delle concezioni critiche sul bene giuridico si può identificare con il riconoscimento della possibilità che esistano fattispecie senza bene giuridico, giacché della formulazione di un reato non si seguirebbe automaticamente la protezione di un bene, a differenza delle teorie che identificano il bene con lo scopo della norma o la *ratio legis*, che nell'identificare il bene in alcune di queste categorie, abbandonano qualsiasi confronto critico di contenuto.

Così, all'interno delle concezioni critiche sul bene giuridico, abbiamo potuto vedere come la concezione personale del bene giuridico, riscattando le più importanti conclusioni della concezione liberale, costruisce una teoria del bene giuridico che mette l'individuo al centro, affermando che dovrebbero essere considerati beni giuridici quei beni o interessi che servono all'uomo per la sua 'libera autorealizzazione', ciò che si mette subito a confronto con il necessario riconoscimento di beni giuridici universali o superindividuali, emersi in seguito alla trasformazione sociale ed economica della società moderna e che, contrariamente a quanto potrebbe pensarsi, hanno uno spazio nel diritto penale alla luce di questa teoria, sempre che si tratti di beni concepibili, nella loro esistenza, come serventi allo sviluppo personale dell'individuo.

Un ulteriore sviluppo della teoria personale del bene giuridico emerge dalla dottrina italiana, laddove si riconosce che neanche basterebbe la natura di personale per accettare che la risposta protettiva debba provenire dal diritto penale, se non soltanto di fronte ai casi in cui si tratta di un'esigenza così radicata ed essenziale, che il suo mancato appagamento possa produrre effetti negativi sull'intera personalità individuale condizionando lo sviluppo o la sua strutturazione, e sempre che il bene giuridico abbia anche una necessaria dimensione e rilevanza sociale, ciò che da una parte consente la possibilità di proteggere beni collettivi, ma dall'altra restituisce al diritto

penale la sua vocazione sussidiaria e del tutto concordante con «diritto penale minimo», finalizzato alla prevenzione e punizione delle offese più gravi ai diritti fondamentali e alla convivenza civile, in grado di fronteggiare nuove forme di criminalità, sempre nel rispetto delle garanzie.

Ora bene, abbiamo potuto constatare anche come la grande difficoltà delle teorie critiche, nonostante la plausibilità parziale dei suoi risultati, derivi dalla necessaria utilizzazione di altre materie come la sociologia o la psicologia per determinare quando si è di fronte a un bene di rilevanza sociale tale da giustificare l'intervento penale, vale a dire, l'utilizzazione permanente di un fondamento metagiuridico. Quindi, tenendo in considerazione tale problema, le prime teorie acritiche, in uno sforzo per risolvere il problema sull'oggetto giuridico del reato, in un ambito che rimanesse nell'alveo del diritto positivo, considerarono fosse bene giuridico tutto ciò che il legislatore decidesse di mettere in quello spazio, impedendo di risolvere attraverso questa categoria, il problema su cosa sia tutelabile e cosa non lo sia, ma restando in vigenza l'idea secondo cui il bene giuridico potesse funzionare come strumento di interpretazione teleologica delle fattispecie.

Così, abbiamo potuto osservare il processo di evoluzione delle teorie acritiche del bene giuridico, da una concezione metodologica a una concezione funzionalista del diritto penale e il bene giuridico, e visto anche, come entrambi le due concezioni, identificano la funzione della materia non più nella protezione dei beni giuridici, ma piuttosto nella conferma della vigenza della norma, la quale, attraverso il suo massimo esponente Günther Jakobs, propone la preferenza della nozione di infrazione di un ruolo invece della lesione di beni giuridici, ciò che non solo si confronta con la finalità stessa del diritto penale, senonché viene fortemente contro argomentato per portare come conseguenza la distinzione, all'ora di sanzionare, tra cittadino e nemico, più compatibile con un diritto penale quale forma d'imperativismo dell'obbedienza che con un modello di persecuzione che mette l'enfasi sul fatto e non sull'autore.

Di fronte alle limitazioni derivate tanto dalle teorie critiche come dalle teorie acritiche, abbiamo potuto constatare come, fortunatamente, sia sorta una diversa teoria del bene giuridico, che pretende coniugare la necessità critica del concetto con la sua appartenenza al diritto positivo e vincolante, nata alla luce della dottrina italiana, ed edificata come parte di un programma di diritto penale nel suo complesso, denominato approccio costituzionale e, in virtù del quale la Costituzione appare come il fondamento della pena e del diritto penale, e contiene, inoltre, un

riconoscimento di una scala gerarchica dei valori che permettono di stabilire un parametro per decidere che soltanto i beni di rilevanza costituzionale esplicita o implicita, possano essere tutelati attraverso il diritto penale.

Abbiamo potuto apprezzare, anche, come gli stessi difensori della teoria costituzionale del bene giuridico, dirigono contro di essa una critica sulla portata della rilevanza costituzionale del bene, indicando che una teoria del reato non dovrebbe mai esaurirsi nel testo costituzionale, dovendosi invece tradurre soltanto in un divieto di protezione di valori che siano antitetici alla Costituzione, evitando l'attaccamento storico ai valori riconosciuti in un momento determinato. In conclusione, ciò che possiamo ribadire sul punto è che, la posizione del Bricola non impedisce un aggiornamento storico dei valori, dal momento che lui stesso apriva la porta a un'interpretazione che ammetteva l'inclusione di valori non esplicitamente riconosciuti dal testo originale.

Ebbene, per evitare problemi, e per conciliare entrambe le letture dell'approccio costituzionale del bene giuridico, abbiamo stabilito come soluzione, una terza formula o «formula congiuntiva», secondo la quale è rilevante domandarsi semplicemente se il bene tutelabile penalmente, debba avere una 'importanza' tale da porlo ragionevolmente sul piano dei valori costituzionalmente garantiti, vale a dire, si propone risolvere il quesito attraverso un esame di 'compatibilità con l'ordinamento giuridico' secondo il disegno tracciato nella Carta costituzionale.

Comunque, una delle cose più rilevante che abbiamo potuto concludere, è che in qualsiasi caso non ci troviamo di fronte a delle formule magiche, ma, invece, siamo di fronte ad una direttiva programmatica orientativa, il cui ruolo è contribuire a decidere quali sono i beni che dovrebbero venire protetti attraverso il diritto penale, e che deve essere interpretato insieme alla necessaria osservanza di altri principi fondamentali in materia penale, come sono, ad esempio, la frammentarietà, la sussidiarietà ed l'*extrema ratio*, concepiti come un complesso interdipendente che permette di avere come risultato una rigorosa selezione filtrata a garanzia del reo, di cui l'offensività appare come corollario.

In relazione all'offensività, la prima questione che abbiamo potuto stabilire è che tutte le diverse concezioni sul bene giuridico tutelato propendono oppure si inclinano, in uno o in altro modo, verso l'idea di offensività, come elemento inscindibilmente collegato alla nozione stessa di bene giuridico. In questo modo, sono stati i liberali coloro hanno fatto riferimento, per primi, alla

necessaria offensività dei beni giuridici come criterio di selezione, per poi riprendere l'elemento nella concezione personale del bene giuridico nella sua versione italiana, la quale ha messo in evidenza che neanche basta si tratti di un bene servibile all'individuo, ma invece che dovrebbe trattarsi di un'esigenza così radicata ed essenziale che il suo mancato appagamento possa produrre apprezzabili effetti negativi sull'intera personalità individuale, stesso indirizzo preso dalla concezione del diritto penale minimo, che tuttavia, ha inserito l'offensività, all'interno della sua teoria generale, quale criterio negativo di delegittimazione dell'intervento penale.

Abbiamo anche visto come persino alcune posizioni dottrinarie all'interno delle teorie acritiche del bene giuridico, abbiano sviluppato, senza allontanarsi da una visione della sanzione penale come conferma della vigenza della norma, un correttivo basato sulla dannosità sociale della condotta, in ragione del cui si afferma che si dovrebbero escludere dal diritto penale i beni giuridici apparenti e i beni giuridici spirituali, indicando che ciò che non è suscettibile di lesione, non ha bisogno di protezione, precisamente grazie a un approccio di ispirazione sociologica, che però, dal momento che non viene riconosciuto attraverso un processo democratico, non ha nessun valore vincolante, questione che apre la porta alla ricerca di una teoria che sia capace di mettere insieme elementi critici sulla decisione legislativa, ma appartenente al diritto positivo.

In questo senso, l'approccio costituzionale italiano al bene giuridico, sulla base del quale viene ricostruito il riconoscimento del principio di offensività attraverso il proprio testo costituzionale, riesce a risolvere entrambe le necessità manifestate e rappresenta, inoltre, uno degli sviluppi più rilevanti nella ricerca di una concezione plausibile sul bene giuridico tutelato.

Ora bene, il fatto che il suo riconoscimento avvenga per via indiretta crea alcuni problemi di inosservanza parziale del principio, questione che porta persino ad affermare la necessità di una riforma che permetta un'ulteriore consolidazione per combattere la proliferazione di figure di reato senza offesa, ogni giorno più comuni, principalmente come frutto del discorso della necessaria effettività persecutoria e dell'aumento della rilevanza delle esigenze di prevenzione generale, operate precisamente per mancanza di una norma specifica volta ad attuare il principio di offensività nel rispetto del più generale principio di legalità.

Ora bene, nonostante i limiti, il principio di offensività deve essere concepito primariamente come un divieto diretto al legislatore di utilizzare il ricorso alla sanzione penale,

purché il comportamento proibito non ricada su tangibili lesioni o minacce sui beni, ostacolando qualsiasi possibilità di fare diventare reato un atteggiamento non lesivo, ma allo stesso tempo, secondariamente diretto all'interprete, che dovrà, quando il processo di legislazione fallisca o sbaglia, costruire uno schema di lettura della fattispecie compatibile con i principi tra cui l'offensività.

Su questa linea, sorge come fondamentale, lo schema della seriazione di beni giuridici che pretende offrire dei criteri per affrontare quella che sembra una profonda crisi dell'offensività, fornendo una chiave di analisi che permetta di distinguere quando le fattispecie di pericolo astratto o presunto, o che proteggono beni giuridici vaghi, indeterminati oppure strumentali, possano essere valutate in modo positivo e quando si dovrebbe postulare definitivamente a un'illegittimità costituzionale.

Grazie allo schema della seriazione di beni giuridici, abbiamo potuto stabilire come un modello, che dispone delle entità considerate da un reato secondo la loro maggiore o minore distanza rispetto alla condotta, permette di evitare un'arbitraria manipolazione del concetto di bene giuridico, determinando quando una ipotesi criminosa non soddisfa le esigenze di offensività sia per la lontananza che per l'eccessiva vicinanza alla condotta nella sua versione lecita, attraverso la distinzione tra beni giuridici fittizi, strumentali, finali e ultimi, tra cui appare come specialmente rilevante la distinzione dei beni giuridici, a seconda che siano veri momenti finali di tutela o momenti solo strumentali, dato che solo nel primo caso l'intervento penale si giustificherà da solo.

A contrario sensu, abbiamo inoltre stabilito che, sia i beni giuridici fittizi, che i beni giuridici ultimi, di per sé, non giustificherebbero un intervento penale, i secondi, poiché troppo lontani dalla condotta vietata e perciò inattuabili dalla capacità offensiva di essa, e i primi, perché rappresentano la condotta vietata nella loro versione lecita, essendo necessario, se si pretende inserirli come beni all'interno di una fattispecie, che siano configurati come strumentali al servizio della protezione di un diverso bene giuridico, che si possa rappresentare come un momento finale di tutela.

In questo modo, abbiamo potuto anche stabilire come la protezione di una funzione, rappresenti, in questi tempi, un esempio classico di frattura con la offensività, attraverso il riconoscimento di un bene giuridico che possiamo catalogare fittizio, e invece viene messo come

entità protetta del reato, nonostante non sodisfi in assoluto i requisiti per giustificare un intervento penale, rispondendo piuttosto a una chiamata all'efficienza.

Dunque, un bene funzionale, dato da quell'attività di controllo e gestione, che la pubblica amministrazione si riserva tra le proprie attività, rappresenta soltanto un disvalore di condotta, ma non potrà mai essere identificato con un disvalore di evento, potendo essere parte di una fattispecie, sempre se configurato al servizio di un bene giuridico finale, ma che, nel caso di essere inserito come bene giuridico principale, emerge subito un grave problema dal punto di vista dell'offensività, giacché, in realtà, si tratterebbe di un reato senza offesa, simile a quanto succede nel caso di utilizzazione della tecnica di protezione del pericolo astratto o presunto, che insieme fanno intravedere come sia necessaria una riforma in materia di offensività, che permetta di attuare il principio in un modo ancora più evidente, evitando, a tutti i livelli, la configurazione di figure senza offesa.

Purtroppo, rimane nelle mani dell'interprete una lettura dei precetti 'senza offesa' in linea col principio di offensività, nel caso dei beni funzionali attraverso l'identificazione di un bene giuridico finale, al servizio del quale sia stato messo il bene di controllo od organizzazione, e nel caso dei reati di pericolo astratto, attraverso la loro interpretazione come verifica effettiva del pericolo, unico modo per proteggere un diritto penale ragionevole, perché rispettoso dei diversi principi di rilevanza penale al servizio del cittadino, sussidiario perché persecutorio soltanto del comportamento più grave dell'ordinamento giuridico, di *extrema ratio*, perché agisce solo laddove le altre aree non riescono a risolvere i problemi, di protezione di beni giuridici, perché osservante della necessaria offensività dei tipi penali, e allo stesso tempo contribuente a rispettare tutti gli altri principi che insieme formano un diritto penale minimo, effettivo ed efficiente, persecutorio, ma attento alle garanzie fondamentali che assicurano, o almeno provano ad assicurare che quando si attiva l'apparato punitivo dello Stato, ciò avvenga soltanto se strettamente necessario per proteggere il cittadino dagli abusi, e non per vulnerarlo attraverso la persecuzione e sanzione di condotte che non danneggiano beni giuridici.

CAPITOLO II

Analisi dell'evoluzione dei principali reati di corruzione pubblica nel c.p. italiano in rapporto ai suoi problemi di offensività

Premessa

Come abbiamo appena concluso nel primo capitolo grazie a un'analisi storica e concettuale del bene giuridico, il paradigma di protezione di beni giuridici ha definito, storicamente, la missione del diritto penale, e ha permesso di sviluppare nella storia, insieme a un gruppo importante di altre garanzie nella materia tale come la legalità, la sussidiarietà e la *extrema ratio*, un sistema di persecuzione rispettoso della democrazia, delle libertà e dello stato di diritto, che pretende assicurare al cittadino che, nel caso in cui si attivi l'apparato di persecuzione penale dello stato, ciò succeda soltanto se gli altri rimedi non abbiano potuto offrire risposte soddisfacenti, se il comportamento punito abbia provocato un evento, sia di danno o di pericolo nei beni giuridici, e sia stato precedentemente ed esplicitamente stabilito in quel modo dalla legge.

Tuttavia, con l'andare avanti, la società è diventata più complessa e la richiesta di includere in ambito penale nuove variabili, accompagnate sempre della necessità, ogni volta più generale, di ottenere risposte veloci ed efficienti, rende il diritto penale un luogo, purtroppo, ogni giorno meno riservato a quei fatti che in teoria dovrebbero essere i più gravi, considerandolo -a volte- un mezzo ottimo per risolvere qualsiasi tipo di conflitto sociale, e dimenticando che uno dei modi per assicurare la sua effettiva applicazione, sia precisamente quello di rispettarne la tradizione di osservanza di garanzie e la vocazione di diritto penale minimo, rischiando dunque di perdere, non solo la tanto cercata efficienza, ma anche il rispetto stesso delle garanzie fondamentali che lo definiscono.

Il nostro lavoro si concentra sulla garanzia dell'offensività, senza tuttavia dimenticare l'importanza di altre garanzie, a cui la nostra ricerca si trova sempre intimamente collegata, ragione per cui, con l'obiettivo di illustrare le conclusioni appena raggiunte in termini assolutamente teorici, vogliamo sviluppare un'analisi del problema attraverso un esempio paradigmatico in cui si confronta la necessità di efficienza¹ e l'indispensabile protezione di beni giuridici, cioè il caso

¹ La necessità di efficienza emerge dalla gravità dei fatti che costituiscono il fenomeno, affermandosi in dottrina come essa potrebbe «minare e ostacolare gravemente le stesse condizioni di sviluppo delle moderne democrazie», si veda

dei reati di corruzione pubblica e privata, mediante i quali si può vedere come, una logica persecutoria «emergenziale e reattiva»², abbia fatto dimenticare parzialmente che, solo il rispetto dei principi fissati come essenziali, può assicurare una risposta persecutoria efficiente al fenomeno³, arrivando ad affermare la propria dottrina che, in questo caso, “la legge deve «necessariamente» anticipare la soglia della tutela”⁴.

Dunque, l’analisi che svilupperemo consiste nel trovare dei punti di collegamento tra l’evoluzione della fattispecie di corruzione, prima pubblica e poi nel seguente capitolo privata, e i problemi di offensività, dato che, attraverso la permanente riforma dei diversi tipi penali di corruzione, si è cercato di offrire soluzioni ogni volta più adatte a confrontare un fenomeno di ampia e generalizzata portata, utilizzando però delle formule che implicano, ogni tanto, un rinuncia ai principi fondamentali come la protezione di beni giuridici, attraverso tecniche di anticipazione della soglia punitiva, dell’abuso della figura del pericolo astratto, o mediante l’introduzione di beni giuridici che non soddisfano lo *standard* di beni finali, alla luce dello schema di seriazione di beni giuridici, dando luogo a figure che, oltre ad avere serie deficienze di offensività, presentano seri problemi di osservanza dei principi di sussidiarietà ed *extrema ratio*.

In questo capitolo l’analisi si concentrerà sui principali delitti di corruzione contro la pubblica amministrazione del c.p. italiano, in particolare la corruzione per l’esercizio della

M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 3^a ed., Milano, 2003, p. 135; in senso simile, affermando si tratta di un ambito di illecito la cui «diffusione massiva può risultare a tal punto devastante da incidere su condizione e principi costitutivi della stessa democrazia, da stravolgere lo Stato di diritto», G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un’indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, pp. 2 s.

² L’espressione appartiene all’Autore A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 25.

³ Interessanti spunti critici su come il discorso antimafia e anticorruzione abbia messo apertamente in discussione il necessario rispetto delle garanzie penale, mettendo in dubbio, come mai prima, la Magna Charta del reo, e come entrambi le due materie rappresentano il confine più avanzato della legislazione populista, attraverso un diritto penale del nemico, in opinione dell’Autore «ancora più insidioso di quello a suo tempo teorizzato da Günther Jakobs», T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell’epoca del furore punitivo*, in *Archivio penale*, n. 3/2019, pp. 1-40. In termini più generali, sugli effetti del populismo penale, consolidato soprattutto dopo l’attentato alle Torri gemelle di New York, si può consultare A. MANNA, *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, in *Archivio penale*, n. 3/2018, pp. 1-10; anche in termini generali, commentando in modo critici come un “nuovo paradigma punitivo” si impone ogni giorno più, in cui la certezza di pena prende più importanza che la razionalità della persecuzione, abbandonando la ricerca di fondamenti esterni per sanzionare, e portando come conseguenza alla mancanza di fondamento, la mancanza di limiti, con fine legittimanti dei suoi promotori in opposizioni ai perseguiti, si veda, V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 86-100.

⁴ A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell’impresa* (Capitolo II: I principi di offensività e materialità), in L. CONTI (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2001, p. 15.

funzione (art. 318), e la corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319)⁵, facendo attenzione specialmente agli aspetti che influiscono e che incidono sul quesito in rapporto al bene giuridico protetto in ogni caso e lo *standard* di protezione fissato dallo schema di seriazione di beni giuridici, ovvero, l'esistenza o meno di beni giuridici finali oppure strumentali al servizio di altro bene precedentemente fissato, sempre alla luce dell'evoluzione tipica dei reati attraverso le diverse riforme che hanno avuto luogo negli ultimi anni.

1.- Il problema della delimitazione concettuale

Quando parliamo di corruzione, più che di un concetto, ci troviamo di fronte a un “fenomeno che esiste dai tempi dei tempi, e lo si conosce in tutte le civiltà, dall'antica alla classica”⁶, e nonostante l'origine etimologica dal latino *corrompere*, in realtà “descrive un atto che altera lo stato delle cose attraverso la complicità o la partecipazione di due o più individui”⁷. La parola è stata storicamente usata come la “manifestazione della decadenza e della perversione morale”⁸, riunendo in questo modo una serie di eventi che superano di gran lunga “quei casi isolati o congetturali che sarebbero facilmente oggetto della catalogazione in alcune delle categorie tradizionalmente descritte nella Parte Speciale di qualsiasi codice penale”⁹.

La corruzione come fenomeno diventa una preoccupazione fondamentale per gli stati, e per diverse organizzazioni internazionali, solo alla fine del secolo XX, infatti “lo studio della corruzione risale agli anni ottanta, anche se già molti secoli fa furono scritti saggi intorno alla moralità dei governanti e alla necessità di rispettare le leggi per il bene della società”¹⁰. Per questa

⁵ Si tratta delle due figure principali del minisistema unitario del c.p. italiano, ciò che implica lasciare fuori dell'analisi ai delitti collegati a quelli menzionati, come siano la corruzione per atti giudiziari di cui l'art. 319, che rappresenta una delle innovazioni più significative della riforma 1990, e punisce gli stessi fatti indicati negli articoli 318 e 319, quando siano commessi con lo scopo particolare di favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, prevedendo un aumento della sanzione se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, ed un altro ulteriore aumento, se l'ingiusta condanna è alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo; e dello stesso modo, l'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater). La denominazione del insieme come minisistema, proviene dell'Autore M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

⁶ MA. IGLESIAS, T., MEDINA, *Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, tomo II, p. 49.

⁷ L. RODRÍGUEZ, *Delimitación del concepto penal de corrupción*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. XXV/2004, p. 341.

⁸ U. KINDHÄUSER, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, in *Revista Política Criminal*, n. 3/2007, pp. 1-18.

⁹ M.A. IGLESIAS, T., MEDINA, *Herramientas preventivas*, cit., p. 49.

¹⁰ P. RÍOS RÍOS, *Il costo della corruzione pubblica e privata* (Traduzione di M. Marchesoni), Milano, 2017, p. 16.

ragione, possiamo trovare diverse definizioni emanate da organismi come la *World Bank* e l'*International Monetary Found* che hanno preso la corruzione come uno delle loro sfide principali, oppure che esistono precisamente con lo scopo di sviluppare azioni contro la corruzione, come il caso di *Transparency International*.

Quest'ultima organizzazione, definisce la corruzione come l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato, con lo scopo di ottenere vantaggi privati (*"the abuse of entrusted power for private gain"*)¹¹, ed è stata condivisa anche dalla World Bank, attraverso il documento intitolato *"Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank"*¹², in cui lo stesso Direttore giuridico, Ibrahim Shihata, indica che la corruzione si verifica quando una funzione, ufficiale o privata, richiede l'assegnazione di prestazioni o la fornitura di un bene o di un servizio non dovuto. In tutti i casi, una posizione di fiducia viene sfruttata per realizzare un vantaggio privato, al di là di ciò a cui il titolare della posizione ha diritto (*"Corruption occurs when a function, whether official or private, requires the allocation of benefits or the provision of a good or service. In all cases, a position of trust is being exploited to realize private gains beyond what the position holder is entitled to"*).

Anche se sono multipli gli sforzi per arrivare a una definizione ampiamente condivisibile, certo è che non risulta essere un compito facile, ragione per cui possiamo affermare che "la corruzione risulta più facile da identificare che da definire"¹³, e il suo concetto può essere "genericamente risolto in un abuso dei poteri (o violazione degli obblighi) a fini di un privato beneficio"¹⁴. Tuttavia, risulta fondamentale ai fini della delimitazione, chiarire che d'ora in poi, dovremmo concentrare l'attenzione per trovare una definizione soddisfacente soltanto dal punto di vista giuridico penale, lasciando fuori dal nostro studio qualsiasi intento di definire la corruzione da altri punti di vista come quello sociologico o criminologico¹⁵.

¹¹ Definizione utilizzata da *Transparency International*, reperibile sul sito web: <http://www.transparency.org>.

¹² Definizione riferita nel documento intitolato *"Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank"*, disponibile in: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm#note1>

¹³ P. RÍOS RÍOS, *Il costo della corruzione*, cit., p. 16.

¹⁴ A. SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, p. 2.

¹⁵ Per uno studio delle origini sociali della corruzione, si veda A. BUXO, *Le origini sociali della corruzione*, in M. D' ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, pp. 23-40; per un'analisi sociologico, F. FORNARI, *Sociologia della corruzione: aspetti epistemologici e teorici*, in M. D' ALBERTI, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., pp. 41-55; finalmente, per uno studio della corruzione dal punto di vista criminologico si può consultare, G. MAROTTA, *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, in M. D' ALBERTI, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., pp. 101-122; si suggerisce anche, F. CINGARI, *La dimensione criminologica della corruzione*,

In questo senso, possiamo affermare che la corruzione costituisce un fenomeno criminoso “articolato e complesso che nel tempo ha subito una profonda trasformazione dal punto di vista quantitativo che qualitativo”¹⁶, arrecando importanti conseguenze dal punto di vista del trattamento sanzionatorio che prevede ogni ordinamento giuridico, ragione per cui non si può sconoscere che definire la corruzione in termini giuridici penale ha un importante componente normativo¹⁷, che però, non impedisce “enucleare i caratteri essenziale del fenomeno”¹⁸, attraverso la numerazione di alcuni elementi che, avendo vocazione analitica generale, prescindono dalle particolarità di ogni legislazione.

Questi elementi pretendono delimitare non un concetto ampio e generalizzato di corruzione come fenomeno, ciò che potrebbe includere una serie di reati come il traffico di influenze, il peculato o l’abuso d’ufficio, ma gli elementi caratterizzanti di ciò che in italiano si conosce come reato di corruzione, o corruzione *stricto sensu*¹⁹, e che sono principalmente tre: “l’esistenza di un sistema normativo di riferimento, la violazione di un dovere o di un obbligo connaturato alla posizione occupata dal soggetto corrotto, e l’aspettativa di ottenere un beneficio *extra* come contrapartita di tale violazione”²⁰.

Come si può apprezzare, si tratta di elementi che servono a descrivere i reati di corruzione in ambito sia pubblico che privato, considerando che non appellano a una categoria particolare di

in ID., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino, 2012, pp. 9-47; I. BLANCO CORDERO, *La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional*, in F. PÉREZ ÁLVAREZ (a cura di), *SERTA in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 267-296.

¹⁶ F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., p. 70.

¹⁷ E. LA ROSA, *La repressione penale della “corruzione privata”, punti fermi e questione aperte*, Messina, 2011, p. 7. È importante tener presente, inoltre, una approssimazione al problema che sorge nella dottrina tedesca, e sembra del tutto condivisibile, che consiste in considerare la corruzione come «una determinata forma di aggressione attraverso la cui è possibile vulnerare i diversi interessi penalmente protetti», caratterizzata in specifico da «un’incompatibilità tra gli interessi che il responsabile deve proteggere in virtù della propria posizione di dovere e l’interesse al quale si lega per aver accettato un vantaggio» o, in altre parole, «un abuso di potere decisionale da parte di un rappresentante, ovvero, la priorità degli interessi incompatibili con quelli del rappresentato, nel quadro in cui rappresenta tali interessi», vale a dire, si tratterebbe sempre di un problema di violazione dei doveri derivati da un particolare incarico che potrebbe essere tanto pubblico come privato, e la cui violazione sarebbe collegata con il conseguimento di un’ utilità, giacché si opera contro l’interesse tutelato o che si deve tutelare visto l’incarico che abbia il soggetto, vedere in questo senso, U. KINDHÄUSER, *Presupuestos de la corrupción*, cit., *passim*.

¹⁸ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 7.

¹⁹ La confusione potrebbe derivare, nella lingua italiana, dell’utilizzazione della stessa parola per entrambi le due realtà, a differenze di altre lingue come l’inglese o lo spagnolo, in cui esiste una differenza tra ‘*corrupción y cohecho*’ (spagnolo) oppure tra ‘*corruption and bribery*’ (inglese). In dottrina indicando pure questa differenza tra il concetto *lato sensu* e quello *stricto sensu*, si può consultare A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., pp. 1 s.

²⁰ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 7.

oggetti per descrivere il problema studiato, o meglio provano semplicemente a enuclearne gli elementi essenziali nei termini più neutri possibili, mettendo in evidenza che la corruzione, anche in quanto reato specifico, potrebbe presentarsi in ambiti della vita abbastanza diversi, sempre quando si rispetti l'esistenza di una incompatibilità tra l'interesse che l'incaricato deve cautelare in ragione della sua posizione e l'interesse al quale si vincola per l'accettazione del vantaggio²¹.

Tuttavia, come è ovvio che sia, tutti gli elementi, così come il modo di collegarsi tra loro, potranno configurarsi in modo diverso dipendendo dalle decisioni prese da ogni legislazione, ragione per cui, avendo di fronte questi elementi delimitativi, ma allo scopo di approfondire sui problemi di offensività dei reati di corruzione, sia pubblica che privata, nell'ordinamento giuridico italiano quale sistema normativo di riferimento, ci concentreremo sull'analisi delle fattispecie lì riconosciute.

2.- Le dimensioni internazionali della corruzione quale precedente alle riforme in materia di corruzione nell'ordinamento giuridico italiano

A livello internazionale, già da parecchi anni, tanto nel contesto dell'Unione europea, come tra gli organismi internazionali di stampo mondiale, come l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), il problema della corruzione costituisce una preoccupazione nella stessa misura in cui "la lotta contro la corruzione costituisce una necessità"²², portando diverse organizzazioni a dedicare al problema un'ampia produzione di documenti programmatici e atti normativi vincolanti²³, che insieme compongono un "quadro complesso e articolato, ma tuttora di non facile ricostruzione sistematica"²⁴.

Ora bene, nonostante, già dalla seconda metà degli anni settanta, si percepiva una preoccupazione attraverso diversi atti internazionali, è stato soltanto a partire dagli anni '90 che

²¹ Si veda in questo senso, U. KINDHÄUSER, *Presupuestos de la corrupcion*, cit., p. 7; nella dottrina italiana in senso simile, sebbene parlando soltanto di corruzione pubblica, A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., pp. 6 s., il quale enumera tre aspetti: quello finalistico che si traduce nell'aspirazione a conseguire un vantaggio, l'aspetto modale-valutativo, che attiene alla modalità con cui quell'aspirazione viene perseguita (deve essere indebita), e l'aspetto strutturale e che coincide con l'interferenza pubblico-privato.

²² G. ARMONE, *La corruzione nel settore privato (Capitolo XIII)*, in A. PIOLETTI, B.R. CIMINI, F. GANDINI, G. IUZZOLINO, G. ARMONE, G. NICASTRO (a cura di), *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 265.

²³ G. ARMONE, *La corruzione nel settore privato*, cit., p. 265.

²⁴ *Ibid.*

“si assiste al nascere di vere e proprie Convenzioni internazionali”²⁵, siano di carattere regionale, che mondiale, accompagnate dalla creazione di “organismi con il compito di monitorare il livello di effettività delle politiche anticorruzione degli Stati”²⁶, tali come il gruppo di Stati contro la corruzione “GRECO”, costituito nell’ambito del Consiglio d’Europa o il gruppo di lavoro sulla corruzione dell’OCSE, conosciuto come “WGB”, secondo l’abbreviazione in inglese di “*Working Group on Bribery*”²⁷.

Nel contesto europeo, i diversi atti internazionali che precedono le Convenzioni, cercavano in generale, di fissare gli elementi di una politica globale contro la corruzione, la quale rappresentava una tra le tante altre preoccupazioni, collegata alla commissione di reati a livello internazionale, ma che richiamava particolare attenzione per la minaccia che rappresentava, e rappresenta, persino oggi, per gli interessi finanziari della Comunità europea e per i suoi legami con la criminalità organizzata²⁸.

In tal senso, risulta abbastanza illustrativa la comunicazione della Commissione, al Consiglio e al Parlamento europeo, a proposito di una politica dell’Unione contro la corruzione, risalente a maggio del 1997, nella quale si cerca di chiarire le dimensioni del fenomeno corruttivo, e come questa incida sugli interessi dell’UE perché - tra le altre ragioni - indebolisce la solidità del processo decisionale, distorce la concorrenza mettendo in discussione il principio di un mercato libero e aperto e, in particolare, il corretto funzionamento del mercato interno, oltre a danneggiare gli interessi finanziari delle Comunità europee²⁹, tutte ragioni per cui il documento mette in evidenza che uno degli aspetti essenziali della lotta contro la corruzione, in rapporto al diritto penale, deve essere poter garantire l’incriminazione³⁰, più nello specifico quella della corruzione

²⁵ F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., p. 70. Sulle diverse Convenzioni che contengono obblighi internazionali in tema di lotta alla corruzione, si può consultare anche, E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anticorruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2013, pp. 537 s.

²⁶ F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., p. 70.

²⁷ Per una spiegazione sui meccanismi di controllo dell’attuazione degli obblighi incriminatori internazionali in materia di corruzione, si raccomanda il lavoro di M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 1° luglio 2012, pp. 1-33.

²⁸ Risoluzione sulla corruzione del 15 dicembre 1995, in cui il Parlamento europeo invitava sia alla Commissione che al Consiglio e agli Stati membri a prendere iniziative in materia di corruzione, in Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo su una politica dell’Unione contro la corruzione*, Bruxelles, 21.05.1997, reperibile sul sito web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0192&from=EN>

²⁹ *Comunicazione su una politica dell’Unione contro la corruzione*, cit., p. 1.

³⁰ *Ivi*, p. 4.

di funzionari dell'Unione europea o dei suoi Stati membri, obiettivo che secondo quanto dichiarato nel documento citato, dovrà essere perseguito nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'OCSE³¹, allo stesso modo della corruzione privata, aspetto di cui ci occuperemo nel capitolo susseguente.

Tuttavia, e nonostante le prime misure contro la corruzione abbiano messo a fuoco il problema dal punto di vista della corruzione di funzionari dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, ciò che ha avuto come effetto la creazione della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea³² del 1997, e la Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997³³, un paio di anni dopo il Consiglio d'Europa si è concentrato sul come stabilire un strumento destinato ad affrontare il fenomeno corruttivo in un modo più integro, non più focalizzato in un particolare tipo di corruzione, ma facendo fronte alla corruzione tanto pubblica che privata, nell'abbordarla come un problema che, tra le altre cose, altera la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche, attraverso la Convenzione penale sulla corruzione del 1999³⁴, del Consiglio d'Europa del 27 gennaio del 1999.

Anche nella visione di affrontare il fenomeno corruttivo, tanto nell'ambito pubblico come in quello privato, conoscendo quanto sia complesso il problema, ed evidenziando che deve essere combattuto con “l'agevolazione ed il sostegno della cooperazione internazionale e dell'assistenza tecnica ai fini della prevenzione della corruzione e della lotta a quest'ultima”³⁵, l'Organizzazione

³¹ *Comunicazione su una politica dell'Unione contro la corruzione, cit.*, p. 5.

³² Si tratta della Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997, ed è stata adottata in linea con gli strumenti previamente adottati, nel contesto della lotta contro la frode e la corruzione. Questi strumenti sono la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, riguardante in particolare la frode ai danni delle entrate e delle spese della Comunità, di luglio 1995, il primo protocollo della Convenzione concernente la lotta contro gli atti di corruzione nei quali sono coinvolti funzionari sia nazionali che comunitari e che ledono o possono ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee, di settembre 1996, e il secondo protocollo della Convenzione concernente in particolare la responsabilità delle persone giuridiche e il riciclaggio di denaro.

³³ Convenzione conclusa a Parigi il 17 dicembre 1997.

³⁴ Lo strumento menzionato è la Convenzione Penale del Consiglio d'Europa sulla Corruzione del 27 gennaio del 1999. Inoltre, è importante avere presente la Convenzione Civile del Consiglio d'Europa sulla Corruzione del 4 novembre del 1999, dettata nello stesso contesto di lotta alla corruzione, però non utile al nostro lavoro per affrontare il problema dal punto di vista civile, vale a dire, attraverso meccanismi di risarcimento di danni alle vittime, la responsabilità (ivi compresa la responsabilità dello Stato per atti di corruzione commessi da pubblici ufficiali), il concorso di colpa, o la riduzione o soppressione del risarcimento, a seconda delle circostanze.

³⁵ Art. 1, lettera b) Convenzione ONU 2003.

delle Nazioni Unite ha costituito la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003³⁶, anche conosciuta come Convenzione di Mérida, di vitale importanza non solo perché si tratta di uno strumento di carattere mondiale, ma anche perché fa importanti raccomandazioni agli stati firmanti, per esempio in materia di codici o norme di condotte per un esercizio corretto, onorevole e adeguato alle funzioni pubbliche (art. 8), di trasparenza della propria pubblica amministrazione (art. 9), rafforzamento dell'integrità dei giudici e i servizi inquirenti (art. 11), e partecipazione della società civile alle politiche di prevenzione della corruzione (art. 13), dimostrando che, nonostante esistano mandati destinati alle incriminazioni di condotte, sia importante prendere altri tipi di misure.

In materia di corruzione contro la pubblica amministrazione, e tal come è stato dichiarato nella stessa legge n.190/2012, uno degli obiettivi è stato quello di adempiere gli obblighi internazionali, in particolare la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003, e la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999, e che, a differenza del caso della corruzione di funzionari dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, o la corruzione privata, in cui i diversi strumenti avevano per scopo l'incriminazione di una condotta prima non tipificata nei diversi ordinamenti, in questo caso il mandato, derivato dalle fonti internazionali risponde, piuttosto, all'idea di rafforzamento dell'incriminazione già esistente e alla necessità di armonizzazione³⁷.

Quest'idea di armonizzazione delle norme incriminatrici, sorge nell'Unione europea a partire dal Trattato di Maastricht³⁸, modificato posteriormente attraverso il Trattato di Amsterdam³⁹, che stabilisce nel suo articolo 29 (*ex K.1*) che l'Unione ha come obiettivo quello di fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando, tra gli Stati membri, un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e

³⁶ Convenzione approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre del 2003.

³⁷ Per un'analisi approfondito sul rapporto tra il diritto comunitario e il diritto penale, si può consultare S. RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia «influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 117 T.CE., questioni di costituzionalità*, in *Riv. trim. dell'economia*, anno X, n.4/1997, pp. 1135-1172.

³⁸ Il trattato di Maastricht è il trattato sull'Unione europea ed è stato firmato a Maastricht il 7 febbraio di 1992. A norma del trattato, l'Unione è fondata sulle Comunità europee e integrata da due altri ambiti di cooperazione: la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e la giustizia e affari interni (GAI).

³⁹ Il Trattato de Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre de 1997, e ha per scopo modificare il Trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi.

giudiziaria in diverse materie tra le quali include la corruzione, precisamente perché abbia come correlato una serie di rischi per la democrazia moderna⁴⁰.

Senza perdere di vista quanto detto in precedenza, e tornando ora agli effetti che ha avuto l'osservanza degli obblighi contenuti negli strumenti qui menzionati sulla legislazione italiana, possiamo dire che al processo di adempimento del difficile obiettivo di armonizzazione della disciplina della corruzione, è stata collegata, magari senza volere, una progressiva anticipazione della soglia della tutela e anche una tendenza a una dilatazione della portata della fattispecie di corruzione⁴¹, ciò che potrebbe spiegare, in qualche modo, riforme come quella fatta al reato dell'articolo 318, già non più collegato a un "atto" da parte del pubblico ufficiale, giustificato sicuramente dalla necessità di prendere misure efficaci contro "le nuove e più perniciose forme di manifestazione della corruzione sistemica"⁴², però che tuttavia perde di vista altri importanti obiettivi dal punto di vista penale, tale come la proporzionalità della sanzione⁴³, riconosciuta negli stessi strumenti menzionati, al dichiarare che le sanzioni devono essere non solo efficaci e dissuasive, ma anche proporzionate⁴⁴, e rischiando persino l'osservanza di altri principi fondamentali come l'offensività della condotta, così come vedremmo nel momento di analizzare la figura di reato di cui l'art. 318 c.p.

Tuttavia, parte della dottrina valuta in modo positivo le influenze internazionali sulla legislazione italiana, sia per la modernizzazione che per la crescita del proprio sistema antimafia ed anticorruzione, che ormai come modello di prevenzione e contrasto si caratterizza per una forza ed efficienza del tutto originali, tendendo a rivestire un ruolo di modello sul piano globale⁴⁵, giacché non appunta soltanto alla repressione ma anche alla prevenzione delle condotte, ciò che

⁴⁰ S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in Astrid-online, reperibile sul sito web: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Bonf/Bonfigli.pdf>

⁴¹ In questo senso, e mettendo in rilievo entrambi tutti i due gli effetti, si veda, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., p. 73.

⁴² *Ivi*, p. 74.

⁴³ Sul principio di proporzione nel diritto italiano, F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, pp. 311-327. Per uno studio sul principio di proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea, C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.1/2012, pp. 117-128.

⁴⁴ Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri del 1997 (art. 3), Convenzione penale sulla corruzione del 1999 (art. 19), e Convenzione ONU 2003 (art. 26).

⁴⁵ R. RAZZANTE, G. TARTAGLIA, *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di rating e le moderne strategie di contrasto*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, n.1/2017, p. 6.

essendo del tutto positivo, non ci può fare dimenticare l'enorme effetto che ha avuto sulle disposizioni penali in materia, che, come vedremo in seguito, già non rispondono più alla logica di sistema che gli organizzava in passato.

3.- Il sistema dei reati di corruzione pubblica nel c.p. italiano come sistema normativo di riferimento

In Italia, i delitti di corruzione contro la pubblica amministrazione si trovano regolati nel codice penale in 12 articoli, tra il 318 e il 322 *quater* del capo I del titolo II del Libro II, e possiamo dire che tutti insieme formano una “sorta di «minisistema» unitario”⁴⁶ che contiene diverse figure che hanno per scopo quello di regolare differenti aspetti della corruzione di un pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione, tale e come viene denominato secondo il titolo che il proprio codice penale utilizza, “riproponendo la denominazione adottata dal codice previgente, nonostante il suo assetto, risulti oggi in gran parte mutato”⁴⁷. La nostra ricerca, tuttavia, si circoscriverà, come già affermato nella premessa, solo nei reati di corruzione per l'esercizio della funzione dell'articolo 318, e la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio dell'articolo 319, senza soffermarci nel reato di corruzione per atti giudiziari dell'articolo 319 *ter*, e neanche nell'analisi sui reati collegati, quali sono l'induzione indebita a dare o promettere utilità (319 *quater*) e l'istigazione alla corruzione (art. 322)⁴⁸.

Il delitto di corruzione, battezzato dalla dottrina italiana come il ‘più “famoso” fra i delitti contro la pubblica amministrazione’⁴⁹, nonostante abbia una “sistematizzazione” quanto meno impegnativa⁵⁰, risponde -secondo l'opinione di parte della dottrina italiana- nella sua struttura

⁴⁶ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 134, dobbiamo aggiungere che l'Autore si riferisce nell'opera a 10 articoli, giacché è stata scritta prima della riforma di cui la legge di 9 gennaio 2019, n. 3, che ha introdotto il nuovo articolo 322 *ter* 1, e il nuovo articolo 322 *quater*.

⁴⁷ In dottrina ripara sul punto, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.* (Capitolo 6), in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2013, p. 340.

⁴⁸ Per uno studio del reato di induzione indebita a dare o promettere utilità, si può consultare F. RIPPA, *Induzione indebita e condotte fraudolente, tra vecchi e nuovi assetti normativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10/2018, pp. 207-239. Sul reato d'istigazione, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., pp. 79 s.

⁴⁹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contra l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, p. 75.

⁵⁰ *Ivi*, p. 78; in senso conforme, E. MUSCO, *I delitti di corruzione nel codice penale italiano*, in J.C. FERRÉ OLIVÉ (a cura di), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, Salamanca, 2002, p. 27, il quale indica si tratta «di un complesso sistema di fattispecie incriminatrice che mira a reprimere uno dei fenomeni di disgregazione dalla vita sociale o politica dotati di altrettanta forza distruttiva e di altrettanta capacità diffusiva».

essenziale o originale, a una logica abbastanza semplice, dato che consiste nel “comportamento del pubblico ufficiale oppure dell’incaricato di un pubblico servizio che ‘vende’ le proprie funzioni ad un privato, facendosi corrispondere denaro o altra utilità in cambio di veri e propri ‘favori’”⁵¹.

Nondimeno, questa struttura essenzialmente semplice, con gli anni e le riforme, è diventata ogni volta più complessa, ciò che si potrebbe spiegare -in linee generali- principalmente attraverso due fattori che vengono considerati essenziali⁵². In primo luogo, una “tendenza ad ampliare l’intervento repressivo fino a ricomprendere comportamenti prodromici al vero o proprio accordo criminoso”⁵³, vale a dire, il fenomeno -ogni giorno più esteso nel diritto penale- di sanzionare condotte, anche prima di riscontrare veri effetti sul bene giuridico tutelato⁵⁴, provocando evidenti problemi dal punto di vista dell’offensività; e, in secondo luogo, la “spinta a riqualificare in termini di vera e propria ‘corruzione’ l’ipotesi di concussione mediante ‘induzione’ originariamente prevista nell’articolo 317 c.p.”⁵⁵, alterando l’equilibrio tra le diverse fattispecie⁵⁶.

Alle modifiche appena menzionate come fondamentali, si potrebbe aggiungere l’allargamento della nozione di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, catalogata, da parte dalla dottrina, come “indebito arricchimento”⁵⁷, e criticata, da altri invece, per non consolidare una vera e propria “rimodulazione delle qualifiche pubblicistiche”⁵⁸, che però, senza dubbio, viene a risolvere un problema che esigeva soluzione dal momento in cui esistono soggetti non investiti come pubblici ufficiali che svolgono pubbliche funzioni. Ora bene, la presente indagine non ha per scopo quello di approfondire ognuno dei cambiamenti che hanno avuto luogo

⁵¹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 76.

⁵² Ci riferiamo in particolare ai fattori utilizzati per spiegare perché una struttura essenzialmente semplice si è complicata, *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ L’anticipazione della punibilità si può manifestare in diverse forme, una delle più criticate è stata quella di creare reati di pericolo astratto, come può essere l’attuale figura di corruzione per l’esercizio della funzione, oppure la corruzione privata (secondo alcune posizioni), problema che sarà abordato nel capitolo III. Sulle diverse forme che può adottare l’anticipazione della tutela penale, J. FUENTES OSORIO, *Formas de anticipación de la tutela penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 8/2006, pp. 1-40.

⁵⁵ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 76.

⁵⁶ Per uno studio della figura introdotta attraverso la legge n. 190 dell’anno 2012 e i suoi rapporti con il reato di concussione, si possono consultare i lavori di F. PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, p. 229; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2012, pp. 1241 s.; ID., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 381-404; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, n.1/2013, pp. 7-12.

⁵⁷ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 76.

⁵⁸ P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, n. 1/2013, p. 9.

nei reati pertinenti negli ultimi trenta anni, ma piuttosto quello di concentrare l'attenzione sull'analisi di come essi influiscano o abbiano ripercussioni sull'offensività delle figure, questione che già storicamente aveva dato luogo a importanti discussioni su quale dovrebbe essere il bene giuridico tutelato dai reati di corruzione pubblica, e che ormai -in linea con un sistema catalogato come "complicato"⁵⁹- diventa meritorio di particolare considerazione.

4.- La conservazione dell'impianto tipico dopo la riforma del 1990 in contrasto con i cambi sostanziali introdotti dalla riforma del 2012: un'introduzione generale

La prima riforma a cui facciamo riferimento, è quella del 1990⁶⁰ che, nonostante abbia come merito l'incorporazione nel c.p. di nuove figure criminose, come la corruzione in atti giudiziari⁶¹, ove l'istigazione alla corruzione⁶² da parte del p.u. o i.p.s.⁶³, non costituisce una riforma che abbia introdotto cambi sostanziali alla struttura globale del minisistema dei reati di corruzione pubblica, al contrario, secondo quanto affermato dalla dottrina italiana, lascia "inalterato l'impianto tipico della versione originaria del codice"⁶⁴ nel decidere di non effettuare modifiche rilevanti nel modo in cui si configuravano sia il reato di corruzione per un atto d'ufficio (corruzione impropria), che il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (corruzione propria).

Tuttavia, anche se l'impianto tipico dei reati non viene modificato, esistono importanti cambiamenti nelle materie che meritano menzione. Innanzitutto, dobbiamo tener presente la decisione di "ridisegnare le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio"⁶⁵ nel senso di riconoscere tali qualità a chi esercita una pubblica funzione o a coloro che prestano un

⁵⁹ Seguendo in questo a M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 76; in senso parzialmente simile, indicando che i reati degli artt. 318 ss. c.p., si strutturano su un modello base sostanzialmente omogeneo, nonostante questa linearità sia più apparente che reale, nascondendo all'interno una molteplicità di dinamiche a tal punto diversificate da rendere estremamente problematica la composizione normativa di sintesi in un paradigma unitario od omogeneo, si veda, G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., pp. 2 s.

⁶⁰ Si tratta della legge n. 86 del 26 aprile 1990, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 27 de aprile dello stesso anno, e che ha introdotto diverse modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

⁶¹ Figura prevista nell'articolo 319 *ter* c.p.

⁶² Prima della riforma del 2012, si trattava della fattispecie regolata dall'articolo 322, co. 3° e 4°.

⁶³ È fondamentale avere presente che secondo ciò stabilito nell'articolo 320 c.p. italiano, le disposizioni degli articoli 318 e 319 si applicano anche all'incaricato di pubblico servizio, ragione per cui, ogni volta che facciamo riferimento al pubblico ufficiale, ci riferiamo -per estensione- a entrambe le due categorie.

⁶⁴ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 136; nello stesso senso, considerando che la riforma «si colloca, in effetti, in una posizione di stretta continuità rispetto alla normativa previgente», si veda, G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 21.

⁶⁵ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 340.

pubblico servizio, adottando un criterio maggiormente oggettivo collegato a “i caratteri dell’attività oggettivamente esercitata”⁶⁶, invece del criterio soggettivo precedentemente riconosciuto, che implicava un collegamento soltanto in ragione del vincolo formale tra soggetto attivo e pubblica amministrazione⁶⁷.

La seconda riforma, che ha introdotto dei cambi rilevanti sul sistema dei reati di corruzione contro la pubblica amministrazione è stata quella dell’anno 2012⁶⁸, valutata dalla dottrina in modi abbastanza diversi, ma che tuttavia, in principio possiamo qualificare come evidentemente più incisiva per via degli effetti provocati sul catalogo di reati di corruzione nel contesto della pubblica amministrazione. Innanzitutto, crediamo si tratti di una riforma che “si presenta più ambiziosa”⁶⁹ di quella precedentemente menzionata, considerando il fatto che abborda il problema tanto dal punto di vista della prevenzione, quanto da quello della repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione, e perché, a differenza di quella del 1990, implica una frattura rispetto alla regolazione com’era stata concepita nel c.p. del 1930 e mantenuta dopo la riforma del 1990, principalmente perché l’introduzione della nuova figura di corruzione per l’esercizio della funzione dell’articolo 318 c.p., ha “disarticolato la ‘geometria’ della distinzione tra corruzione propria e corruzione impropria”⁷⁰.

⁶⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2012, p. 171, che, indicano come a partire di quel momento risulta irrilevante l’esistenza di un rapporto di impiego, permanente o temporaneo, tra il soggetto e un ente pubblico, perché ciò che conta è soltanto che il soggetto in questione svolga, anche in via di mero fatto, una pubblica funzione; anche sul punto, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., pp. 355 s., apprezzando come la regola avrà, da una parte, un effetto di delimitazione in positivo nei casi di attività in cui l’azione amministrativa assume carattere autoritario o certificativo (come concezioni), ed effetto di delimitazione in negativo nel caso in cui l’attività assuma la forma di un contratto tipico (e dunque non potrà essere riconosciuta di natura pubblica). Per uno studio specifico su questo aspetto della riforma, si suggerisce, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, 10^a ed., vol. 1: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2004, pp. 8 s.; P. SEVERINO, *Sub artt. 357 e 358*, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1996, pp. 448-482; A. CRESPI, *Il nuovo testo dell’art. 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/1992, pp. 1239-1254; L. PICOTTI, *Le «nuove» definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, anno V, 1988, pp. 264-323.

⁶⁷ Per una enumerazione di tutti i piccoli cambiamenti eseguiti attraverso la riforma del 1990, tra cui, l’eliminazione delle pene pecuniarie, l’equiparazione *quoad poenam* della corruzione propria antecedente a quella susseguente, oppure l’estensione della soggettività attiva nel reato di istigazione alla corruzione, si rinvia a G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., pp. 22 s.

⁶⁸ La referenza è alla legge n. 190 di 6 novembre del 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 267 il 13 di novembre del 2012.

⁶⁹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 136.

⁷⁰ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 77.

Prima di approfondire sui cambiamenti effettuati attraverso la riforma nel catalogo dei reati di corruzione contro la pubblica amministrazione, è importante stabilire quali siano stati gli obiettivi tenuti in considerazione dal legislatore. Con la riforma del 2012 si è voluto inviare un “messaggio chiaro al Paese: gli attuali tassi di corruzione della pubblica amministrazione non possono più essere tollerati”⁷¹, ciò che spiegherebbe una riforma nata con “l’obiettivo di rinforzare gli strumenti di prevenzione”⁷², ma che alla fine si è “polarizzata eccessivamente sulle risposte penali”⁷³, ma dall’altra parte, tale e come indica l’art. 1 della stessa legge, si tratta di disposizioni stabilite con lo scopo di adempiere agli obblighi internazionali, in particolare in attuazione dell’articolo 6 della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione⁷⁴, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo⁷⁵.

5.- L’importante conservazione, dopo la riforma del 2012, del modello di configurazione dei reati di corruzione come plurisoggettivi a concorso necessario

Come è stato affermato tante volte dalla dottrina, uno degli effetti principali della riforma del 2012, è che nel caso del reato di cui l’art. 318 c.p., il così detto *pactum sceleris* “non si incentra più su un atto conforme ai doveri d’ufficio, ma sull’esercizio delle funzioni o dei poteri del p.u. o dell’i.p.s.”⁷⁶, in confronto al reato di corruzione per atti contrari ai doveri d’ufficio, di cui l’art. 319 c.p., che continua a essere centrato in un atto in confronto all’ordinamento giuridico, così come faceva la precedente, e se vogliamo ancora vigente, corruzione propria. Questione però, che non implica che, dopo la riforma del 2012, sia venuta meno l’importanza del *pactum sceleris*, dal punto di vista della configurazione del reato, categoria che ha diviso e continua a dividere la dottrina in due paradigmi del tutto contraddittori, da una parte coloro che considerano i reati di corruzione si strutturino come reati bilaterali a concorso necessario, dall’altra quelli che difendono

⁷¹ E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, p. 1.

⁷² G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2012, p. 6.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Adottata il 31 ottobre 2003 e ratificata per l’Italia ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116.

⁷⁵ Si tratta della Convenzione adottata il 27 gennaio 1999 e ratificata per l’Italia ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110.

⁷⁶ M. PELISSERO, *Gli accordi corruttivi tra atto e funzioni*, in R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, p. 158.

l'esistenza di due reati separati in ogni caso: da una parte la corruzione attiva e dell'altra la corruzione passiva.

La concezione del reato come bilaterale a concorso necessario “sottolinea anzitutto che le condotte dei due soggetti e le rispettive volontà convergono verso un unico risultato”⁷⁷, essendo innegabile il necessario intervento delle due parti che, sebbene realizzino condotte diverse, “si saldano in un accordo unitario e dipendono inseparabilmente l'una dell'altra”⁷⁸. A sua volta, la concezione dei due reati come figure diverse tra di loro, si fonda principalmente sull'affermare che “non è vero che le condotte di corruzione attiva e di corruzione passiva abbiano la medesima struttura”⁷⁹, aggiungendo che ciascuna di esse “può costituire alternativamente iniziativa o accettazione”⁸⁰.

La differenza non è banale, nemmeno soltanto teorica, derivandone da essa importanti conseguenze, non solo dal punto di vista del contenuto offensivo del reato, ma anche dal punto di vista della consumazione dei fatti, e che potrebbe incidere persino sul carattere di lecita o meno lecita di alcune delle condotte, giacché, nel caso in cui lo sguardo ricada sulla necessità del *pactum sceleris*, il reato verrà perfezionato nel momento dell'accettazione della promessa, mentre se si guarda ogni figura come indipendente, allora la perfezione della fattispecie non richiederà l'accettazione essendo sufficiente la sola promessa fatta, sebbene non accettata⁸¹.

Ebbene, la circostanza che le condotte siano reciproche, e non identiche, non basta a eliminare il carattere plurisoggettivo del reato, purché continui a trattarsi di un delitto che non può se non essere ipotizzato attraverso il comportamento di due soggetti, uno che dà e l'altro che riceve, oppure uno che promette e altro che accetta⁸², soprattutto alla luce di ciò che è stabilito dall'art. 322 c.p., che sanziona in modo autonomo la condotta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, che sollecita una dazione o una promessa di utilità qualora non sia ascoltato, e la condotta

⁷⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 142.

⁷⁸ *Ivi*, p. 143; nello stesso senso, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 395.

⁷⁹ A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., p. 332.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ In questo, allora, la lettura dell'art. 322 c.p. cambierebbe perché in realtà si tratterebbe di un'ipotesi di tentativo eccettuato, si veda, A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., pp. 345 s.

⁸² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, a cura di C.F. GROSSO, 15ª ed., vol. II, Milano, 2008, pp. 344 s., il quale considera si tratti sempre di due comportamenti strettamente collegati fra loro, di modo tale che “all'azione di chi riceve corrisponde, quale elemento immancabile l'azione di chi dà: l'una non è concepibile senza l'altra”.

del privato che offre o promette l'utilità, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, mostrando come ciò che è punito dall'art. 318 -così come dall'art. 319 c.p.- sia qualcosa di addizionale alla mera condotta di offrire, promettere, o sollecitare la dazione o la promessa, purché in modo contrario l'istigazione come figura non avrebbe senso⁸³.

Insistono, comunque, i detrattori della teoria del concorso necessario, sull'assoluta mancanza di identità tra le condotte attiva e passiva, e specialmente, sul fatto che non sia "identico il loro significato e contenuto d'illecito, essendo due incriminazioni frutto di autonome scelte di politica criminale"⁸⁴, argomento che viene tuttavia confrontato in dottrina, in primo luogo, per essere eccessivamente formale, giacché nonostante il loro trattamento si materializzi in diversi precetti, si potrebbe ancora affermare che "dal punto di vista strutturale, il comportamento dei due soggetti del delitto di corruzione è sostanzialmente identico, esistendo, a ben guardare, una differenza puramente apparente"⁸⁵, ragionamento che però, purtroppo, non riesce a smontare la costruzione dottrinarina contraria.

Fortunatamente, un'autorevole dottrina ha assunto una posizione che confronta seriamente l'orientamento dei detrattori del concorso necessario, indicando che la plurisoggettività non dipende affatto dall'identità delle condotte che la fondano, ma piuttosto viene edificata "in funzione del collegamento funzionale necessario tra le singole condotte, che possono essere eterogenee senza che ciò alteri il rapporto di simmetria che deve intercorrere tra loro"⁸⁶. Tuttavia, questa attenta dottrina riconosceva prima della riforma del 2012, come forte argomento a favore dell'autonomia dei reati di corruzione, il "fatto che l'art. 321 c.p. non richiamava il capoverso dell'art. 318 c.p. lasciando così impunita la c.d. corruzione attiva impropria susseguente"⁸⁷,

⁸³ In questo senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 143; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 219; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 345, il quale utilizza l'art. 322 c.p., ovvero, l'istigazione alla corruzione, come argomento normativo che confermerebbe che nel caso della corruzione si punisce qualcosa diverso della condotta unilaterale dei soggetti, e perciò risponderebbe alla struttura di un tipico reato plurisoggettivo e, più in particolare, di un reato bilaterale.

⁸⁴ In questo senso, A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., pp. 337 s., l'Autore considera che per incontrarsi davanti a un reato veramente plurisoggettivo dovrebbe trattarsi di un reato che possa essere commesso solo da più soggetti congiuntamente, mediante la violazione plurisoggettiva di un dovere plurisoggettivo, rispondendo a una scelta politico-criminale unitaria, e perciò anche la condotta illecita resta unitaria.

⁸⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 219; nello stesso senso, C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1996, pp. 174 s.

⁸⁶ M. ZANNOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985, p. 142.

⁸⁷ *Ibid.*

problema che veniva spiegato in passato dalla questionabile offensività dei fatti di corruzione impropria susseguente, ciò che avrebbe portato il legislatore a valorizzare il ricevimento del pubblico ufficiale come “indicativo dell’esclusiva offensività del fatto”⁸⁸, e che oggi, grazie all’eliminazione del comma due dell’art. 318 c.p., possiamo considerare come un argomento che ha perso del tutto il senso.

A conferma della concezione del reato come plurisoggettivo a concorso necessario, veniva in passato rilevata la lacuna punitiva che si creava intorno all’impedimento di sanzionare, come reato tentato di corruzione, l’iniziativa infruttuosa del pubblico ufficiale a confronto dell’esplicita previsione del reato di istigazione alla corruzione per il caso dell’iniziativa del privato che non era ascoltata (art. 322 c.p. prima del 2012)⁸⁹. Il quesito si poneva perché, confermando da una parte la natura bilaterale del reato di corruzione, il legislatore aveva dovuto elevare a figura autonoma di reato, il caso del privato che offriva denaro o altra utilità a un pubblico ufficiale che però non veniva ascoltato, senza tuttavia includere tra le ipotesi, il caso del pubblico ufficiale che sollecitava il denaro o l’utilità senza essere ascoltato, portando alla dottrina difensora del concorso necessario ad affermare detta lacuna punitiva, ormai superata dall’espressa complementazione del reato attraverso l’inclusione dell’ipotesi, precedentemente mancata, del pubblico ufficiale nella fattispecie di istigazione alla corruzione di cui l’art. 322 c.p., confermando che la corruzione, pure nella sua ipotesi tentata, richiede almeno qualche segno di accordo tra le parti⁹⁰.

Ulteriori, e a nostro avviso, concludenti riflessioni sul carattere bilaterale del reato, provengono precisamente dall’oggetto unico, in base al quale si edificano entrambe le condotte, che integrano “infatti una lesione unitaria dell’oggetto di tutela, nonostante la realizzazione pur

⁸⁸ M. ZANNOTTI, *Profili dogmatici*, cit., p. 144. Tuttavia, è importante avere presente che l’Autore, a partire di pagina 142, riflette su come l’accettazione di una retribuzione indebita da parte del pubblico ufficiale per aver già compiuto un atto conforme al dovere di ufficio non si allinei perfettamente alla logica complessiva della sistematica dei delitti di corruzione, perché difficilmente si riesce a identificare in che misura si potrebbe -in quel caso- ledere un bene giuridico di quegli utilizzati tipicamente per giustificare l’offensività della figura, in senso conforme, G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Gius. Pen.*, n. II/1979, pp. 306-338.

⁸⁹ La dottrina denunciava che si trattava di una lacuna che non poteva essere colmata in alcun modo, precisamente perché la corruzione veniva configurata come reato bilaterale che esige, in fase iniziale, almeno, la condotta da entrambi i soggetti attivi del reato, allora, l’omissione dell’ipotesi dell’iniziativa del pubblico ufficiale dell’art. 322 c.p. implicava nella pratica l’impossibilità sanzionatoria, si veda in questo senso, M. ZANNOTTI, *Profili dogmatici*, cit., p. 157, che inoltre, trova conferma da una sentenza della Casa. Sez. VI, 12 dicembre 1979.

⁹⁰ In questo modo, si confermerebbe che quando si è ritenuto opportuno incriminare una iniziativa monosoggettiva volta alla formazione di un accordo illecito, si è reso necessario ricorrere ad una specifica previsione, di modo tale, che, ad esempio, l’istigazione alla corruzione appare come preparatoria alla instaurazione della relazione necessaria tra i soggetti, si veda, M. ZANNOTTI, *Profili dogmatici*, cit., p. 158.

differita nel tempo di entrambi i comportamenti tipici”⁹¹, ciò che non potrebbe succedere se invece si trattasse di due reati, caso in cui bisognerebbe configurare separatamente la pluralità di offese, escludendo così, in termini argomentativi, il concorso di reati e risolvendo il problema attraverso lo sguardo del reato unico di concorso necessario o plurisoggettivo che, inoltre, è l’unica soluzione in grado di giustificare il “non doppio concorso eventuale del terzo che, dapprima, aiuti al privato a dare e, poi, convinca il pubblico agente a ricevere”⁹².

Gli argomenti appena esposti, in rapporto alla configurazione dei reati di corruzione come plurisoggettivi a concorso necessario, portano importanti conseguenze dal punto di vista della determinazione del momento consumativo delle condotte che, seguendo questo sguardo non possono verificarsi se non con il raggiunto accordo dei due protagonisti per l’esercizio ancora a venire della funzione o la realizzazione dell’atto; oppure per l’atto già avvenuto⁹³, qualora dove siano riconosciute come punibili le forme di corruzione susseguenti⁹⁴, ciò significa che, di fronte a una fattispecie incriminatrice come la corruzione che “descrive la condotta in via alternativa”⁹⁵, la consumazione avverrà quando il p.u/i.p.s riceva il denaro o l’utilità, o bene, quando ne accetti la promessa della futura compensazione⁹⁶, restando, per il caso della corruzione antecedente, sia

⁹¹ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 397.

⁹² In questo senso, *Ivi*, p. 395; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 144, entrambi gli Autori condividono a questo rispetto che, l’unicità della sanzione solo può essere spiegata alla luce dell’unitarietà del fatto corruttivo.

⁹³ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 144 s.; nello stesso senso, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 398, indicando che ogniqualvolta intervenga il *pactum sceleris*, qualunque sia la modalità esecutiva del reato, il delitto di corruzione apparirà perfetto nei suoi estremi costitutivi; così anche, S. MASSI, «*Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur*». “Offesa” e “infedeltà” nella struttura della corruzione propria, Torino, 2004, pp. 69 s., la quale conferma l’idea secondo cui la base strutturale della corruzione riposi su un ‘accordo’, ciò che implica che la fattispecie si consuma laddove le parti accordino verbalmente, attraverso uno scambio di promesse, o materialmente, attraverso la dazione dell’utilità, e ove la proposta non venga accettata dalla controparte, si configurerebbe soltanto l’istigazione alla corruzione di cui l’art. 322 c.p.

⁹⁴ Questione che in materia di corruzione per l’esercizio della funzione è abbastanza problematica, vedere *infra*, titolo 6.3.

⁹⁵ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 396, il quale, a maggiore ragione chiarisce si tratti di reati di modalità alternativa di violazione del medesimo precetto, però che prevede le due diverse modalità in modo fungibile, ragione per cui la realizzazione, pur differita nel tempo, di entrambi i comportamenti tipici, integra una lesione unitaria dell’oggetto di tutela; in senso conforme, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 147, il quale osserva come della descrizione normativa si segua un evidente rapporto di alternatività che lascia vedere si tratti di condotte equivalenti e fungibili.

⁹⁶ È importante avere presente che, secondo l’indirizzo preso da alcuna giurisprudenza, ciò che esisterebbe è un reato che ha uno schema principale e uno sussidiario, di modo tale che nel caso in cui l’accettazione della promessa sia seguita dalla effettiva ricezione, la consumazione si sposta a questo secondo momento, dando luogo allo schema principale, a confronto del caso in cui la promessa non viene rispettata, dando luogo alla consumazione attraverso la stessa promessa, mediante lo schema sussidiario della corruzione, si può consultare, Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 1995, in Cass. pen., 1996, pp. 2549 s. In dottrina seguendo questo indirizzo, M.B. MIRRI, *I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettiva di riforma*, in *Giust. Pen.*, n. II/1987, p. 140; anche S. SEMINARA, *La riforma dei*

l'esercizio della funzione, quanto l'atto oggetto dell'accordo, "palesamente fuori degli elementi costitutivi del reato"⁹⁷.

Dunque, si può apprezzare come l'inclusione del reato di istigazione alla corruzione, di cui l'art. 322 c.p., nella forma prima mancata, in cui l'iniziativa comincia dal pubblico ufficiale, non solo faccia propendere definitivamente la bilancia a favore della posizione, secondo la quale, i reati di corruzione si configurano come reati plurisoggettivi a concorso necessario, ma anche, a risolvere senza esitazione, il problema sul momento consumativo dei reati di corruzione, fortemente collegato al problema precedente, permettendo di posizionare il *pactum sceleris* al centro della risposta, così nel caso in cui la promessa o la sollecitazione non siano ascoltate, si dovrà procedere mediante l'art. 322 c.p., che ha dovuto elevare queste condotte a reato specifico, precisamente perché in altro modo rimanevano impunte dal momento in cui non potevano essere sanzionate a titolo tentato le condotte unilaterali che non danno luogo almeno ad una negoziazione preliminare⁹⁸.

6.- Analisi specifica dell'evoluzione delle fattispecie di corruzione impropria alla nuova c.d. corruzione per l'esercizio della funzione destinata a punire la corruzione sistematica

6.1.- Il nuovo reato di cui l'articolo 318 c.p. come figura che frattura lo schema precedente

Riprendendo le parole precedentemente dette, il nuovo articolo 318 ha disarticolato la 'geometria' della distinzione tra corruzione propria e corruzione impropria, nel regolare nello stesso articolo che prima della riforma conteneva il delitto di corruzione impropria⁹⁹ -cioè quella che sanziona al p.u./i.p.s. che vende un atto oppure un comportamento conforme ai suoi doveri-

reati, cit., p. 1239, il quale prova a spiegare il ragionamento della Cassazione nella distinzione tra perfezione e consumazione del reato, per poi scartarlo dal punto di vista concettuale, considerando che «la dazione di un'utilità precedentemente promessa non è in grado di segnare nessun approfondimento dell'offesa», ragione per cui considera che la riforma avrebbe dovuto includere una norma espressa che risolvesse il problema che ne deriva in rapporto alla prescrizione indicando espressamente che la stessa comincia a correre dal giorno della promessa, non adempiuta, ovvero dell'ultima dazione di denaro o altra utilità.

⁹⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 146.

⁹⁸ In questo senso, cioè, a favore dell'idea che risulta punibile il tentativo del reato di corruzione nel caso in cui, avendo superato l'ipotesi di cui l'art. 322, di istigazione alla corruzione che sanziona quell'aspetto unilaterale, esistano trattative in cui entrambi le parti svolgano un ruolo, si veda in dottrina in questo senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 151 s.; in contrario, cioè, considerando non sia possibile punire il reato di corruzione a titolo di tentativo, S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 71.

⁹⁹ In opposizione alla corruzione impropria, la corruzione propria punisce al p.u./i.p.s. che vende un atto oppure un comportamento contrario ai suoi doveri.

il nuovo reato di corruzione per l'esercizio della funzione, che ha "carattere generale rispetto alle altre corruzioni"¹⁰⁰, in particolare alla corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, e alla corruzione in atti giudiziari, le quali "si atteggiavano come norme speciali"¹⁰¹.

L'articolazione e sistematizzazione come previamente concepite vengono meno, principalmente, perché ormai la corrispondenza che esisteva tra il reato dell'articolo 318 c.p. e quello dell'articolo 319 c.p. (che regola la corruzione per un atto contrario ai doveri), non ha più la stessa logica, giacché, il reato di corruzione per l'esercizio della funzione sostituisce la nozione di 'atto' con quella di 'esercizio della funzione', con l'idea di punire "qualsiasi forma di 'mercimonio' della funzione da parte del p.u./i.p.s."¹⁰², senza collegare più la recezione di denaro o altra utilità al compimento o promessa di uno specifico 'atto', precisamente perché 'l'atto' è stato eliminato come elemento costitutivo del reato¹⁰³, e rimpiazzato per la referenza all'esercizio della funzione o dei poteri, ciò che viene interpretato dalla dottrina come una vera e propria "messa a disposizione" dei privati del *munus* pubblico"¹⁰⁴.

Quindi, lo schema previamente vigente formato per i reati di corruzione per un atto di ufficio *versus* corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, non ha più lo stesso senso di prima, essendo rimpiazzato da un quadro regolatorio in cui il reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui l'art. 318 c.p., sanziona al «*pubblico ufficiale che, in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa*», e si erige come costitutivo dei "lineamenti dell'archetipo del reato di corruzione passiva, del quale le altre incriminazioni costituiscono, ciascuna, un sottoinsieme"¹⁰⁵.

In questo senso, l'articolo 318 c.p. è l'unica fattispecie di corruzione contro la pubblica amministrazione, che "prescinde dal riferimento ad un ben individuato 'atto' "¹⁰⁶, nel sanzionare

¹⁰⁰ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 174; P. IELO, *Prime note sulla riforma*, cit., p. 14, catalogando l'art. 318 come «la chiave di volta di un intervento normativo che incide sui caratteri dello statuto penale della PA».

¹⁰¹ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 405. Tuttavia, nonostante trattarsi di cambi assai significativi, una parte della dottrina considera che il legislatore ha perso l'occasione di adeguare la materia alla mutata realtà economica e istituzionale del Paese, catalogando la riforma come semplici cambi misurati invece di significativi, in questo senso, P. IELO, *Prime note sulla riforma*, cit., p. 10.

¹⁰² M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 95.

¹⁰³ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 404.

¹⁰⁴ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 95.

¹⁰⁵ P. IELO, *Prime note sulla riforma*, cit., p. 14; in senso simile, E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 5, considerano il reato di cui l'art. 318 c.p. come la norma architrave del progetto.

¹⁰⁶ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 405.

in un unico comma¹⁰⁷, il pubblico ufficiale che, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa *per* l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, senza individuarne l'atto, portando, come effetto, la cancellazione "in radice della distinzione tra corruzione antecedente e susseguente"¹⁰⁸, ampiamente criticata in passato, precisamente per la mancanza di ragionevolezza che emanava dalla decisione di punire un "reato privo di un reale contenuto offensivo"¹⁰⁹ dal punto di vista della protezione del buon andamento e l'imparzialità, precisamente perché ci trovavamo di fronte a un atto che era stato "già imparzialmente compiuto"¹¹⁰.

Ebbene, bisogna ponderare adeguatamente se effettivamente la cancellazione del comma che si riferiva alla corruzione susseguente, implica l'abrogazione del reato, o ancora si possa considerare punita la condotta alla luce di un'interpretazione ampia della particella 'per' usata nell'articolo. In questo senso, una parte della dottrina nazionale considera che l'ambivalenza del 'per' potrebbe "indicare indifferentemente, sia la finalizzazione verso un esercizio futuro che la «causa» per un esercizio passato della funzione"¹¹¹, arrecando, come conseguenza, non solo che il precetto castigherebbe la corruzione per l'esercizio della funzione tanto antecedente quanto susseguente, ma anche che lo farebbe con la stessa sanzione, equiparandoli dal punto di vista giuridico penale¹¹², ancorché esista un'evidente e sostanziale minore gravità della seconda classe di corruzione.

In pratica, nonostante effettivamente la particella 'per' possa essere letta *prima facie* con connotazione causale, ma anche finale, uno studio più approfondito sul senso della fattispecie, ci dovrebbe portare ad assumere, come corretta, la conclusione contraria, vale a dire che, al di là del senso letterale per cui potrebbe astrattamente venire interpretato il 'per', nel caso dell'articolo 318

¹⁰⁷ È importante avere presente che la legge 6 novembre 2012, n. 190 ha, inoltre, cancellato il secondo comma che in precedenza puniva al pubblico ufficiale che riceveva la retribuzione per un atto d'ufficio da lui *già compiuto*.

¹⁰⁸ E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 5.

¹⁰⁹ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 394; a favore di una depenalizzazione della corruzione impropria susseguente, oggi assimilabile alla corruzione per l'esercizio della funzione susseguente, sempre che se assuma si tratti di un reato che punisce soltanto i casi di atti conforme alla legge, si veda, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 234; M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 442, la quale si chiede se sia ragionevole o meno mantenere la fattispecie nel sistema penale; in senso conforme, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 148 s.

¹¹⁰ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 394.

¹¹¹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 175.

¹¹² Si può vedere in questo senso, *Ivi*, pp. 175 e 185 s.; E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 5.

c.p. si dovrebbe preferire un'interpretazione ridotta soltanto "in chiave antecedente", cioè deve essere "riscontrabile un preciso nesso finalistico tra la mercificazione e l'esercizio della funzione o dei poteri"¹¹³, perché riconoscere il contrario significherebbe far "coincidere l'illecito penale con la violazione disciplinare del dovere di non venalità"¹¹⁴, diventando fondamentale il collegamento tra la ricezione del denaro o altra utilità e l'esercizio finale della funzione, lasciando fuori la possibilità di ritenere penalmente rilevante la corruzione susseguente per l'esercizio della funzione¹¹⁵, ciò che di essere accettato porterebbe enormi problemi dal punto di vista dell'offensività, così come esporremo tra poco.

La giurisprudenza tuttavia, in linea con la dottrina maggioritaria¹¹⁶, considera che l'espressione *per* "non possa che suggerire una lettura in funzione sia finalistica che causale della preposizione"¹¹⁷, riconducendo così, "sia la corruzione susseguente che quella precedente nell'alveo dell'art. 318 c.p."¹¹⁸, e lasciando fuori dall'ambito della norma, unicamente i pagamenti

¹¹³ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 407.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 406; anche in senso critico sulla figura di corruzione susseguente impropria, R. BARTIOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2013, pp. 346-356, indicando si tratta di un'ipotesi il cui disvalore è molto ambiguo, giacché come il patto è successivo al compimento dell'atto, non ha una vera e propria funzione motivazionale, non avendo la capacità di compromettere il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, ragione per cui si propone discutere, invece, se possa considerare messa in pericolo gli interessi della pubblica amministrazione oppure comprometta la fiducia dei consociati nell'operato di quest'ultima.

¹¹⁵ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 407; nello stesso senso, S. SEMINARA, *Spunti di riflessione sui nuovi reati di corruzione e concussione*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, pp. 1027-1045, l'Autore considera che, oltre ai lavori preparatori, la corruzione susseguente non si includa nell'art. 318 c.p. dopo la riforma perché non avrebbe senso la pena, e non avrebbe senso punire al privato, che pure prima, non veniva sanzionato.

¹¹⁶ In questo senso, T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Archivio Penale*, n. 3/2012, p. 784; ID., *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, n. 48/2012, inserto 13, p. IX, il quale considera che la nuova formulazione implica la fusione, in un'unica fattispecie, delle due precedenti forme di corruzione impropria, ragione per cui l'esercizio della funzione o dei poteri, può prospettarsi indifferentemente sia come scopo della condotta, che come presupposto; in senso conforme, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 174; P. IELO, *Prime note sulla riforma*, cit., p. 15, che per dare ragione della sua opinione cita la Relazione del massimario Corte di Cassazione di data 15 di novembre del 2012, reperibile nel sito web: www.cortedicassazione.it, p. 5, in cui si indica che la riformulazione dell'art. 318 c.p. ha come effetto l'inglobamento di corruzione antecedente e susseguente all'interno di una unica fattispecie; condivide la posizione pure, E. DOLCINI, *Appunti sulla corruzione*, cit., p. 543; F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 408.

¹¹⁷ M. MINERVINI, *Il controverso rapporto tra i delitti di corruzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 12/2017, p. 96.

¹¹⁸ *Ibid.* Dunque, coloro considerano il precetto includa la sanzione della corruzione susseguente, chiariscono che «per la corrispondente dazione da parte del privato non deve esservi stata in precedenza alcuna promessa di compenso, con relativa anche tacita accettazione, altrimenti la successiva dazione/ricezione ne rappresenterebbe l'adempimento e si sarebbe realizzata una corruzione antecedente», in questo senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 191.

carenti in assoluto di un nesso causale con l'esercizio delle funzione o dei poteri da parte del soggetto pubblico corrotto¹¹⁹, aggiungendo, per così fornire di contenuto la posizione, che quello punito è in realtà sia “la presa in considerazione del pubblico funzionario degli interessi privati del singolo corruttore”¹²⁰.

Comunque, gli autori che considerano che il precetto punisce tanto la corruzione antecedente come quella susseguente all'esercizio della funzione o dei poteri, riconoscono che il precetto “non è immune da seri difetti”¹²¹ nel sanzionare entrambe le figure allo stesso modo, nonostante “la sensibile minore gravità della seconda rispetto alla prima”¹²², confermando che l'unica gravità maggiore si trova nei casi sussumibili dell'art. 319 c.p., che sanziona la corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio, a cui si possano ricondurre sia gli specifici atti contrari ai doveri che l'omissione o il ritardo di un atto d'ufficio¹²³.

Tuttavia, tirando le file del discorso a proposito della vera portata del reato alla luce della rinnovata struttura, ormai riposante sull'esercizio della funzione o dei poteri, si potrebbe suggerire che ciò che in realtà accade è un superamento della distinzione tra corruzione antecedente e corruzione susseguente, che spiegherebbe, allo stesso tempo, l'abrogazione del comma due del precetto, senza però fare una lettura di stampo abolizionista. Questa conclusione deriva da un'interpretazione della fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione come una figura destinata a punire la corruzione sistematica, cioè “la fenomenologia criminosa che prescinde appunto dalla compravendita di un atto d'ufficio”¹²⁴, per sanzionare invece ciò che la dottrina ha chiamato “la messa a libro paga del pubblico ufficiale al privato corruttore”¹²⁵ e che consisterebbe in un rapporto che si costruisce tra il privato e il corruttore, attraverso “una relazione stabile nel

¹¹⁹ Cass., 27 gennaio 2015, n. 3740, in *DeJure*.

¹²⁰ M. MINERVINI, *Il controverso rapporto*, cit. p. 97.

¹²¹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 188.

¹²² *Ibid.*

¹²³ In questo senso, E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 5.

¹²⁴ M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”*, in *Archivio Penale*, n. 1/2013, anno LXV, p. 18; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., pp. 104 s., il quale in riferimento pure alla corruzione sistemica, indica come un reato di corruzione vincolato ad un atto non risulta funzionale a sanzionare le manifestazioni di corruzione sistemica, come ad esempio, il caso del pubblico agente assunto a libro paga dal corruttore.

¹²⁵ In questo senso, ad esempio, T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., pp. 783-794; Id., *La messa a “libro paga”*, cit., *passim*; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., p. 115; M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 18.

tempo di interdipendenza d'interesse fra privati e funzionari pubblici"¹²⁶, mediante la quale il pubblico agente "sottomette la sua attività agli interessi del privato"¹²⁷.

Dunque, a nostro avviso, il nuovo tipo di rapporto che viene sanzionato e che suppone la permanenza della relazione tra privato corruttore e pubblico ufficiale, implicherebbe un superamento della distinzione tra corruzione antecedente e corruzione susseguente, spiegando anche l'eliminazione del comma due, senza perciò dargli un senso abolizionista. Questo, dal momento in cui la menzionata stabilità del rapporto richiederebbe, a nostro avviso, per essere veramente stabile, più di un'interazione tra le parti che rendano reale la 'messa a libro paga' o 'messa a disposizione' da parte del pubblico agente, essendo praticamente impossibile immaginare un rapporto stabile basato soltanto in un'interazione unica, così come succedeva in precedenza con la corruzione per l'atto conforme ai doveri. Oppure, nel caso esista un'interazione unica per 'vendere' la funzione in modo stabile, questa dovrà avvenire necessariamente in precedenza, essendo praticamente impossibile immaginare un caso di messa a disposizione totale del pubblico ufficiale, senza neanche un minimo accenno manifestato in precedenza.

A quanto appena detto, si potrebbe obiettare che, nonostante esistano diverse interazioni nel tempo, basterebbe un unico *pactum sceleris* destinato a rendere l'attuazione, sia passata che futura, del pubblico ufficiale a disposizione del privato corruttore, questione che però crediamo non sia compatibile con l'idea stessa di un rapporto stabile, che sembra essere ciò che il legislatore vuole ora perseguire, giacché quest'idea di stabilità implica la ratificazione temporale dei termini accordati attraverso l'esecuzione dell'azione di pagamento da parte del privato, e l'esercizio della funzione da parte del pubblico ufficiale, attraverso i diversi momenti in una cronologia di fatti che fanno perdere il senso della distinzione tra precedente e susseguente, salvo che esista un unico momento rilevante che abbia per scopo l'esecuzione della funzione, persino in un momento determinato e che assomiglierebbe più all'idea della corruzione attraverso un unico atto.

Per essere ancora più chiari, la nostra lettura suppone che si possa comparare la corruzione per l'atto conforme ai doveri con un contratto semplice di compravendita, in cui ci sono un prezzo e una cosa venduta a quel prezzo, che sarebbe manifestata come un servizio eseguibile in un momento determinato: 'l'atto'. Tuttavia, una compravendita della funzione mediante un rapporto

¹²⁶ M. GAMBARELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 18.

¹²⁷ *Ibid.*

caratterizzato come stabile, si avvicinerebbe di più -nel mondo dei contratti- a un contratto di affitto oppure a un contratto di lavoro, in cui nonostante esista una stipulazione unica manifestata in un unico momento, questa sia destinata ad avere effetti ogni mese sotto le stesse condizioni, oppure ogni periodo temporale incluso nel patto, ciò che suppone la sua vigenza, salvo parola contraria o inosservanza degli obblighi, struttura a ragione della quale crediamo dovrebbe funzionare il *pactum sceleris*, nel caso si concepisca la corruzione per l'esercizio della funzione come rapporto permanente, cancellando di fatto l'importanza della distinzione tra corruzione antecedente e susseguente, data la intercalazione attraverso il tempo di esecuzioni della funzione, sia in precedenza che in conseguenza.

Tuttavia, questo non significa eliminare del tutto la possibilità di sanzionare, ancora alla luce dell'art. 318 c.p., la corruzione per 'un atto' conforme ai doveri, giacché la nuova espressione utilizzata dalla fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione o dei poteri "ha sostituito, nella struttura linguistica della disposizione, lo specifico compimento dell'atto non illegittimo"¹²⁸, arrecando come conseguenza che, ancora dopo la riforma, continui ad essere compresa la punizione della vendita di un atto specifico conforme ai doveri, sotto lo spettro della nuova fattispecie, perché senza dubbio, il divieto di corrompersi allo scopo dell'esercizio della funzione implica anche il divieto della vendita di un atto specifico dentro della stessa¹²⁹.

Quanto appena detto, implica la necessità di chiarire che la conclusione precedentemente esposta, in rapporto al superamento della distinzione tra corruzione antecedente e susseguente, non applicherebbe a questo caso, dovendo ripristinare l'importanza della differenziazione con tutti i problemi che porta con sé, dato che, nel caso di assunzione della norma, questa non ha come effetto "alcun fenomeno abolitivo, neanche parziale"¹³⁰, quindi tutti i problemi di offensività della corruzione impropria susseguente, resusciterebbero ora in relazione alla nuova figura di corruzione per l'esercizio della funzione nel caso della sanzione delle condotte sussumibili, anche sotto la

¹²⁸ M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 26.

¹²⁹ Questo significa che la nuova fattispecie è in grado di offrire copertura normativa sia alle ipotesi di corruzione impropria - sino ad oggi ricadenti nella previgente disposizione - sia ai casi di corruzione per l'esercizio della funzione in cui è individuabile un accordo avente ad oggetto la compravendita dell'esercizio della funzione del pubblico agente senza riferimento ad uno specifico atto, si veda sul punto, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 8; in senso simile, indicando come il richiamo alla funzione, nozione più ampia che la nozione di atto, sia comprensiva anche di quest'ultimo, si veda S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza 'globale' e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione. Sulle vicende modificative dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2013, p. 92.

¹³⁰ M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 26.

vecchia figura, questione con cui non siamo d'accordo e su cui approfondiremo nel trattare il problema di offensività del reato di corruzione per l'esercizio della funzione¹³¹, giacché in questo caso specifico crediamo si debba accettare la tesi abolizionista, senza la quale, inoltre, si verificherebbe un serio problema di proporzionalità sanzionatoria, che però il giudice potrà risolvere muovendosi entro l'ampio marco fissato dal legislatore.

6-2.- Il problema della messa a libro paga per atti contrari ai doveri d'ufficio: atipicità o prevalenza dell'art. 319 c.p.?

Come già detto, la modifica del reato contenuto nell'art. 318 c.p., ha come nuovo scopo “la repressione sistemica di qualsiasi forma di mercimonio della funzione da parte del p.u/i.p.s. che, pur non sostanziandosi nel compimento o nella promessa di uno specifico ‘atto’, si realizzi attraverso lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi”¹³², mediante l'utilizzazione di una “formula di amplissimo spettro”¹³³ che è venuta a risolvere il problema, più volte discusso, sulla ‘messa a libro paga’ del pubblico ufficiale, precedentemente riconducibile alla figura di corruzione impropria di cui l'art. 319 c.p., ma più correttamente sussumibile nella nuova figura di corruzione prevista dall'art. 318 c.p. nella sua versione *post* riforme del 2012¹³⁴, che cancellando qualsiasi riferimento all'atto del pubblico agente, è diventata più adatta a punire le condotte di corruzione sistemica.

Ulteriori dubbi applicativi della norma sorgono del caso in cui, nonostante non sia possibile individuare con precisione gli atti contrari all'ufficio, esista una ‘messa a disposizione del funzionario’ attraverso, precisamente, di atti contrari ai doveri d'ufficio. Il quesito si pone in

¹³¹ Vedere *infra*, titolo 6.3.

¹³² M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 95, l'Autore fa riferimento alle sentenze della Corte de Cassazione Sez. VI, 25.9.2014, n. 47271, e 49266, reperibili sul sito www.dejure.giuffre.it.

¹³³ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 95.

¹³⁴ T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 786; ID., *La messa a “libro paga”*, cit., p. X. Inoltre, la dottrina fa presente come la propria giurisprudenza abbia risolto in questo modo, indicando espressamente che «lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all'art. 318 c.p. e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.» (Cass. Sez. VI, 25.9.2014, n. 47271; ID., 25.9.2014, n. 49226), in questo senso, M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 95; in senso conforme, cioè, considerando che la ‘messa a libro paga’ sia ora riconducibile all'art. 318 c.p., F. PALAZZO, *Le norme penale contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, p. 70, evidenziando che l'utilità si potrà rivelare molto marginale, visto che la giurisprudenza era già giunta sostanzialmente allo stesso risultato mediante un'interpretazione dell'art. 319 c.p.

relazione alla descrizione tipica dell'art. 318 c.p., poiché, nel riferirsi all'esercizio della funzione o dei poteri, potrebbe leggersi come collegata unicamente col modo 'legittimo' dell'esercizio, escludendo l'ipotesi in cui la vendita sia avvenuta per atti contrari ai doveri, in generale, senza ancora individuare un 'atto' specifico.

Una prima posizione dottrina considera che la nozione di esercizio della funzione o dei poteri, per quanto sia generica, permette di includere al suo interno sia l'attività conforme ai doveri d'ufficio e alle finalità istituzionali, che quella svolta in violazione di tale doveri¹³⁵, ragione per cui, nel caso in cui "non sia ravvisabile un atto contrario ai doveri d'ufficio, ma sia certa la dazione di denaro o la promessa per l'esercizio della funzione"¹³⁶, il fatto risulterà riconducibile all'art. 318 c.p., riservando la fattispecie più grave contenuta nell'art. 319 c.p., per i casi in cui sia possibile accertare l'atto determinato dall'accordo corruttivo¹³⁷, ciò che confermerebbe che il rapporto che corre tra entrambe le fattispecie, sia di specialità unilaterale per specificazione della seconda norma rispetto alla prima¹³⁸.

Una seconda posizione della dottrina, coincidente inoltre con una linea giurisprudenziale, ritiene che per il caso di atti contrari ai doveri d'ufficio "non predefiniti né specificamente individuabili 'ex post' si integri il reato di cui all'art. 319 c.p."¹³⁹, considerando che l'articolo 318 c.p. viene riservato unicamente ai casi in cui esistono azioni conformi all'ordinamento giuridico¹⁴⁰, e, per tanto, nel caso in cui esista uno stabile asservimento del pubblico ufficiale a interessi personali di terzi, seppure attraverso atti contrari ai doveri d'ufficio non individuati specificamente, si dovrà risolvere nell'alveo dell'art. 319 c.p. o cercare un'altra soluzione, ma non potrà ricondursi a un'infrazione dell'art. 318 c.p., ciò che tuttavia viene fortemente criticato da

¹³⁵ T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 784.

¹³⁶ *Ivi*, p. 786.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 96. Si può consultare a livello giurisprudenziale, Cass. Sez. VI 15.10.2013, n. 9883; ID., 24.1.2013, n. 9079; in senso simile, F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio*, cit., p. 410, il quale considera che nel «tipo criminoso» descritto dall'art. 319 c.p. rientrano, non solo gli accordi corruttivi che hanno ad oggetto uno specifico ed individuato atto contrario ai doveri d'ufficio, ma anche patti che riguardano il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio determinati - per così dire - solamente nel *genus* e non nel contenuto specifico.

¹⁴⁰ In questo senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 189, indicando sia importante distinguere tra 'legittimità' e 'conformità', giacché nel caso del reato dell'art. 318 c.p., l'atto è conforme ai doveri dell'ufficio, e la conformità non coincide con la legittimità; anche a favore della posizione secondo cui si tratti soltanto di atti conformi ai doveri, M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 96, e anche la giurisprudenza Cass. Sez. VI, 15.10.2013, n. 9883; ID., 24.01.2013, n. 9079.

un'altra dottrina che considera che, in questo modo, verrebbe realizzata una “forzatura dell’art. 319”¹⁴¹, che “renderebbe di fatto del tutto marginale l’applicazione dell’art. 318 che finirebbe per tipizzare situazioni davvero poco realistiche”¹⁴².

Addizionalmente, si concretizzerebbe così un grave problema di mancanza di proporzionalità sanzionatoria derivata dal fatto che un solo atto contrario ai doveri verrebbe punito alla luce dell’art. 319 c.p. con una pena da sei a dieci anni, mentre la più grave condotta consistente in una serie di atti venduti tra cui sia contenuto al meno “qualcun” atto contrario ai doveri, sebbene non determinato o determinabile, verrebbe sanzionato ai sensi dell’art. 318 c.p. con la pena più bassa di reclusione, dai tre agli otto anni, nonostante la sua maggiore gravità¹⁴³, questione che non risulterebbe accettabile, salvo se si considerasse come giustificazione della pena meno grave, il minor onere probatorio per l’accusa, assumendo che “i limiti editali per una fattispecie incriminatrice derivino dalla difficoltà di provarla e non dalla sua lesività”¹⁴⁴, ciò che risulterebbe ancora più scandaloso che condannare all’art 318 c.p. a un utilizzo marginale¹⁴⁵.

Tuttavia, la più autorevole dottrina considera che la risoluzione dei problemi applicativi tra gli art. 318 c.p. e 319 c.p., deve essere concretizzata grazie all’utilizzo di un criterio diverso, che inoltre, contiene una corretta analisi delle implicanze della creazione del reato di corruzione per l’esercizio della funzione per i fatti di asservimento delle funzioni¹⁴⁶, che “erano comunque perseguiti in passato, perché ricondotti dalla giurisprudenza allo schema della corruzione propria”¹⁴⁷, e che perciò esigono un’esaustiva distinzione per capire quali delle ipotesi di asservimento della funzione, prima sanzionate alla luce della corruzione propria, sono veramente passate a essere sussumibili nella nuova figura di corruzione per l’esercizio della funzione,

¹⁴¹ F. PALAZZO, *Le norme penale contro la corruzione*, cit., 71.

¹⁴² M. PELISSERO, *Gli accordi corruttivi*, cit., p. 158.

¹⁴³ Tuttavia, è importante avere presente che in dottrina esistono opinioni critiche sulla meno grave sanzione della corruzione per l’esercizio della funzione, considerando che non dovrebbe essere “oggettivamente meno grave” una figura in cui il pubblico ufficiale sottomette tutta l’attività agli interessi di un privato, rispetto della figura di corruzione propria di cui l’art. 319 c.p. in cui l’oggetto del *pactum sceleris* è soltanto un atto, sebbene contrario ai doveri d’ufficio, così si può consultare, M. GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica*, cit., p. 18.

¹⁴⁴ P. IELO, *Prime note sulla riforma*, cit., p. 15, che però, critica la decisione indicando che si finisce per sanzionare «in modo più leve un fatto oggettivamente più grave», ciò che si potrebbe spiegare dal minore onere probatorio per l’accusa.

¹⁴⁵ Facendo presente la ben maggiore offensività e il più elevato disvalore giuridico e sociale della condotta di violazione dei canoni di fedeltà e imparzialità, ragione per cui non si potrebbero ricondurre nell’alveo dell’art. 318 c.p., si consulti la propria Cass. Sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 9883.

¹⁴⁶ G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 8.

¹⁴⁷ S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 93.

contrariamente a quanto indicato dalla prima dottrina qui richiamata che, riparando nella genericità della nozione di esercizio della funzione, considera che il reato include sia l'attività conforme ai doveri d'ufficio che quella che si svolge in violazione di tale doveri, senza approfondire.

Dunque, secondo questa dottrina, ciò che farebbe la nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, è introdurre un 'nuovo assetto normativo'¹⁴⁸, che però non implica che tutti i fatti di 'messa a libro paga' prima rientranti nella corruzione propria, oggi debbano essere disciplinati necessariamente nell'alveo dell'art. 318 c.p., esistendo casi in cui dovremmo continuare a preferire l'applicazione dell'art. 319 c.p., in particolare, in confronto del suo carattere di norma speciale rispetto dell'art. 318 c.p., la quale contiene la norma generale e allo stesso tempo sussidiaria¹⁴⁹, che sebbene sanziona ancora i casi precedentemente punibili in quanto corruzione impropria, estende l'ambito di applicazione ad alcuni casi di corruzione sistemica, sempre che questi adempiano le condizioni della descrizione tipica su cui bisogna distinguere lo scopo di una più corretta interpretazione e applicazione.

Queste condizioni si trovano, a *contrario sensu* di quanto indicato in rapporto alla prima e seconda posizione qui esposte, non per quanto riguarda la conformità o contrarietà dell'atto o il gruppo di atti in relazione ai doveri, ma quanto la specificazione o meno del tipo di atti o comportamenti che il funzionario si è impegnato a compiere a favore del privato. In questo modo, nel caso in cui si riesca a indentificare l'atto contrario ai doveri (perché l'atto identificato di conformità verrà sanzionato dall'art 318 c.p.), oppure sia "possibile stabilire il genere di atti o comportamenti nonostante il patto corruttivo non abbia ad oggetto uno specifico atto individuale"¹⁵⁰, questi verranno sanzionati dall'art. 319 c.p.; mentre rimarranno sotto copertura dell'art. 318 c.p. i casi di asservimento in cui la messa a disposizione della funzione avvenga "in relazione al compimento di eventuali e non specificati atti (o comportamenti) che si riflettono a vantaggi del privato"¹⁵¹.

¹⁴⁸ Termine utilizzato per riferirsi all'incorporazione della nuova fattispecie dall'Autrice S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 95.

¹⁴⁹ In questo senso, *Ibid.*, la quale specifica che sul piano strutturale risulta un rapporto di specialità, e sul piano funzionale un rapporto di sussidiarietà.

¹⁵⁰ M. GAMBARDILLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 34; nello stesso senso, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 96, la quale per maggiore chiarezza utilizza la nozione di 'attività' per indicare che nel caso di identificazione, sebbene senza individuazione dell'atto, verrà applicato l'art. 319 c.p.

¹⁵¹ M. GAMBARDILLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 34.

In questo modo, questa seconda ipotesi, cioè il caso di asservimento della funzione che veramente dovrà essere sanzionata dall'art. 318 c.p., sarà quello in cui “la dazione (o promessa) è finalizzata non ad ottenere un determinato o determinabile atto d'ufficio dal pubblico agente, ma a creare le condizioni per ottenere futuri o eventuali favori”¹⁵², vale a dire, ciò che è sanzionato dall'articolo 318 c.p. -al di là del caso dell'atto individuale conforme ai doveri- è un'ipotesi di mera infedeltà¹⁵³, in cui la distinzione tra atto conforme ai doveri o contrario a essi perde senso, data la genericità del contenuto del *pactum sceleris* che non permette individuare neanche l'attività a cui sarebbe diretta l'azione, ciò che comporterà importanti conseguenze dal punto di vista del bene giuridico tutelato.

Per chiudere il cerchio, bisogna indicare che dopo la riforma del 2012, l'art. 321 c.p. “continua ad assicurare, come in passato, la punibilità del privato autore della promessa o della dazione”¹⁵⁴, completando così il sistema sanzionatorio della corruzione pubblica anche per il caso della figura di corruzione per l'esercizio della funzione, la corruzione per atti contrari ai doveri di cui l'art. 319, e la corruzione per atti giudiziari di cui l'art. 319 *ter*, indicando inoltre, che a questo soggetto che viene denominato corruttore, gli saranno applicate le stesse pene che al corrotto¹⁵⁵, e aprendo la porta alla discussione sulla configurazione o meno del reato come bilaterale a concorso necessario, data la sua descrizione in termini referenziali, *versus* la posizione che considera si tratti di un articolo che dia luogo alla figura attiva di corruzione pubblica, mentre gli articoli 318, 319 e 319 *ter* conterrebbero le figure della c.d. corruzione passiva.

¹⁵² M. GAMBARDILLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., p. 34.

¹⁵³ *Ibid.*; anche, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 96; A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., pp. 576 s., il quale si riferisce a un transito da un modello mercantile a un modello di corruzione clientelare, marcato per la tendenza a sopprimere il requisito dell'atto d'ufficio come oggetto di corruzione, e a risolvere la vicenda piuttosto in un mero scambio di utilità indebita, effettuato in ragione o in considerazione, dell'ufficio o del servizio ricoperti dal p.a. corrotto, ciò che implica l'esclusione del momento sinallagmatico tra dazione e atto di ufficio.

¹⁵⁴ E. DOLCINI, *Appunti sulla corruzione*, cit., p. 543.

¹⁵⁵ Dobbiamo fare presente che esiste una differenza con il regime precedente in cui il privato non veniva punito nel caso della corruzione impropria susseguente, giacché l'art. 318 c.p. era strutturato in due comma, essendo la corruzione impropria susseguente sancita dal secondo comma, così, il riferimento dell'art. 321 c.p. al primo comma escludeva la punizione del privato nel caso di corruzione impropria susseguente, si veda in dottrina, M. PELISSERO, *Gli accordi corruttivi*, cit., p. 154. Dunque, la considerazione precedente, portata al presente della norma, dovrà essere letta in concordanza al problema prima trattato sull'inclusione o meno della corruzione impropria susseguente nell'alveo del nuovo primo comma di corruzione per l'esercizio della funzione, di modo tale che, nel caso di assumere che la corruzione susseguente ne faccia parte, allora il privato verrà anche sanzionato, invece nel caso in cui si creda che la corruzione susseguente dovrebbe rimanere fuori, allora di conseguenza il privato rimarrà pure fuori di qualsiasi considerazione punitiva.

6.3.- Il bene giuridico tutelato dalla figura di corruzione per l'esercizio della funzione: riflessioni ancora collegate alla precedente figura di corruzione impropria

Per quanto riguarda il problema del bene giuridico tutelato dai reati di corruzione pubblica, la prima cosa che bisogna tener presente è che esistono, anche in rapporto a questo problema, due diverse posizioni dalla dottrina che provano a risolvere un quesito che emana principalmente del fatto che si tratta di figure che non individuano espressamente il bene giuridico protetto, rendendo la discussione ancora più complessa¹⁵⁶. Un primo approccio “postula una identica oggettività giuridica in tutte le forme di corruzione e fa variamente riferimento ai doveri di fedeltà, probità, correttezza, e lealtà del pubblico funzionario”¹⁵⁷, in confronto a una seconda visione che rappresenta la posizione a cui noi aderiamo, e pretende “ricostruire diversamente l’oggetto della tutela in relazione ai differenti tipi di corruzione”¹⁵⁸, considerando che non possono tutelarsi gli stessi interessi a prescindere dal tipo di corruzione di cui si parli.

Una terza posizione, che potremmo denominare eclettica, nel senso che forse senza volere riesce a conciliare entrambi gli sguardi precedentemente enunziati, propone un necessario approfondimento sul contenuto materiale dei beni tipicamente utilizzati per spiegare la necessaria offensività dei reati di corruzione pubblica, cioè sul buon andamento e l'imparzialità, indicando che “troveranno *specificazione* nel quadro della singola fattispecie incriminatrice”¹⁵⁹. In questo modo, si rivela che, nonostante ci sia effettivamente un nucleo comune di lesività, esisterebbe, addizionalmente, un “oggetto giuridico specifico, alla luce della particolare attitudine offensiva della condotta tipica”¹⁶⁰ di ogni fattispecie, dovendosi esplorare una risposta più approfondita su quale sia quell'entità che marcherebbe la differenza dal punto di vista dell'affettazione di beni giuridici, al di là dell'affettazione dell'imparzialità e il buon andamento.

Dunque, il primo compito sarà quello di dotare di contenuto ai beni menzionati, al fine di capire come riescono a spiegare l'offensività delle condotte studiate. Tuttavia, bisogna evidenziare, innanzitutto, che si tratta di entità che, da una parte, “necessitano di una analisi

¹⁵⁶ S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 4.

¹⁵⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 221.

¹⁵⁸ *Ibid.*, l'A. considera che quest'ultimo orientamento sia quello più rispondente al sistema normativo.

¹⁵⁹ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., pp. 392 s.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 393.

separata, che meglio consenta la comprensione dell'esatto significato di ciascuno di essi"¹⁶¹, rinunciando all'idea di trovare un significato che coinvolga entrambe le nozioni e, allo stesso tempo, che risulta fondamentale escludere qualsiasi individuazione che possa implicare una costruzione di essi come "mera nozione di coordinamento a fini classificatori e sistematici"¹⁶², ciò che rischierebbe di trasformare i reati di corruzione pubblica in una "mera violazione di regole di comportamento afferente a doveri funzionali e, dunque, di tutela di interessi di rilevanza puramente interna all'amministrazione medesima"¹⁶³.

Quanto detto in precedenza, pone in evidenza la necessità di identificare, come interesse protetto, qualcosa di diverso da un'entità di natura puramente interna alla stessa amministrazione, anche sotto la denominazione di buon andamento e imparzialità (attraverso la dotazione di contenuto sostanziale), o bene, attraverso l'adozione di una diversa concezione del bene giuridico protetto dalla corruzione, giacché tutelare la funzione medesima "soltanto a livello contravvenzionale, equivarrebbe a disconoscere qualsiasi rilevanza dello scopo, sottinteso dalla funzione medesima"¹⁶⁴, e perciò ignorerebbe il mandato costituzionale dell'indispensabile offensività di beni catalogabili come finali, destinando l'esistenza di un sistema di tutela unicamente alla protezione di beni che vengono qualificati come strumentali o fittizi, rischiando così la loro legittimità.

L'indagine per identificare "quale particolare bene viene lesa in seguito alla violazione del dovere di fedeltà o del dovere di ufficio"¹⁶⁵, ovvero, la ricerca di un bene giuridico finale protetto dai reati di corruzione pubblica e, nello specifico dalla corruzione per l'esercizio della funzione, deve cominciare dall'esclusione, come opzione di tutela, del bene 'prestigio della pubblica amministrazione' e 'fiducia che i cittadini ripongono in essa', perché oltre ad avere un contenuto eccessivamente generico, solo possono venire offesi "se si aspetta che il pubblico funzionario nel

¹⁶¹ S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 16.

¹⁶² R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 393.

¹⁶³ *Ibid.*; nello stesso senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 144 s., evidenziando il problema delle teorie troppo generiche in materia di bene giuridico protetto dai reati di corruzione, persino prima dell'esistenza del reato di corruzione per l'esercizio della funzione, e indicando che il dovere di ufficio o il dovere di fedeltà verso la pubblica amministrazione non possono essere considerati oggetto della tutela, giacché inoltre alla loro eccessiva genericità, si dovrebbe rilevare che 'dovere di ufficio' o 'dovere di fedeltà' in quanto sono «doveri», non sono «beni».

¹⁶⁴ S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 16, l'Autrice continua a spiegare, in altri termini, come nell'ipotesi in cui l'oggetto della tutela penalistica fosse la funzione intesa come "contenitore", cioè come mera "forma", il fatto che l'agente non raggiunga i suoi obiettivi non terrebbe importanza ad effetti penali.

¹⁶⁵ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 145.

suo agire tuteli un certo bene diverso”¹⁶⁶, attraverso il quale si può scuotere “il prestigio della pubblica amministrazione o la fiducia che in essa ripongo i cittadini”¹⁶⁷, vale a dire, potrebbero essere identificati -alla luce dello schema della seriazione di beni giuridici- come beni giuridici ultimi, ma senza riuscire a spiegare per conto proprio il contenuto offensivo dei reati corruttivi.

Evidentemente, in materia di corruzione per l’esercizio della funzione, così come succedeva in precedenza con la corruzione impropria sia antecedente che conseguente, la discussione sul bene giuridico tutelato è specialmente distorta, perché ci troviamo davanti a una figura che sanziona il pubblico ufficiale che concretizza esattamente quello che l’ordinamento giuridico dovrebbe aspettarsi da lui¹⁶⁸, ovvero l’esercizio della propria funzione o dei suoi poteri, in modo conforme alle regole previste dallo stesso ordinamento giuridico¹⁶⁹, in opposizione alla corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio.

Di conseguenza, e di fronte alla risposta tradizionale che trova nell’imparzialità e il buon andamento, l’oggetto di tutela della corruzione pubblica, bisogna avere presente che soltanto la corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, potrebbe essere capace di offendere tutti i due beni menzionati¹⁷⁰, dovendosi distinguere ulteriormente in tema di corruzione per l’esercizio della funzione, perché una condotta conforme all’ordinamento giuridico, non può risultare offensivamente equivalente alla corruzione c.d. propria, ragione per cui possiamo affermare che nonostante non riesca a colpire - al meno in principio - il buon andamento dell’amministrazione, riesce a colpire l’imparzialità¹⁷¹, sempre che questa venga definita soltanto in rapporto all’atto e

¹⁶⁶ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 145; M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 431, la quale anche si esprime sul contenuto eccessivamente generico di questi beni.

¹⁶⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 145.

¹⁶⁸ E. MUSCO, *I delitti di corruzione nel codice penale italiano*, in J.C. FERRÉ OLIVÉ (a cura di), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en europa*, vol. III, Salamanca, 2002, p. 35, l’Autore, sebbene si riferisca alla corruzione impropria antecedente, prima dal suo rimpiazzo per la corruzione per l’esercizio della funzione, fa presente si tratti di un comportamento che appare conforme agli interessi della pubblica amministrazione.

¹⁶⁹ Vale ancora la pena fare presente che esiste una dottrina contraria che considera possano inquadarsi nell’alveo dell’art. 318 c.p. gli atti di corruzione contrari ai doveri d’uffici, quando non siano determinati o determinabili, vedere *supra*, titolo 6.2.

¹⁷⁰ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 393.

¹⁷¹ In questo senso, sebbene in riferimento alla corruzione impropria e non alla corruzione per l’esercizio della funzione, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 232, i quali considerano il reato tutela l’imparzialità per la semplice ragione che l’*intraneus*, accettando la retribuzione o la promessa, non si trova più in una situazione di estraneità agli interessi privati; si veda anche, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 393; M.B. MIRRI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 133; G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 327, il quale considera che la corruzione impropria ha ben poco che vedere con il buon andamento concepito come amministrazione efficiente e appropriata.

non in rapporto ad altri soggetti¹⁷², questione che ci fa tornare all'importanza della dotazione di contenuto di questi beni concepiti *prima facie* come offesi dalla corruzione.

L'imparzialità, se definita in rapporto ad altri soggetti, implica “un atteggiamento del pubblico agente non condizionato nel senso di favorire alcuni soggetti, a danno di altri”¹⁷³, in opposizione all'idea di imparzialità verso l'atto, la quale si riferisce all'assenza dell'“interferenza del privato nell'attività del pubblico agente, senza che ciò cagioni detrimento ad altri”¹⁷⁴. Tuttavia, questa interessante differenza tra modalità di imparzialità, non sembra costituire lo sguardo generale dalla dottrina che la definisce come un concetto unitario che evoca tradizionalmente l'idea di “estraneità dell'attività della pubblica amministrazione agli interessi di parte”¹⁷⁵, la quale, di fronte a una retribuzione o alla promessa di essa, scompare, levando dall'*intransigentis* la condizione di “non subire influenze diverse da quelle nascenti dal legame agli interessi generali della collettività”¹⁷⁶.

Bisogna ancora specificare in che misura e come, un atto d'ufficio che “rientra nell'ambito della competenza e delle specifiche funzioni del pubblico ufficiale”¹⁷⁷, possa ledere l'imparzialità, se di fatto la parzialità derivata dalla ricezione o l'accettazione di una promessa di utilità non si proietta “obiettivamente nello specifico dell'atto realizzato in adempimento dell'accordo illecito”¹⁷⁸. La prima cosa che dobbiamo tener presente è che i due modi principali per spiegare come la corruzione per atti conformi ai doveri leda l'imparzialità, sono sorti in rapporto al reato precedente di corruzione impropria di cui l'art. 318 c.p. prima della riforma del 2012, ragione per cui dopo averli esposti, dobbiamo ponderare in che misura risultino applicabili alla ormai vigente fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione.

¹⁷² In questo senso, S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 17, affermando che laddove sia concepita la parzialità come “parzialità verso l'atto” solo potrà configurarsi una fattispecie di corruzione impropria, mentre dove si possa configurare una “parzialità verso altri soggetti” potrà allora parlarsi di corruzione impropria.

¹⁷³ *Ivi*, p. 16.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ M.B. MIRRI, voce *Corruzione*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, p. 3, la quale pone di rilievo come imparzialità deve essere intesa, da un lato, come dovere della pubblica amministrazione di operare nel rispetto di una sostanziale estraneità rispetto alle interferenze dei gruppi di pressione, delle forze politiche e degli stessi interessi personali dei funzionari, e dall'altro, come obbligo di agire in modo tale che l'utilità e i sacrifici derivanti dall'azione amministrativa siano equamente distribuiti nel rispetto degli interessi dei cittadini.

¹⁷⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 232.

¹⁷⁷ M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 439.

¹⁷⁸ G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 43.

Per quanto riguarda il primo approccio, nel caso della corruzione impropria, sebbene in modo sottile, “si giunge a coinvolgere l’organo pubblico nel perseguimento di fini estranei alla pubblica utilità, magari non per il compimento di quell’atto, bensì per il compimento di atti futuri”¹⁷⁹, configurandosi come reato di pericolo verso l’eventuale *commissione di futuri fatti* di corruzione non impropria, se non propria. In questo modo, la fattispecie sembrerebbe “tradursi nell’incriminazione di una condotta che in sé si riconosce come inoffensiva”¹⁸⁰, e che cerca la sua giustificazione nel riferimento a un pericolo di commissione di un’altra condotta, che a sua volta incrimina il semplice accordo corrotto e perciò già è stata configurata come reato di pericolo¹⁸¹, profilandosi come un reato destinato a “prevenire il pericolo che l’imparzialità venga messa in pericolo”¹⁸².

La pretesa di sanzionare il pericolo del pericolo, porta addizionalmente con sé l’effetto perverso di sanzionare la pericolosità dei soggetti coinvolti e non del fatto¹⁸³, dato che la mancanza di parzialità non è stata mai trasferita all’atto, portando rischiosamente alla costruzione di una figura maggiormente corrispondente a un diritto penale d’autore piuttosto che a un modello di diritto penale del fatto, del tutto inammissibile nel diritto penale.

Una seconda posizione, che considera anch’essa l’imparzialità come il bene giuridico protetto della corruzione impropria, nonostante il manifestarsi a favore della critica sul fatto che l’oggetto di tutela non possa essere fissato nel pericolo su un atto futuro, prova a costruire l’offensività sulla considerazione che “il p.u. ricevendo una retribuzione, o la promessa, che non gli aspetta, per compiere un atto d’ufficio, si viene a trovare in una posizione che non è più imparziale rispetto al privato e agli altri eventuali interessati”¹⁸⁴, mettendo in evidenza che non si deve fissare l’attenzione sul risultato dell’atto, giacché questo potrebbe non concretarsi mai, ma piuttosto nella condotta che avrebbe, di per sé, la capacità “di ledere l’interesse all’imparzialità”¹⁸⁵.

¹⁷⁹ F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 172.

¹⁸⁰ S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/1993, p. 964.

¹⁸¹ Vedere *infra*, titolo 7 sulla corruzione propria di cui l’art. 319 c.p.

¹⁸² G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 43; S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 964.

¹⁸³ G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 43, l’Autore spiega come si tratterebbe di un pericolo valutato sulla base di parametri esclusivamente soggettivi, giacché “pericolosi” risulterebbero soltanto i due soggetti agenti: l’*intraneus* e l’*extraneus*; si può consultare anche, S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 964, il quale anche fa notare come la figura attribuirebbe preminente rilievo all’atteggiamento psicologico del funzionario.

¹⁸⁴ M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 439; in senso conforme, V. MANES, *L’atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, vol. 43, fasc. 3, p. 951.

¹⁸⁵ M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 439.

Il problema di questa seconda posizione, presente anche nella prima, sebbene per una ragione diversa, è che nonostante i tentativi di centrare il nucleo di offensività nella condotta, finisce per dare rilievo nuovamente a una circostanza soggettiva, cioè *l'interesse* del soggetto intraneus all'imparzialità, configurata nuovamente come approccio soggettivo, al di là del quale, l'esecuzione dell'atto risulta essere ancora conforme all'ordinamento giuridico¹⁸⁶. In questo modo, resta in evidenza che la posizione, che vede nell'imparzialità il contenuto offensivo della corruzione impropria antecedente, fallisce laddove l'unico modo per giustificare l'esistenza di un'affettazione reale all'imparzialità, sarebbe attraverso una concezione della stessa, in quanto disposizione dell'animo del soggetto *intraneus*, ciò che risulta essere penalmente inammissibile.

Dopo essere arrivati alle conclusioni precedenti, piuttosto tragiche dal punto di vista dell'offensività della corruzione impropria, sembra che l'unico fondamento a rimanere in piedi sia "il divieto di accettare retribuzione privata per il compimento degli atti di ufficio"¹⁸⁷, ciò che inoltre, in opinione dei suoi difensori, fonderebbe non solo quest'ipotesi di corruzione, ma anche la corruzione impropria susseguente, in cui l'atto è stato già compiuto, così come la corruzione propria¹⁸⁸, edificandosi quale risposta generale. Tuttavia, e nonostante nessuno possa negare la veracità e vigenza del divieto di retribuzione privata da parte dei pubblici ufficiali¹⁸⁹, derivato dal paradigma secondo cui l'attività pubblica deve essere gratuita, oppure "se previsto un compenso,

¹⁸⁶ G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 43.

¹⁸⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 150 s., tuttavia, l'Autore considera che il corretto funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, che sono i beni tutelati in via mediata, suppongono che il pubblico funzionario non abbia alcuna retribuzione per il compimento dei suoi atti; anche difendendo questa posizione, cioè, che l'idea che il divieto di retribuzione stia a fondamento della corruzione C.F. GROSSO, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettive di riforme*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 342, il quale considera che il significato specifico dell'oggettività dei delitti di corruzione stia nella volontà di tutelare l'interesse pubblico a che gli atti di ufficio dei pubblici ufficiali non costituiscano oggetto di compravendita privata.

¹⁸⁸ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 151; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 345 s., che afferma che il dato fondamentale comune dei reati di corruzione sia il mercimonio dei doveri inerenti alla pubblica funzione o al pubblico servizio che viene a compromettere il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, ma il legislatore configura due diverse figure poiché tale mercimonio può avere per oggetto un comportamento di per sé corrispondente ai doveri oppure una condotta contraria ai doveri medesimi. Si suggerisce consultare anche, V. MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, vol. II: Parte Speciale, Padova, 1941, p. 85, il quale, indica che l'oggetto di tutela, in relazione a tutti i reati di corruzione, è l'interesse al normale funzionamento della pubblica amministrazione in senso lato, in quanto si attiene alla probità e alla legittimità della medesima, e precisamente all'interesse di preservare l'esercizio delle pubbliche funzioni e dei pubblici servizi immune **dai pericoli e dai danni delle indebite retribuzioni private o dal venale tradimento dei pubblici uffici**.

¹⁸⁹ Sul nucleo di verità dall'affermazione, dato che effettivamente il disvalore del reato poggia sulla (offerta o) dazione e sulla (richiesta o) accettazione di un'utilità indebita e, dunque, su uno sfruttamento economico dell'attività funzionale, senza però essere d'accordo con che sia il bene giuridico protetto dalla corruzione impropria, S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 960.

questo deve essere disciplinato dal diritto pubblico e incamerato dalla pubblica amministrazione”¹⁹⁰, non possiamo, per tale ragione, assumere che si tratti di un bene giuridico finale che ci fornisce la risposta anelata sull’offensività della condotta di corruzione impropria.

Così, al di là del suo evidente “eccesso di genericità”¹⁹¹, il grande problema di considerare come bene giuridico la violazione del dovere di gratuità o di non venalità degli atti di ufficio, formulato anche come l’interesse dello Stato affinché gli atti di ufficio non siano oggetto di una compravendita privata, deriva del fatto che il concetto suggerisce inequivocabilmente “la presenza di un bene ulteriore e prioritario, celato da un interrogativo implicito ineludibile eppure lasciato senza risposta”¹⁹², questione che rivela l’importanza relativa dell’entità e, allo stesso tempo, l’incapacità di giustificare un intervento penale che abbia per scopo quello di evitare l’inosservanza di un dovere.

Ulteriore conferma dell’insufficienza offensiva del dovere di gratuità o non venalità, ci viene fornita dall’applicazione dello schema della seriazione di beni giuridici, secondo il quale, l’entità protetta non può essere identificabile con la condotta vietata nel suo aspetto virtuoso, precisamente perché “l’interesse tutelato da una norma incriminatrice non può identificarsi con l’interesse a che tale norma non venga violata”¹⁹³, essendo necessaria l’esistenza di una certa distanza tra ciò che è proibito e l’entità che quel divieto pretende tutelare, in assenza del quale, ci troviamo piuttosto di fronte a un bene fittizio, che rivelerebbe, in mancanza di altro bene al cui servizio sia messo, un *deficit* di offensività dell’incriminazione esaminata che, a questo punto, avendo presente il fallimento di tutte le idee precedenti, possiamo confermare¹⁹⁴.

Questo deficit di offensività non implica che l’accettazione della ricezione di una retribuzione privata da parte del pubblico ufficiale sia completamente lecita, ma piuttosto significa il trasferimento, in modo estensivo, delle conclusioni già raggiunte da parte di qualche dottrina in materia di corruzione impropria susseguente, per applicarle anche in materia di corruzione

¹⁹⁰ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 150.

¹⁹¹ S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 961.

¹⁹² G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 34.

¹⁹³ *Ivi*, p. 35; in senso simile, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 89, la quale indica chiaramente come nella venalità del pubblico agente, quale bene giuridico, sembrerebbe identificarsi il bene con la condotta proba del medesimo.

¹⁹⁴ A favore del deficit di offensività delle fattispecie di corruzione, a eccezione della corruzione propria antecedente, G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 52.

impropria antecedente¹⁹⁵, cioè assumere che, di fronte alla ricezione di utilità in violazione del dovere di gratuità della pubblica funzione come scambio per compiere o per avere già compiuto un atto conforme ai doveri di ufficio, e considerando la scarsa gravità del fatto, sembrerebbe più giusto esplorare lo spostamento “nell’ambito esclusivo dell’illecito amministrativo”¹⁹⁶, rispettando di conseguenza i principi del diritto penale di offensività ed *extrema ratio*, in concordanza, inoltre, con un diritto penale minimo che deve privilegiare la persecuzione dei fatti veramente gravi, tra cui, ad esempio, la corruzione propria.

6.4.- Il preteso superamento dei problemi di offensività della corruzione impropria antecedente dopo la riforma del 2012

Bisogna ora ponderare e risolvere in che misura le visioni appena esposte in materia di offensività, si possano mantenere negli stessi termini, sebbene per riferirsi alla corruzione costruita sotto il nuovo sguardo di corruzione per l’esercizio della funzione, cioè, se i cambi di configurazione del reato di cui l’art. 318 c.p., dopo la riforma del 2012, attraverso il superamento della necessaria individuazione dell’atto conforme ai doveri, possa a sua volta implicare un superamento delle critiche costruite dal punto di vista dell’offensività del fatto, oppure se dobbiamo continuare il percorso di indagine sul bene giuridico protetto dalla fattispecie, persino dopo la sua ristrutturazione.

Dovremmo riflettere specialmente sulla possibilità di una ricostruzione interpretativa del *quantum* offensivo della nuova figura di corruzione per l’esercizio della funzione, la quale prescindendo dall’individuazione dell’atto di ufficio, forse, potrebbe permettere di superare le critiche manifestate contro la formula precedente, permettendo di raggiungere una conclusione diversa dal punto di vista della necessità dell’intervento penale nella materia. Perciò, indagheremo con l’aspettativa di riuscire a superare, specialmente, le critiche formulate contro la posizione che finiva per affermare un’assenza di offensività dal punto di vista del bene giuridico dell’imparzialità perché costruita in rapporto a fatti futuri, oppure perché formulata in rapporto all’interesse dell’*intraneus*.

¹⁹⁵ In questo senso, G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 52 s.

¹⁹⁶ Tra gli autori che considerano deva spostarsi all’ambito amministrativo la corruzione impropria susseguente, si trova, ad esempio, M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 442; F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 149.

Per portare avanti quest'analisi, appare come fondamentale la necessità di tornare sulle caratteristiche strutturali del nuovo reato, giacché soltanto sapendo chiaramente cosa abbia deciso di punire il legislatore a partire della riforma 2012, potremmo comprendere se oggi sia coinvolto un bene giuridico che soddisfa lo *standard* costituzionale che precedentemente mancava. In tal modo, si potrebbe affermare che le conclusioni non mutano nel caso si creda che il cambiamento strutturale della fattispecie implichi soltanto una facilitazione dal punto di vista della prova, non essendo più necessario determinare l'atto di ufficio, senza però aggiungere addizionali elementi che fratturino la continuità tra le fattispecie, questione che crediamo non si possa accettare come conclusione generale, nonostante possano esistere casi in cui venga sanzionato soltanto un atto, così come affermato nel paragrafo in cui abbiamo analizzato l'evoluzione della fattispecie¹⁹⁷ e, che per sua diversità, richiederà una menzione speciale.

La fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, come già visto, dal momento in cui ha eliminato qualsiasi riferimento a uno specifico 'atto' come elemento costitutivo del reato, sebbene da una parte passa a sanzionare la corruzione attraverso l'esercizio della funzione o dei poteri del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ciò che viene interpretato come un nuovo reato destinato a punire la 'messa a disposizione' dei privati del *munus* pubblico, dall'altra parte, non ha smesso di sanzionare la classica condotta di corruzione impropria, che si traduce soltanto in un atto conforme ai doveri, in rapporto al quale crediamo si possano riprodurre gli argomenti di offensività prima affermati in relazione a essa, tuttavia con una sottile differenza in rapporto alla corruzione impropria susseguente, della quale crediamo, in attenzione specialmente dell'abrogazione del comma due, insieme a tutti i problemi di offensività già rappresentati dalla dottrina in passato, convenga concludere un'ipotesi di evoluzione abolizionista.

Tornando sull'analisi del bene giuridico tutelato dal nuovo reato di corruzione per l'esercizio della funzione, nei casi in cui ciò che è punito sia qualcosa di diverso dalla condotta già sussumibile nel precedente reato di corruzione impropria, possiamo affermare in modo preliminare che, di solito, dopo la riforma, viene preso in considerazione e si può parlare di un reato che, punendo la messa a disposizione del funzionario, verrebbe a proteggere il bene giuridico della

¹⁹⁷ Ci riferiamo al caso particolare di corruzione per la commissione di un atto conforme ai doveri d'ufficio, che ancora dopo la riforma, dovrà essere sussunto attraverso la fattispecie di cui l'art. 318 c.p., nonostante non sia l'unico caso in cui ciò succeda, essendo un reato destinato piuttosto a sanzionare la corruzione sistemica eseguita precisamente attraverso l'esercizio della funzione o dei poteri in un modo, di qualche maniera, più permanente.

“disponibilità’ del pubblico agente verso il privato”¹⁹⁸, e richiama comunque la tutela dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione¹⁹⁹, ciò che renderebbe plausibile l’identificazione di “una maggior concretezza del contenuto offensivo rispetto alla precedente fattispecie di corruzione impropria”²⁰⁰, in cui non era stato possibile affermare una vera affettazione del buon andamento e, solo in modo abbastanza deficiente, si riusciva a parlare di offesa all’imparzialità.

Tuttavia, come visto precedentemente²⁰¹, il reato di corruzione per l’esercizio della funzione, al di là dei casi già sanzionati come corruzione impropria, viene a punire soltanto le ipotesi di infedeltà destinate a proteggere o tutelare “la semplice fedeltà e lealtà dei pubblici agenti”²⁰², nell’esercizio della funzione o dei poteri, ciò che, alla luce dello schema della seriazione di beni giuridici, non potrà mai essere considerato un vero bene giuridico finale che giustifichi l’intervento finale, e neppure uno strumentale che sia messo al servizio di un ulteriore bene giuridico finale, giacché invece riesce a soddisfare soltanto lo *standard* di bene giuridico fittizio, ancora troppo vicino alla condotta nel suo aspetto probato e che, attribuendo speciale rilievo “alle esigenze di prevenzione generale per giustificare l’intervento punitivo, praticamente annulla il significato del bene giuridico e dell’effettiva offesa al medesimo”²⁰³.

Concludendo, possiamo osservare come, purtroppo, la nuova figura di corruzione per l’esercizio della funzione, non riesca a risolvere o superare i problemi di offensività già messi in evidenza in passato in rapporto alla figura di corruzione impropria, e obbedendo piuttosto ad “un diritto penale della mera infedeltà dei comandi della pubblica amministrazione”²⁰⁴, si allontana parecchio dalla concreta offesa al bene (finale) oggetto della specifica tutela, quale elemento fondamentale del principio di necessaria offensività di beni giuridici²⁰⁵. In tal modo, viene

¹⁹⁸ S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 89.

¹⁹⁹ A favore dell’idea secondo cui il nuovo reato di corruzione per l’esercizio della funzione offenda i beni dell’imparzialità e del buon andamento, quest’ultimo inteso non solo come ‘efficienza’ ma anche come ‘legittimità’ dell’azione amministrativa, si veda, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 395, il quale considera che l’offesa di questi due beni giuridici avvenga data l’anticipazione della tutela operata con l’abbandono dell’elemento costitutivo dell’atto di ufficio.

²⁰⁰ S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 86.

²⁰¹ Vedere *supra*, titolo 6.3.

²⁰² M. GAMBARDILLA, *Dall’atto alla funzione pubblica*, cit., p. 34.

²⁰³ A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., p. 22, l’Autore, inoltre, battezza il processo descritto come «un’involuzione in senso tecnocratico del diritto penale».

²⁰⁴ *Ivi*, p. 24.

²⁰⁵ *Ibid.*

configurato un reato incentrato “nella generica violazione dell’obbligo di fedeltà della pubblica amministrazione, che si concretizza per la semplice ricezione di denaro privato da parte del pubblico agente”²⁰⁶, e che si situa rispetto dell’offesa dei classici beni giuridici della pubblica amministrazione, quali l’imparzialità e il buon andamento, in un rapporto meramente eventuale, giacché nel sanzionare “la creazione delle condizioni per ottenere futuri o eventuali favori”²⁰⁷ e non la vera e propria concezione di favori, viene a sanzionare -esattamente come la corruzione impropria precedente- il pericolo della commissione di un altro reato di pericolo, cioè, il pericolo del pericolo²⁰⁸.

7.- La marginale modifica della corruzione propria di cui l’art. 319 c.p.

7.1- L’equivalenza reale tra corruzione per atti contrari ai doveri prevista nell’articolo 319 c.p. e la precedente corruzione propria

Avendo appena trattato il reato che rappresenta la più grande novità della riforma del 2012, possiamo andare avanti con l’analisi dell’ancora denominata corruzione propria, cioè la figura di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio prevista nell’articolo 319 c.p. che, come già anticipato, tratta l’ipotesi di corruzione per antonomasia e “senza dubbio la forma più odiosa e riprovevole di mercimonio di pubbliche funzioni”²⁰⁹, precisamente poiché in questo caso, a differenza della corruzione per l’esercizio della funzione, viene punito un atto in contrasto con l’ordinamento, in particolare quello 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 o altra utilità, o ne accetta la promessa.

A differenza di quanto successo con la corruzione per l’esercizio della funzione, nel caso della corruzione propria prevista ancora nell’articolo 319 c.p., la riforma del 2012 non ha

²⁰⁶ A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., p. 25, l’opinione, tuttavia, è stata emessa prima ancora della riforma introdotta all’art. 318 c.p., in riferimento all’interpretazione giurisprudenziale che escludeva qualsiasi riferimento all’atto d’ufficio, però che perciò risulta del tutto applicabile come giudizio sulla nuova fattispecie,

²⁰⁷ Espressione abbastanza chiara per spiegare cosa viene sanzionata, utilizzata in dottrina da M. GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica*, cit., p. 34.

²⁰⁸ Espressione utilizzata già in passato in riferimento alla corruzione impropria da S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 964.

²⁰⁹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 100; nello stesso senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 198.

introdotto, in confronto alla riforma del 1990²¹⁰, modifiche sulla configurazione tipica della figura²¹¹, essendo, ancora oggi, un delitto collegato alla commissione di un ‘atto’ da parte del pubblico ufficiale che, tuttavia, riesce a coprire anche il caso in cui sia stato determinato il genere di attività contraria ai doveri ed oggetto del *pactum sceleris*, nonostante non sia determinato o determinabile l’atto specifico²¹², rappresentando, inoltre, un’ipotesi speciale rispetto alla figura generale prevista dall’art 318, nel senso che “l’indebito mercimonio della funzione pubblica di per sé già punibile ai sensi dell’art. 318 c.p. sarà assoggettato alla più severa sanzione dell’articolo 319”²¹³, nel caso in cui si verifichi l’esistenza di un ‘atto’ determinato o determinabile²¹⁴ contrario ai doveri.

Secondo l’opinione unanime della dottrina, la contrarietà ai doveri include, tra le ipotesi sanzionate, anche l’omissione o il ritardo in un atto di ufficio, giacché rappresentano, nella dicotomia che presentano le figure di corruzione, forme di contrarietà e non di conformità ai doveri d’ufficio²¹⁵. Ora bene, risulta fondamentale osservare quali siano i criteri in base a cui si può qualificare un atto come ‘contrario ai doveri’, ciò che, infatti, rappresenta uno dei principali problemi collegati a questa fattispecie, suscitando diverse e contrastanti posizioni da parte della dottrina, che tuttavia possono essere riassunte in due principali; da una parte la posizione estensiva, che considera sia sufficiente qualsiasi atto contrastante con i doveri di fedeltà, onestà, riservatezza, e vigilanza²¹⁶, e dall’altra, la posizione restrittiva e assolutamente maggioritaria, che valuta la contrarietà ai doveri in rapporto alle leggi o le norme dell’amministrazione di appartenenza, cioè

²¹⁰ È importante avere presente che prima dell’entrata in vigore della legge n. 86/1990, si incriminava soltanto il ricevere denaro o altra utilità, senza contenere l’ipotesi dell’accettazione della promessa, ragione per cui nel caso in cui ciò accadeva, il fatto doveva sanzionarsi come corruzione propria susseguente tentata, alla luce dell’art. 56 c.p., si veda in questo senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 200.

²¹¹ L’unica modifica introdotta è ricaduta sugli aspetti sanzionatori, elevando la sanzione di reclusione che prima era fissata da due a cinque anni, alla nuova sanzione di reclusione di quattro a otto anni, attraverso l’art. 1, comma 75, lett. g), della legge di 6 novembre 2012, n. 190. Tuttavia, è stata successivamente introdotta una nuova modifica che eleva nuovamente la pena di reclusione di sei a dieci anni, attraverso l’art. 1, comma 1, lett. f), della legge 27 maggio 2015, n. 69.

²¹² Risulta a questo punto pertinente ricordare il criterio secondo cui, nel caso di essere possibile stabilire il genere di atti o comportamenti nonostante il patto corruttivo non abbia a oggetto uno specifico atto individuale, dovrà venire applicato l’art. 319 c.p. invece dell’art. 318 c.p. che rimane riservato ai fatti di mera infedeltà, in questo senso, M. GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica*, cit., p. 34; nello stesso senso, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 96.

²¹³ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 101.

²¹⁴ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 200.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Secondo quanto spiegato da M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 102, si tratta di una posizione che, nonostante risultare discutibile, è stata quella adottata da alcuna giurisprudenza, così, Cass. Sez. VI, 16.01.2008, n. 20046 e n. 34417, Cass. 26.03.2007, n. 153, in *Dejure.giuffre.it*.

regolamenti, istruzione, circolari oppure ordini ²¹⁷, aggiungendo che il criterio estensivo apparirebbe come eccessivamente ampio e carente della tassatività necessaria in materia penale²¹⁸, opinione che condividiamo.

D'altro canto, risulta rilevante stabilire quando ci troviamo davanti a un atto effettivamente parte dell'ufficio, in modo tale di rimanere nell'ambito di applicazione di questa figura nel caso di un patto che ricada su questo tipo di atto. In questo senso, ci sembra ottimo adottare, come criterio delimitativo, si tratti di un atto che "rientri nelle competenze dell'ufficio di appartenenza e che nei suoi confronti il p.u/i.p.s. possa esercitare una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto"²¹⁹, essendo nello stesso modo rilevante che la qualità in virtù della quale il pubblico ufficiale (oppure l'i.p.s.) agisce, sussista "nel momento in cui il fatto viene commesso, cioè nel momento in cui viene stipulato l'accordo illecito"²²⁰, escludendosi la rilevanza penale dei fatti in cui ci sia un soggetto attivo che stia per assumere la qualifica di pubblico ufficiale, precisamente perché la lettera dell'art. 319 c.p. "esige che la qualifica esista al momento della commissione"²²¹.

Risulta inoltre importante tener presente i problemi che si potrebbero generare nel caso dell'esercizio della funzione attraverso atti discrezionali, giacché nonostante sembrerebbe -in principio- che si dovrebbe condannare attraverso l'art. 318 c.p., in giurisprudenza si marca una tendenza preferente all'applicazione automatica del reato di corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio ²²², ciò che viene fortemente criticato in dottrina, considerando che bisognerebbe

²¹⁷ In questo senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 200; M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 102; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 229, il quale a sua volta, specifica che la valutazione dell'atto deve essere fatta in relazione ai singoli e specifici doveri dell'ufficio e non già con riferimento ai doveri generici di comportamento del pubblico ufficiale.

²¹⁸ Evidenziando il punto, M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 200. Criticando l'eccessiva ampiezza del primo criterio, G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 89.

²¹⁹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 101, il quale approfondendo sul punto indica che va esclusa la configurabilità del reato rispetto ad atti commessi 'in occasione' dell'ufficio.

²²⁰ C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., p. 176.

²²¹ *Ivi*, p. 177. In senso contrario, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 161 s., il quale considera dovrebbe rispondere pure il soggetto che sta per assumere la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, giacché la qualifica si dovrebbe giudicare con riferimento al tempo del possibile compimento dell'atto, a condizione però, che il soggetto abbia poi effettivamente assunto i poteri.

²²² Di recente si può consultare, Cass. Sez. VI, 14 giugno 2017, n. 35940. Tuttavia, sembra essere stato l'indirizzo preso dalla giurisprudenza già prima della riforma 2012, così Cassa. Sez. VI, 26 settembre 2006, n. 38698, reperibile in Riv. pen., 4/2007, e anche Cass. Sez. VI, 22 aprile 2009, n. 23776, reperibile in <http://www.dejure.giuffre.it>. L'argomento riposerebbe sull'idea che la semplice accettazione di regalie escluderebbe la corruzione 'impropria'.

verificare, in base ad un criterio oggettivo²²³, se l'atto abbia violato o meno le regole inerenti all'esercizio del potere discrezionale²²⁴, ciò che si edifica come il criterio principale per risolvere il quesito.

Ora bene, nonostante quanto detto in precedenza, un'ulteriore differenza divide alla dottrina tra coloro considerano il giudizio sia indipendente se poi “considerato il risultato, l'atto risponde agli interessi della p.a.”²²⁵, in confronto a chi afferma che sia ugualmente rilevante analizzare se “l'atto, così come deliberato e compiuto, risponda o meno all'interesse pubblico che sorregge la stessa attribuzione al p.u/i.p.s. del potere discrezionale”²²⁶, vale a dire, se nella pratica il risultato è diverso da quello che sarebbe stato al non mediare il compenso dal privato, posizione questa seconda, a nostro avviso, più adatta a un diritto penale del fatto attento ai risultati, e non soltanto all'inosservanza delle regole amministrative, e che viene, inoltre, a confermare che non si dovrebbe mai prendere una posizione in modo automatico giacché, di fronte a un'attività discrezionale, risulta ben possibile graduare la gravità della condotta e il danno al fine di ponderare quale tipo di corruzione sia più adatta alla condotta sanzionabile²²⁷.

7.2.- L'espresso riconoscimento della forma susseguente di corruzione propria e le differenze che da esso derivano, in rapporto alla figura antecedente

A differenza della corruzione per l'esercizio della funzione, ma in linea con la precedente vigente corruzione impropria, la corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio di cui l'articolo 319 c.p. riconosce espressamente la forma susseguente, inoltre, “problematicamente equiparata sul piano del trattamento sanzionatorio”²²⁸ con la forma antecedente, questione che potrebbe portare dei problemi in relazione alla proporzionalità e uguaglianza, in particolar modo nei confronti della diversa riprovevolezza delle due figure, data la evidentemente più elevata gravità dell'accordo

²²³ M.B. MIRRI, *I delitti di corruzione*, cit., pp. 135 s., la quale esplicita quanto sia importante, per valutare la conformità o meno dell'atto ai doveri, la considerazione dell'oggettività, non essendo corretto dedurre la violazione dei doveri d'ufficio di qualsiasi introspezione operata sull'atteggiamento psicologico dell'*intraneus*.

²²⁴ In questo senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 196; S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 54; M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 104; M. MINERVINI, *Il controverso rapporto*, cit. *passim*.

²²⁵ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 196.

²²⁶ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 104.

²²⁷ In questo senso, M. MINERVINI, *Il controverso rapporto*, cit. p. 104.

²²⁸ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 409. A questo punto, sarebbe importante ricordare che prima della riforma del 1990, cioè alla luce di quanto prescritto dal codice penale di 1930, la corruzione propria antecedente e susseguente venivano trattate separatamente e punite separatamente attraverso l'art. 319, 1° comma la antecedente, e attraverso l'art. 319, 3° comma la susseguente.

raggiunto in precedenza allo scopo di compiere un atto contrario ai doveri, in confronto alla meno grave situazione di compravendita di un atto già eseguito²²⁹.

Bisogna, dunque, determinare il ruolo dell'atto stesso, nel caso in cui la corruzione avvenga dopo la commissione dell'atto contrario ai doveri, questione che risulterà del tutto rilevante al fine di verificare posteriormente il bene giuridico offeso dal reato di corruzione propria susseguente. Come abbiamo precedentemente detto, il momento consumativo della corruzione avviene quando si raggiunge il *pactum sceleris*, anche nel caso in cui l'atto sia stato già compiuto, vale a dire, da una parte l'atto da solo non ha la capacità di consumare il fatto, e dall'altra, nel caso di pattare sul futuro, il suo effettivo adempimento è irrilevante per la configurazione del reato che sarà perfetto a partire dal momento dell'accordo, ragione per cui nel caso della corruzione susseguente l'atto "emerge come mero 'presupposto' della condotta corruttiva"²³⁰.

L'importanza del *pactum sceleris* è tale che, nel caso in cui avvenga la ricezione dell'utilità, oppure l'accettazione della promessa senza conoscenza della ragione dello scambio, allora, "scompare addirittura la condotta tipica prevista dalla fattispecie di parte speciale"²³¹, precisamente perché si tratta di un reato che, almeno, nella sua forma antecedente, richiede un dolo specifico²³², consistente nella necessaria rappresentazione della finalità dell'accordo, di modo tale che, sia la ricezione dell'utilità, che l'accettazione della promessa, dovranno essere state realizzate 'per' compiere un atto contrario all'ufficio o 'per' omettere o ritardare un atto di esso, adempiendo di conseguenza, non solo una funzione 'selettiva' in rapporto agli altri tipi di corruzione, ma anche una "fondamentale funzione 'limitativa' della sfera di applicazione della fattispecie incriminatrice"²³³.

Tuttavia, dato che il *pactum sceleris* si configura, nel caso della corruzione propria susseguente 'a posteriori', dato che l'atto è stato già compiuto, ommesso o ritardato, costituendo invece una finalità, soltanto come "l'oggetto di una rappresentazione necessaria ad integrare il

²²⁹ C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., p. 198, il quale precisa come la legge tratti in modo non differenziato situazioni che hanno un peso specifico diverso.

²³⁰ S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 77, che, inoltre, indica come l'atto abbia soltanto valore motivante, ma solo come 'pretesto' per l'ottenimento della promessa o dell'utilità.

²³¹ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 163.

²³² Si veda in questo senso, *Ivi*, pp. 184 s., e 201; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 201 s.; C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., p. 196 s.; R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 399.

²³³ R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 399, chi pure si pronuncia a favore della funzione selettiva del dolo specifico nei reati di corruzione.

dolo”²³⁴, in questo caso non si può affermare, come nel caso della corruzione antecedente, l’esigenza di un dolo specifico, essendo sufficiente la configurazione del dolo generico²³⁵, ciò che però, non fa venire a meno - in nessun caso - il necessario vincolo tra accordo e atto commesso od omesso, quale giustificazione indispensabile del patto. Dunque, nel caso della corruzione susseguente, non si potrebbe mai considerare perfetto il reato senza l’accordo raggiunto, sempre che, al fine di verificare l’esistenza del dolo generico, “tutti gli elementi ai quali si rivolge la volontà consapevole siano effettivamente presenti nel mondo esterno”²³⁶, questione che avrà un importante impatto dal punto di vista del bene giuridico protetto dalla corruzione propria susseguente, in confronto alla sua correlativa forma antecedente, in cui gli elementi a cui si rivolge la volontà devono presentarsi soltanto come finalità del patto, senza risultare necessaria la sua verifica effettiva.

Prima di concludere questa breve analisi sulla configurazione dei reati di corruzione, sia per l’esercizio della funzione, che per atti contrari ai doveri di cui artt. 318 e 319 c.p., che ha per scopo quello di esporre le questioni più rilevanti - dal punto di vista dell’evoluzione delle fattispecie - al fine di utilizzarli per comprendere gli aspetti positivi e le deficienze, in rapporto alla protezione di beni giuridici attraverso questi reati che appaiono come paradigmatici esempio di confrontazione tra efficienza e necessaria offensività, dobbiamo fermarci un istante intorno all’idea di retribuzione, ormai non più presente in nessuna delle figure, però fortemente rianalizzata da una dottrina per dotarla di contenuto proporzionale al denaro, o l’utilità data, o promessa a cambio della prestazione.

Il quesito si crea a partire dalla precedente formulazione del reato di corruzione impropria, di cui l’art. 318 c.p., che utilizzava espressamente il concetto di retribuzione per riferirsi alla dazione in rapporto all’atto, derivandone una discussione sulla riproducibilità o meno del problema per il caso della corruzione propria, giacché, nonostante in questo precetto la parola non fosse mai stata menzionata, non si potrebbe perciò assumere “una estraneità del rapporto di retribuzione”²³⁷ anche in capo a questa figura. È stata sviluppata, dunque, in dottrina, un’autorevole ricostruzione

²³⁴ C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., p. 197.

²³⁵ Così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 200 s.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 202 s.; C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., pp. 196 s.; R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali*, cit., p. 399.

²³⁶ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 201.

²³⁷ *Ivi*, p. 172.

del rapporto tra entrambi i soggetti come necessariamente ‘sinallagmatico’, osservando precisa e “giustamente che dare al pubblico ufficiale denaro o altra utilità per il compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio, altro non significa se non retribuirlo, ricompensarlo”²³⁸.

Allora, potrebbe risultare pertinente domandarsi se il fatto che il concetto di retribuzione sia venuto meno, nel nuovo reato di corruzione per l’esercizio della funzione di cui l’art. 318 c.p. dopo la riforma del 2012, possa incidere, in qualche modo, sulla costruzione precedentemente invocata del ‘rapporto sinallagmatico’ tra *intraneus* e privato corruttore per il caso della corruzione propria.

La risposta emerge della stessa legge 190/2012, in special modo attraverso l’art. 1 comma 44, quando definisce i requisiti del ‘Codice di comportamento’, indicando come valido per tutti i pubblici dipendenti, il divieto di chiedere o di accettare, regali o altre utilità, in relazione allo svolgimento della propria funzione, salvo per «*i regali d’uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia*», cioè, la dazione di utilità o promessa di essa fatta, sia nel caso della corruzione per l’esercizio della funzione, come nel caso della corruzione per atti contrari ai doveri, escluse le dazioni di limitata portata, c.d. *munuscula*²³⁹, ripristinando persino dopo la riforma del 2012, l’importanza del rapporto sinallagmatico tra le parti, e l’esclusione di qualsiasi donativo irrisorio o non adatto a offendere o mettere in pericolo veramente i beni giuridici in gioco, questione sulla quale ci concentreremo immediatamente.

7.3.- Il buon andamento e l’imparzialità quali beni giuridici strumentali del reato di corruzione per atti contrari ai doveri d’ufficio di cui l’art. 319 c.p.

Como abbiamo già annunciato, trattando il problema del bene giuridico tutelato nel caso della corruzione per l’esercizio della funzione, diverse sono le risposte che attraverso la storia sono emerse per spiegare il contenuto offensivo dei reati corruttivi, esistendo posizioni che situano

²³⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 227; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 198 s., il quale insiste sul punto che nella corruzione propria, così come nella corruzione per l’esercizio della funzione, nonostante aversi cancellato la referenza alla retribuzione, “i donativi d’uso, di modico valore venale, offerto per ragione di cortesia o affetto o amicizia o gratitudine, dovrebbero ugualmente escludere, la realizzazione del fatto tipico”; anche in senso conforme, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 172; C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., pp. 180 s., affermando che il concetto di scambio presuppone «quantomeno un minimo di proporzione fra le prestazioni contrapposte; se non c’è questo minimo di proporzione fra le prestazioni contrapposte non può di conseguenza esserci neppure corruzione».

²³⁹ Sul punto, e riferenziando l’importante dell’art. citato, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 97.

genericamente l'offensività di tutti i reati nel 'prestigio della pubblica amministrazione'²⁴⁰, oppure nell'"interesse dello Stato alla probità e la fedeltà del pubblico ufficiale"²⁴¹, e che, come abbiamo precedentemente concluso, devono essere subito scartate come risposte, visto che rappresentano nient'altro che una "formula vuota e generica, incapace di costruire autonomo oggetto di aggressione"²⁴². Tuttavia, sorge in dottrina una posizione secondo cui l'intervento si giustificerebbe nell'"interesse che gli atti di ufficio non siano oggetto di compravendita privata"²⁴³, che nonostante non risolva del tutto il problema, si potrebbe considerare adatto e plausibile, nella misura in cui si guardi in quanto bene strumentale, messo per raggiungere la protezione di altri beni più rilevanti²⁴⁴.

Dunque, soprattutto dopo aver analizzato il problema, che ha come scopo precisamente quello di "fissare i valori costituzionali attorno ai quali può articolarsi una tutela penale della pubblica amministrazione di fronte alle aggressioni che provengono dal suo seno o

²⁴⁰ N. LEVI, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1935, pp. 303 e 310, in cui l'Autore indica come interesse protetto per il caso della corruzione attiva propria antecedente quello inerente alla normale prosecuzione dei fini della pubblica amministrazione e al prestigio di essa, e come interesse della corruzione attiva propria susseguente il prestigio della pubblica amministrazione. Tuttavia, quando fa riferimento alla corruzione passiva, indica che l'interesse protetto sarebbe la normale prosecuzione dei doveri funzionali da parte dei pubblici ufficiali (p. 271).

²⁴¹ G. MAGGIORE, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II: Delitti e contravvenzioni, 4^a ed., Bologna, 1958, p. 130. F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1976, p. 76, che comunque distingue tra corruzione propria nella quale l'*intransigent* viola la fedeltà e imparzialità, versus il caso della impropria, in cui la violazione è del dovere di non venalità.

²⁴² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 225; anche contro la possibilità di considerare come bene giuridico il prestigio o simili, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 138, il quale considera che rischierebbe di trasformarsi l'incriminazione in una disposizione sanzionatoria dei doveri di astensione del pubblico ufficiale; anche contro, M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 431, indicando si tratti di valori di contenuto eccessivamente generico per spiegare il contenuto offensivo non solo della corruzione, se non di tutti i reati dei pubblici ufficiali contro la PA.

²⁴³ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 150; nello stesso senso, C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322*, cit., p. 223, il quale senza sconoscere l'importanza del buon andamento e l'imparzialità nel reato di corruzione propria e in quello di corruzione impropria antecedente (prima del 2012), indica che il nucleo centrale della corruzione si trova nel mercimonio dell'attività pubblica, ragione per cui le figure di cui gli artt. 318 e seguente «sono specificamente dirette a proteggere l'interesse a che gli atti dei pubblici ufficiali e degli incaricati dei pubblici servizi non costituiscano oggetto di compravendita privata»; anche M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 134, considerando che l'aspetto che distingue la corruzione di altri reati sia precisamente la necessità che l'azione del pubblico agente sia immune da collegamenti con vantaggi esterni.

²⁴⁴ Così, M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 431, interpretando ciò affermato dal proprio A. PAGLIARO, *La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, pp. 63 s., il quale segnala che l'interesse alla non vendita sarebbe un «bene mediato», ciò che metterebbe in evidenza che andrebbe bene come posizione solo se si comprendesse si tratta di un mezzo per conseguire il raggiungimento degli interessi del buon andamento e l'imparzialità; in senso simile, F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, cit., pp. 159 s., il quale rileva pure la natura di valore - fine del bene buon andamento.

dall'esterno"²⁴⁵, si è consolidata una dottrina che rinomina tradizionalmente come beni giuridici offesi, e perciò protetti dalla corruzione, soprattutto nella loro forma propria, ormai corruzione per atti contrari ai doveri, il 'buon andamento' della pubblica amministrazione, in precedenza formulato come "corretto funzionamento della pubblica amministrazione"²⁴⁶, insieme al bene giuridico dell' 'imparzialità', anche utilizzato -sebbene con portata abbastanza limitata- per spiegare il contenuto offensivo della corruzione impropria.

Sebbene la rilevanza dell' imparzialità e il buon andamento siano già stati messi in evidenza prima dell'entrata in vigore del testo costituzionale, queste entità "hanno assunto un rilievo ed un'importanza decisivi per la determinazione degli interessi tutelati dalle incriminazioni di corruzione"²⁴⁷, soltanto dopo l'entrata in vigore del testo costituzionale, che indica nel suo art. 97 che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». Tuttavia, la disposizione non chiarisce come dovrebbe definirsi ognuna di queste categorie, e perciò non risolve il problema della loro portata, essendo indispensabile, al fine della nostra ricerca, adempiere in primo luogo questo compito, per poi provare a risolvere in base al loro contenuto, se effettivamente possano o meno colmare il contenuto offensivo del reato di corruzione propria quali beni finali.

L'imparzialità, già valutata in rapporto al reato di corruzione per l'esercizio della funzione, suppone "la parità di accesso dei cittadini a risorse e/o oneri di fonte pubblica"²⁴⁸, e implica, in relazione alla corruzione propria, a differenza dell'imparzialità quando valutata in relazione al reato di corruzione impropria, la mancanza di parzialità, non solo rispetto all'atto, ma anche in rapporto ad altri soggetti²⁴⁹. Nondimeno, bisogna ancora dire che l'idea di imparzialità non può

²⁴⁵ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 129; anche, M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 430, la quale considera che la chiave costituzionale sia l'unica che porti a risultati di rilievo.

²⁴⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 232; V. MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, cit., p. 85, il quale anche si riferisce al normale funzionamento della pubblica amministrazione in senso lato, ciò che a sua volta, definisce come compressivo di tutta la soggettività e tutta la funzionalità amministrativa dello Stato e degli altri enti pubblici, e attiene «alla probità, al disinteresse, alla capacità, alla competenza, alla disciplina, alla fedeltà, alla sicurezza, alla libertà, al decoro funzionali e al rispetto dovuto alla volontà dello Stato in relazione a determinati atti o rapporti della pubblica amministrazione stessa» (p. 77).

²⁴⁷ M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 432; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 134, che considera sia naturale mettere in primo piano, in diretta consonanza con l'art. 97 Cost., i valori del buon andamento e l'imparzialità, nonostante non siano i beni che lui crede stiano al centro dei reati di corruzione.

²⁴⁸ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 79.

²⁴⁹ S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 17.

venire identificata con il concetto di uguaglianza, dato che questa è invece “una condizione generale affermata dall’ordinamento giuridico”²⁵⁰, che perciò non può definire l’imparzialità in quanto bene giuridico tutelato, ragione per cui, a maggiore chiarezza, possiamo parlare dell’imparzialità quale “dovere dell’amministrazione e perciò dei pubblici ufficiali di non alterare, avvallandosi della propria funzione, l’eguale posizione di partenza dei cittadini di fronte ad essa quanto all’esercizio del loro potere di partecipazione politica, economica e sociale”²⁵¹.

Da parte sua, la definizione di buon andamento presenta delle difficoltà, nello specifico il rischio di essere identificata come “sinonimo di «funzionamento regolare»: il che è presupposto istituzionale dell’amministrazione così come di ogni altra organizzazione pubblica e privata”²⁵², e perciò deve essere rifiutato in quanto definizione del buon andamento quale bene giuridico, per invece inclinarsi verso una concezione dello stesso “quale sinonimo di efficienza, ossia di massima aderenza all’interesse pubblico”²⁵³, che inoltre, richiede per la sua realizzazione effettiva, un necessario collegamento con il bene dell’imparzialità, insieme al quale deve svolgersi “nell’interesse pubblico specifico che sta alla base del particolare compito amministrativo di attuare”²⁵⁴, in maniera di realizzare il suo fine istituzionale, condizione massima per l’efficienza di tutta l’amministrazione²⁵⁵.

Ora bene, nonostante il buon andamento e l’imparzialità rappresentino beni giuridici che, *prima facie*, soddisfano lo *standard* di beni finali alla luce dello schema della seriazione di beni giuridici, ciò che è stato detto precedentemente, quanto affermato nei paragrafi precedenti lascia intravedere che, invece, costituiscono delle entità che racchiudono una finalità ulteriore rappresentata dalla realizzazione del fine istituzionale, questione che ci permette di apprezzare,

²⁵⁰ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 135.

²⁵¹ Definizione utilizzata da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, *passim*, e seguita dal F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 135; in senso conforme, M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 439.

²⁵² F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 134, che considera il funzionamento regolare una vanificazione del concetto di buon andamento.

²⁵³ *Ibid.*, seguendo sul punto a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, I, Padova, 1963, pp. 53 s.; a favore dell’idea di buon andamento come efficienza, anche seppur scrivendo in epoca precostituzionale, V. MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, cit., p. 76, in cui si definisce cosa significa normale funzionamento e prestigio della pubblica amministrazione in senso lato, e include, probità, capacità, competenza e disciplina (si può consultare *supra* nota n. 246); più di recente, S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 17.

²⁵⁴ M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 437, la quale mette come esempio di quei compiti, la sanità, la sicurezza e l’istruzione.

²⁵⁵ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

come, a ben vedere, la loro collocazione nel testo costituzionale non determini necessariamente la natura finale di un bene²⁵⁶, dovendo concludere contrariamente in questo caso, che si tratta precisamente di beni di natura strumentale destinati alla “tutela dei beni cui l’intera organizzazione amministrativa è funzionale, vale a dire, dei beni dei destinatari dei servizi dell’apparato amministrativo”²⁵⁷.

Anche se “il carattere finale o strumentale del bene appare, almeno di regola, senz’altro chiaro”²⁵⁸, esistono casi in cui, “soltanto a seguito di una valutazione di ordinamento potrà ravvisarsi l’eventuale carattere finale di un bene”²⁵⁹, precisamente perché nulla impedisce che la Costituzione abbia valorizzato determinati beni “perché ‘strumentali’, nel senso di volere segnalare la sua funzione consistente nel mediare”²⁶⁰, al fine della protezione di altri beni, questione che apparentemente succedere nel caso dei beni tradizionalmente richiamati per spiegare il contenuto offensivo della corruzione, giacché sembrerebbe essere stati introdotti nella Carta fondamentale per indicare la loro natura servile ai fini della pubblica amministrazione, non come fini da se stessi, questione che propenderebbe alla protezione dell’attività amministrativa non in quanto tale, ma invece in quanto mezzo per raggiungere a soddisfare i bisogni che perseguono i loro destinatari.

Sembra, inoltre, trattarsi di una tesi che trova riscontro anche da parte della Corte costituzionale che, sebbene pronunciando un parere in materia di diritto penale militare, stabilisce ciò che possiamo catalogare un “coretto rapporto tra beni con valenza per l’intero ordinamento penale”²⁶¹, nell’indicare che “la tutela della disciplina militare non è fine a se stessa, ma funzionale alle esigenze del servizio militare”²⁶², evidenziando addizionalmente “il carattere strumentale e servente degli obblighi della disciplina militare ‘ai compiti istituzionali delle Forze armate ed alle esigenze che ne derivano”²⁶³, questione che si potrebbe - senza dubbio - estrapolare al rapporto

²⁵⁶ In questo senso S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 19., che anche ripara sul fatto che anche coloro che considerano ai beni del buon andamento e l’imparzialità come beni finali, riconoscono o ammettono in qualche misura la natura strumentale dei beni medesimi.

²⁵⁷ *Ivi*, p. 19.

²⁵⁸ A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., p. 20.

²⁵⁹ S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza*, cit., p. 77.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 19.

²⁶² Corte Costituzionale 21 novembre 2000, n. 519, p. 13 s., reperibile sul sito web: <http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0519s-00.html>.

²⁶³ *Ivi*, p. 14.

che corre tra buon andamento e imparzialità come beni strumentali che per sé nulla significano, salvo se vengono interpretati come serventi ai compiti istituzionale della pubblica amministrazione²⁶⁴.

7.4.- Sfumature differenziate nell'offensività dei beni, il buon andamento e l'imparzialità tra corruzione propria antecedente e susseguente

Seguendo la costruzione del nostro argomento, dobbiamo ora valutare come e in che misura, la corruzione propria riesca veramente a offendere il buon andamento e l'imparzialità, e se ci sono differenze tra la modalità di offesa nella forma antecedente della figura *versus* quella forma susseguente, dato che, soltanto nel secondo caso, è necessario al fine della configurazione del reato, che l'atto contrario ai doveri d'ufficio sia stato eseguito, contrariamente a ciò che succede nel caso della corruzione antecedente, che viene consumata dal momento dell'accettazione della promessa, non essendo rilevante al fine dell'accertamento della figura, la posteriore -e soltanto eventuale- esecuzione dell'atto contrario ai doveri, oppure il ritardo od omissione dello stesso.

L'elemento che ci permette di affermare che la corruzione propria, in opposizione a quella per l'esercizio della funzione (e precedentemente la corruzione impropria), riesce ad offendere il buon andamento e l'imparzialità, si collega direttamente con l'atto oggetto del *pactum sceleris*, che in questo caso, deve configurarsi come contrario ai doveri d'ufficio. In questo modo, se, da una parte, il buon andamento ha “come presupposto il rispetto delle funzioni e competenze e come limite il principio di imparzialità”²⁶⁵, e dall'altra, si concepisce quale efficienza della pubblica amministrazione che non deve mai alterare l'eguale posizione di partenza dei cittadini attraverso la pubblica funzione, cioè, l'imparzialità, allora, risulta concludente ed evidente che una fattispecie che si realizza attraverso il ritardo, l'omissione o l'attuazione contraria ai doveri d'ufficio offenderà sia il bene presupposto del buon andamento quanto il bene l'imparzialità.

Tuttavia, è importante tener presente che esiste ancora una sostanziale differenza tra l'offesa per il caso della corruzione propria antecedente e la sua rispettiva forma susseguente, dato che, soltanto nel secondo caso, ci troviamo davanti a una figura “costruita in termini di vero e

²⁶⁴ Sull'estrapolazione dell'argomento a partire della sentenza n. 519 della C. Cost., S. MASSI, *Qui in corruptione versatur etiam*, cit., p. 19.

²⁶⁵ M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., p. 439.

proprio danno”²⁶⁶, considerando il fatto che il pubblico agente riceve la dazione o ne accetta la promessa solo dopo aver già compiuto, ritardato od ommesso l’atto, ragione per cui “l’illecita discriminazione appare esserci interamente e compiutamente perfezionata”²⁶⁷, restando un unico ed ulteriore chiarimento, cioè, la necessaria verifica che il rapporto causale atto-dazione sia stato parte del patrimonio volitivo dell’agente, in modo tale da restituire alla corruzione propria susseguente un congruo coefficiente di offensività che, davanti a una attuazione contraria ai doveri d’ufficio senza quel collegamento volitivo, dovrebbe scomparire²⁶⁸.

A *contrario sensu*, dato che nel caso della corruzione propria antecedente basterebbe, al fine della configurazione del reato perfetto, soltanto l’accettazione della promessa di utilità, si deve escludere la sua configurazione come reato di danno, arrivando semplicemente a configurarsi quale figura di pericolo concreto, lì “dove il p.u/i.p.s si accinge ad emanare l’atto o adottare il comportamento discriminatorio”²⁶⁹. Tuttavia, contro questa visione dell’offensività della corruzione, esiste una diversa posizione che considera che “la punibilità dei reati di corruzione non possa ricavarsi direttamente dal pericolo da essi rappresentato per l’attività funzionale della pubblica Amministrazione”²⁷⁰, e che consideriamo meriti di essere valutata.

In accordo a questa posizione alternativa, l’errore deriverebbe dal provare a ricercare un disvalore intrinseco nel successivo o precedente compimento dell’atto di ufficio, elemento che come già visto, accadrà in modo soltanto eventuale e non serve al fine di configurare il reato, ragione per cui risulterebbe, sotto questo sguardo, più conveniente ravvisare l’offensività del reato nel vero e proprio danno intrinseco che deriva dall’accettazione di indebiti compensi e che si tradurrebbe in una affettazione della “purezza della pubblica amministrazione e la fiducia collettiva nella imparzialità e nella correttezza dei pubblici funzionari”²⁷¹, entrambi scartabili. La

²⁶⁶ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 80.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ V. MANES, *L’atto di ufficio*, cit., p. 958.

²⁶⁹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 80, il quale oppone ancora il caso del pericolo concreto, al caso di pericolo presunto nell’ipotesi di corruzione impropria; in senso soltanto parzialmente simile, V. MANES, *L’atto di ufficio*, cit., p. 951, il quale considera che la differenza tra le figure che ledono l’imparzialità e il buon funzionamento e quelle che lo mettono in pericolo derive dalla differenza tra corruzione propria e impropria, così l’ipotesi di cui l’art. 319 lederebbero i beni menzionati, mentre quelle di cui l’art. 318 c.p., lo metterebbero soltanto in pericolo (si abbia presente che è un’opera scritta prima della riforma 2012).

²⁷⁰ In questo senso, S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., pp. 968 s., il quale considera che i reati di corruzione sono portatori di un disvalore intrinseco ed autonomi, che non può essere ricercato nel successivo o precedente compimento dell’atto di ufficio.

²⁷¹ *Ivi*, p. 977.

prima per essere di taglio assolutamente moralizzante del diritto penale, e la seconda, perché nonostante lo sforzo, continua a richiamare il buon andamento e l'imparzialità dei pubblici funzionari, sebbene attraverso il sentimento di fiducia dei cittadini, ciò che crediamo lontano dal risolvere un problema, ne creerebbe uno addizionale che perciò ci riporta alla risposta precedentemente formulata del pericolo necessariamente concreto ai beni qui titolati come tradizionali della pubblica amministrazione quali beni giuridici strumentali ai fini della stessa in rapporto con i cittadini.

Dunque, tirando le fila del discorso sul problema di offensività nel caso della corruzione propria, possiamo vedere come, in modo sostanzialmente diverso alla corruzione prima impropria e poi corruzione per l'esercizio della funzione, in questo caso si riesca a soddisfare lo *standard* fissato attraverso lo schema della seriazione di beni giuridici, lì dove il reato, sia nella sua versione antecedente che in quella susseguente, è stato strutturato al servizio della protezione dei beni giuridici finale che costituiscono il fine stesso della pubblica amministrazione, attraverso però dei beni del buon andamento e l'imparzialità che, nonostante trovino riconoscimento nel testo magno, costituiscono soltanto beni strumentali, non tutelabili in sé o per sé, si non in rapporto ai beni dei destinatari dei servizi dell'apparato amministrativo, questione che sottilmente lasciavano intravedere nelle loro teorie i classici autori che utilizzavano queste entità per giustificare l'intervento penale in materia di corruzione.

8.- Le ulteriori riforme del 2015 e del 2019 e la sua nulla influenza sulla configurazione delle fattispecie di cui l'art. 318 e 319 c.p.

Seguendo la linea già tracciata per dare conto del permanente interesse di farsi carico del fenomeno corruttivo, con lo scopo di rendere la sua persecuzione ogni volta più efficace, soltanto tre anni dopo la riforma del 2012, il legislatore italiano decise di tornare nuovamente sulla regolazione delle figure, questa volta attraverso la legge n. 69 dell'anno 2015²⁷², effettuata per rafforzare "ulteriormente il sistema repressivo delle patologie *lato sensu* corruttive, avvertite come sempre più dilaganti e corrosive del tessuto economico e politico-democratico"²⁷³, attraverso la

²⁷² La Referenza è alla legge di 27 di maggio del 2015, n. 69 che contiene "disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 124 del 30 maggio de 2015.

²⁷³ V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 15 dicembre 2015, p. 2. Si può consultare anche il lavoro di F. CINGARI, *Una prima*

tecnica tradizionale degli aumenti di pena, in “chiave di ‘lotta dura’ ai fenomeni corruttivi”²⁷⁴ tanto dei reati qui trattati, vale a dire, la corruzione per l’esercizio della funzione, e la corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio, come di altre figure²⁷⁵, ciò che ripercuote indirettamente sui termini di prescrizione²⁷⁶, strada intrapresa anche dalla riforma dell’anno 2019²⁷⁷ che, nell’inseguire lo scopo di essere ancora più efficiente nella persecuzione della corruzione, nuovamente aumenta la sanzione della corruzione per l’esercizio della funzione²⁷⁸.

Seguendo ancora la linea di quello che la dottrina ha battezzato come il “riformatore perpetuo”²⁷⁹, sembra che la legge ‘spazzacorrotti’ venga a chiudere finalmente “un cerchio legislativo iniziato poco più di un lustro fa”²⁸⁰ e materializzato attraverso le diverse riforme menzionate in questo lavoro, specialmente quella del 2012. Così, ci troviamo ora davanti a una legge che “nasce con l’obiettivo di potenziare l’attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione”²⁸¹, cioè, con lo scopo di lottare a oltranza contro la corruzione e i loro artifici, però, questa volta utilizzando “schemi già sperimentati in altri ambiti di criminalità particolarmente grave”²⁸², come ad esempio, l’agente sotto copertura, che nonostante possa avere caratteristiche che contribuiscano all’effettivo combattimento di “un’epidemia che i

lettura delle nuove norme penali a contrasto del fenomeno corruttivo, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2015, pp. 7-12.

²⁷⁴ V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto*, cit., p. 5.

²⁷⁵ Come conseguenze della modifica commentata, dopo la riforma del 2015, la pena del delitto dell’art. 318 passa a essere da uno a sei anni, quella dell’art. 319 da sei a dieci anni, modificandosi pure le sanzioni dei reati di peculato, concussione e induzione indebita.

²⁷⁶ Per uno studio più approfondito sui cambi fatti per la riforma del 2015, si può consultare, V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto*, cit., *passim*.

²⁷⁷ La referenza è fatta alla legge n. 3 del 9 gennaio del 2019, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 16 gennaio dello stesso anno, e che contiene diverse 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.

²⁷⁸ L’articolo 1 lettera n) della legge sostituisce la sanzione previamente prevista di uno a sei anni, per una sanzione di tre a otto anni di reclusione. Anche fa modifiche sugli articoli 322 e 322 *bis*, però che per non essere stati trattati in questo studio non verranno commentate.

²⁷⁹ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio Penale*, n. 3/2018, p. 1.

²⁸⁰ V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/219, p. 234.

²⁸¹ M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, n. 1/2019, p. 45.

²⁸² Spiegando in dottrina perché viene adottato il nome di ‘spazzacorrotti’, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., p. 234.

farmaci sperimentati non sono riusciti a sconfiggere”²⁸³, riprende -una volta in più- un indirizzo di “erosione dei limite costituzionali di operatività dello strumento penale”²⁸⁴.

La riforma del 2019 non tocca la configurabilità dei reati di cui ci siamo occupati, cioè la corruzione per l’esercizio della funzione, e la corruzione per atti contrari ai doveri, salvo per l’ulteriore incremento della sanzione della prima figura, e per una considerabile modifica delle pene accessorie che affettano entrambi questi reati²⁸⁵. Ebbene, nonostante attraverso la riforma si introducano una serie di contundenti modifiche in materia di diritto penale sostanziale, attraverso per esempio, la riformulazione della figura del traffico di influenze illecite²⁸⁶, oppure la reintroduzione nel delitto di concussione dell’incaricato di un pubblico servizio²⁸⁷, le vere e proprie modifiche destinate a potenziare la lotta alla corruzione, derivano dei nuovi strumenti investigativi e di accertamento dei reati, attraverso la previsione delle operazioni sotto copertura e la speciale causa di non punibilità per la collaborazione²⁸⁸.

Tuttavia, rimane, senza dubbio, un ‘grande assente’ dopo la riforma del 2019²⁸⁹, ovvero la necessità mancata di ripensare a un sistema di reati che è stato strutturato in modo profondamente ingiusto²⁹⁰, diventando così la riforma un’occasione perduta di ripensare “ai reati in materia di fenomeno corruttivo, costruendo in proposito un sistema quanto più razionale, efficiente e giusto”²⁹¹, in confronto a quello ormai ancora vigente, che essendo stato frutto di diverse riforme, sempre nella logica del diritto penale emergenziale, sembra avere dimenticato la ragionevolezza che dovrebbe imperare nella materia, portando come effetto che non sia nemmeno chiaro “quale siano le fattispecie penali, i loro elementi costitutivi e la esatta linea di demarcazione tra le stesse fattispecie”²⁹², e creando, come conseguenze, considerabili mancanze di proporzionalità persecutoria, e inosservanza di principi fondanti del diritto penale, come quello dell’offensività e

²⁸³ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 1.

²⁸⁴ V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, cit., p. 235.

²⁸⁵ La ragione proviene dalla modifica introdotta nell’art. 317 *bis* in materia di pene accessorie, applicabili a varie figure, tra cui la corruzione per l’esercizio della funzione e la corruzione per atti contrari ai doveri.

²⁸⁶ Un autorevole commento dottrinario sulla modifica si può trovare in M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova*, cit. pp. 61 s.

²⁸⁷ Vedere in questo senso, F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme*, cit., pp. 807 s.

²⁸⁸ Sul punto, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova*, cit. pp. 54 s.; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., *passim*.

²⁸⁹ Denominazione utilizzata dell’autore M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova*, cit. *passim*.

²⁹⁰ *Ivi*, p. 62.

²⁹¹ M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova*, cit., p. 62.

²⁹² *Ibid.*

quello della *extrema ratio*, questione che dovrà venire risolta attraverso un'auspicabile applicazione giurisprudenziale, che troverà ispirazione in una dottrina fruttifera e dedicata, e sicuramente in qualche sistema di diritto comparato che, a tal proposito, abbia sviluppato una risposta che sembri più ragionevole, assunto sul cui torneremo nell'ultimo capitolo.

9.- Rilievi conclusivi sui problemi di offensività dei principali reati di corruzione pubblica nell'ordinamento giuridico italiano

La prima cosa che abbiamo potuto stabilire in questo capitolo, in relazione al concetto stesso di corruzione, e che precisamente trattandosi di un fenomeno complesso e di antica data che ha accompagnato la società dei tempi dei tempi, esistono diversi modi per riferirsi a essa, non essendo tutti coincidenti, e risultando fondamentale riflettere sul quesito per stabilire gli elementi che permettano di distinguere, almeno, la corruzione, nel suo aspetto giuridico-penale, dalla corruzione nei suoi aspetti sociologici, criminologici oppure storici. Così, abbiamo potuto fissare, come punto di inizio, che una corretta definizione della corruzione, in sede di diritto penale, implica tre elementi: l'esistenza di un sistema normativo di riferimento, la violazione di un dovere o di un obbligo connaturato alla posizione occupata dal soggetto corrotto, e l'aspettativa di ottenere un beneficio *extra*, come contrapartita di tale violazione, tutti elementi che permettono di determinare con chiarezza quali sarebbero i requisiti di un reato che pretende sanzionare la corruzione *stricto sensu* sia pubblica che privata.

Il sistema normativo di riferimento che abbiamo utilizzato per sviluppare la nostra analisi è quello italiano, specialmente i reati di corruzione classicamente conosciuti come corruzione propria e impropria, evoluti nel sistema italiano a corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, e che rappresentano, in materia di corruzione pubblica, gli esempi paradigmatici di come i discorsi *pro*-efficacia persecutoria abbiano portato, come conseguenza, enormi modifiche dal punto di vista dell'offensività di beni giuridici, ciò che riesce ad colpire persino alcune garanzie fondamentali in materia penale.

Abbiamo potuto vedere, inoltre, come i trattati sulla materia, hanno contribuito nel disegno dell'indirizzo preso dalla legislazione italiana, giacché a livello internazionale il problema della corruzione costituisce una preoccupazione nella stessa misura in cui la lotta contro la corruzione costituisce una necessità, portando diverse organizzazioni a dedicare al problema un'ampia

produzione di documenti programmatici e atti normativi vincolanti, sempre allo scopo di migliorare l'effettività persecutoria.

In questo senso, abbiamo visto che mediante i diversi strumenti dettati tanto a livello europeo come di portata mondiale, siano state emesse importanti raccomandazioni di tipo preventivo, ma specialmente di tipo repressivo, destinate a rafforzare le incriminazioni già esistenti, e a rendere evidente la necessità di armonizzazione con le linee internazionali, ciò che spiega -in qualche modo- la progressiva adozione, a livello italiano, di misure per anticipare la soglia di tutela, attraverso la dilatazione della portata della fattispecie di corruzione, allo scopo di soddisfare l'esigenza di prendere misure efficaci contro le nuove e più perniciose forme di manifestazione di corruzione sistemica. Fenomeno che, tuttavia, ha avuto come effetto una perdita di osservanza assoluta di importanti principi dal punto di vista penale, tale come la proporzionalità della sanzione e l'offensività delle fattispecie.

La prima figura, sulla quale ricadono le modifiche a cui stiamo facendo riferimento, è la corruzione per l'esercizio della funzione, precedentemente concepita come corruzione impropria, cioè, come corruzione per atti conformi ai doveri di ufficio, e mantenuta così persino dopo la riforma del 1990, che non ha inserito cambi sostanziali sull'impianto tipico della versione originaria del codice, a contrasto della riforma del 2012, evidentemente più incisiva dal punto di vista dei suoi effetti sul catalogo dei reati di corruzione nel contesto della pubblica amministrazione, specialmente alla luce dell'incorporazione della figura in commento, che non solo frattura la regolazione rispetto a ciò che originariamente era vigente nel codice del 1930, ma anche disarticola completamente la 'geometria' della distinzione tra corruzione propria e corruzione impropria.

Dunque, in rapporto all'articolazione del reato, abbiamo potuto osservare come la struttura sia venuta meno per la sostituzione della nozione di 'atto' con 'esercizio della funzione', creando una figura generale rispetto al resto dei reati di corruzione, introdotta con l'idea di punire qualsiasi forma di 'mercimonio' della funzione da parte del p.u./i.p.s., ovvero, una vera e propria messa a disposizione del funzionario, questione che dà luogo a una serie di problemi interpretativi che cominciano dalla necessaria presa di decisioni sulla manutenzione o meno della figura di corruzione susseguente, prima espressamente regolata dal secondo comma e ormai non più espressamente menzionata nell'articolo.

In opposizione ai teorici che credono che la particella 'per' possa essere interpretata come finalità e come causa, e pure, a coloro che considerano che si debba applicare un'interpretazione ridotta soltanto ai casi di corruzione antecedente, riteniamo piuttosto che, ciò che succede quando ci troviamo davanti a un caso di corruzione sistematica, è che la norma contiene un superamento della distinzione tra corruzione antecedente e corruzione susseguente, ciò che spiegherebbe, allo stesso tempo, l'abrogazione del comma due del precetto, senza però fare una lettura di stampo abolizionista. La principale ragione per affermare questo, si trova nella condotta sanzionata del nuovo reato, cioè, nella messa a libro paga del pubblico ufficiale al privato, attraverso una relazione di interdipendenza d'interesse stabile nel tempo, questione che crediamo succeda attraverso una serie consecutiva di atti che fanno perdere senso alla distinzione tra corruzione antecedente e corruzione susseguente.

Dunque, dobbiamo completare la conclusione con molta cautela di fronte ai casi in cui esiste soltanto un atto corruttivo, e perciò l'idea di rapporto stabile perde senso, ciò che causa, inoltre, problemi dal punto di vista della possibile collisione applicativa tra gli art. 318 e art. 319 c.p., principalmente perché, prima della riforma, la condotta di asservimento della funzione veniva sanzionata alla luce dell'art. 319 c.p., risultando rilevante chiedersi, ancora, quali fossero i casi che dovrebbero, come prima, continuare ad essere sanzionati attraverso l'art. 319 c.p. e quali invece, a partire della riforma, dovrebbero essere sussunti nel nuovo art. 318 c.p.

In questo senso, seguendo un'autorevole dottrina, abbiamo concluso quanto sia rilevante la specificazione del tipo di atti o comportamenti che il funzionario si è impegnato a compiere a favore del privato, così nel caso in cui si riesca a indentificare l'atto o tipo di atti contrario ai doveri, allora si dovrà sanzionare di conformità all'art. 319 c.p.; mentre rimarranno sotto copertura dell'art. 318 c.p. i casi di asservimento in cui la messa a disposizione della funzione avvenga in relazione al compimento di eventuali e non specificati atti che si riflettono a vantaggio del privato, ma anche i casi previamente sanzionabili, senza problema, alla luce all'art. 318 c.p., cioè, i casi di un solo atto conforme ai doveri di ufficio.

Dunque, dopo la riforma del 2012, si può considerare che ciò che viene sanzionato dall'articolo 318 c.p. -al di là del caso dell'atto individuato conforme ai doveri- è un'ipotesi di mera infedeltà, in cui la distinzione tra atto conforme ai doveri o contrario a essi non è possibile, data la grande genericità del contenuto del *pactum sceleris*, che non permette di individuare

neanche l'attività a cui sarebbe diretta l'azione, e che conferma che, la distinzione tra corruzione antecedente e susseguente perde parzialmente senso, recuperandolo nel caso si tratti soltanto di un atto conforme ai doveri, in cui crediamo che la particella 'per' debba essere interpretata soltanto come finalità, escludendo dalla regolazione l'ipotesi di corruzione susseguente, data la cancellazione espressa dal comma due dopo la riforma, giacché il contrario implicherebbe dare vita, per via interpretativa, a un reato che il legislatore ha voluto cancellare, molto probabilmente avendo presente i grandi problemi di offensività che la corruzione impropria susseguente generava.

Questi gravi problemi di offensività, fortemente evidenziati dalla dottrina, specialmente intorno alla figura di corruzione impropria susseguente, emergevano anche, ogni tanto, in rapporto alla corruzione impropria antecedente, soprattutto perché difficilmente le condotte eseguite in conformità ai doveri di ufficio, potrebbero essere capaci di offendere i classici beni giuridici della pubblica amministrazione, poiché un atto d'ufficio che rientri nell'ambito della competenza e delle specifiche funzioni del pubblico ufficiale, difficilmente potrebbe ledere o mettere in pericolo il buon andamento della pubblica amministrazione quando tutto funziona esattamente come dovrebbe funzionare, o l'imparzialità, se di fatto la parzialità derivata dalla ricezione o l'accettazione di una promessa di utilità, non si proietta obiettivamente nello specifico dell'atto realizzato in adempimento dell'accordo illecito.

Dunque, abbiamo potuto apprezzare come l'unico 'elemento' che rimane effettivamente 'offeso' dalla corruzione impropria, nella forma antecedente e in quella susseguente, sia l'infrazione al dovere di gratuità, che non rappresenta assolutamente un bene giuridico finale che possa giustificare, di per sé, l'intervento penale nel caso particolare, configurandosi con molta difficoltà appena come bene giuridico fittizio, nella misura in cui non rappresenta nemmeno la condotta vietata nella sua versione lecita, se non la condotta vietata stessa, vale a dire, costituisce un dovere amministrativo che, senza dubbio, ha applicazione generale e che, nel merito di una sanzione in caso di infrazione, tuttavia, non sembra essere il diritto penale la via più adatta per risolvere questi tipi di inosservanze di doveri, bastando sicuramente un'infrazione amministrativa.

In questo modo, la ristrutturazione del reato appare come un'opportunità per domandarsi, ancora una volta, se i problemi di offensività, prima vigenti in rapporto alla corruzione impropria, siano stati risolti attraverso la nuova formulazione di corruzione per l'esercizio della funzione. In questo senso, la prima conclusione a cui siamo arrivati è che, nel caso in cui ci trovassimo davanti

a un atto conforme ai doveri di ufficio, si possono riprodurre senza problemi gli argomenti di offensività prima affermati in relazione alla corruzione impropria, soltanto con la sottile differenza in rapporto alla corruzione impropria susseguente, rispetto alla quale crediamo, in relazione specialmente dell'abrogazione del comma due, insieme a tutti i problemi di offensività già rappresentati dalla dottrina in passato, che convenga concludere un'ipotesi di evoluzione abolizionista.

In secondo luogo, in rapporto al resto delle ipotesi di corruzione per l'esercizio della funzione, conviene ricordare che come questa viene a sanzionare - al di là dei casi di un atto conforme ai doveri - le ipotesi di infedeltà destinate a proteggere o tutelare la semplice fedeltà e lealtà dei pubblici agenti, allora dobbiamo constatare che si tratta di un'entità incapace di arrivare a soddisfare lo *standard* di bene giuridico finale, perché edificato unicamente come bene giuridico fittizio, che nell'intento di giustificare l'intervento penale nel caso particolare, l'unico che riesce a fare è annullare il significato del bene giuridico e dell'effettiva offesa al medesimo, attraverso la protezione di una funzione o, piuttosto, del corretto esercizio della stessa, senza risolvere o superare i problemi di offensività già messi in evidenza in passato, in rapporto alla figura di corruzione impropria, obbedendo piuttosto a un diritto penale della mera infedeltà di comando della pubblica amministrazione che a un diritto penale destinato a proteggere beni giuridici.

Arriviamo così all'analisi del reato di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio, precedentemente conosciuto come corruzione propria o come vera e propria corruzione. In relazione a questo reato, a differenza di quanto successo con la corruzione per l'esercizio della funzione, la riforma del 2012 non ha introdotto modifiche sulla configurazione tipica della figura, essendo - ancora oggi - un delitto collegato alla commissione di un 'atto' da parte del pubblico ufficiale, includendo anche il caso in cui sia stato determinato il genere di attività contraria ai doveri e oggetto del *pactum sceleris*, nonostante non sia determinato o determinabile l'atto specifico, e anche l'omissione o il ritardo in un atto di ufficio.

La prima questione che abbiamo potuto stabilire sul reato, di cui l'art. 319 c.p., è che la contrarietà degli atti non viene determinata genericamente da un'inosservanza dei doveri di fedeltà, onestà, riservatezza, e vigilanza, se non in rapporto alle leggi o le norme dell'amministrazione di appartenenza, cioè regolamenti, istruzioni, circolari oppure ordini, essendo ugualmente rilevanti, al fine della configurazione del reato, che l'atto rientri nelle competenze dell'ufficio di

appartenenza del p.u/i.p.s., e possa esercitare qualche forma di ingerenza, attraverso una qualità vigente nel momento in cui il fatto viene commesso, escludendosi la rilevanza penale dei fatti in cui ci sia un soggetto attivo che stia per assumere la qualifica di pubblico ufficiale.

Nuovamente, a differenza di quanto stabilito in rapporto alla figura di corruzione per l'esercizio della funzione, nel caso della corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, si riconosce espressamente la forma susseguente, poi problematicamente equiparata sul piano del trattamento sanzionatorio con la forma antecedente, questione che -come visto- porta importanti problemi in relazione alla proporzionalità e uguaglianza, data la evidentemente più elevata gravità dell'accordo raggiunto in precedenza allo scopo di compiere un atto contrario ai doveri, in confronto alla meno grave situazione di compravendita di un atto già eseguito, soprattutto perché in questo secondo caso, l'atto emerge soltanto come presupposto della condotta corruttiva, irrilevante per la configurazione del reato che succede al momento di raggiungere il *pactum sceleris*, elemento fondamentale, senza il quale non si potrebbe configurare mai un reato di corruzione.

Abbiamo potuto, inoltre, osservare come, di nuovo in modo radicalmente differente rispetto alla corruzione per l'esercizio della funzione, nel caso della corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, sembrerebbe essere tanto più plausibile la costruzione dell'offensività della fattispecie intorno ai tradizionali beni giuridici richiamati come i beni della pubblica amministrazione, cioè il buon andamento della stessa e l'imparzialità, già menzionati come valori in precedenza alla dettazione della Costituzione italiana, e fortemente messi in evidenza dopo l'entrata in vigore del testo costituzionale, grazie al loro espresso riconoscimento nell'art. 97, il primo concepito come sinonimo di efficienza, ossia di massima aderenza all'interesse pubblico, e il secondo come la parità di accesso dei cittadini a risorse e/o oneri di fonte pubblica, che operano collegati sempre allo scopo di permettere la realizzazione dell'interesse pubblico specifico che sta alla base del compito amministrativo di attuare, questione che fa intravedere che in realtà non si tratta di beni giuridici finali, bensì strumentali.

La strumentalità dei beni classici e tradizionali della pubblica amministrazione, messa in rapporto all'adempimento di una finalità ulteriore, rappresentata dalla realizzazione dei fini istituzionali, emana dal proprio testo costituzionale che, per il fatto di menzionare le categorie non gli attribuisce automaticamente natura di beni giuridici finali, essendo del tutto possibile e

plausibile che siano messi lì, precisamente, allo scopo di indicare la loro rilevanza, sebbene in rapporto alla realizzazione effettiva dei fini a cui è destinata l'attività della pubblica amministrazione.

Di conseguenza, anche in rapporto alla protezione di beni giuridici, possiamo dire che esiste una significativa differenza tra il modo in cui vengono protetti i beni giuridici del buon andamento e l'imparzialità nella forma antecedente o susseguente di corruzione propria, dato che soltanto nel secondo caso ci troviamo davanti a una figura costruita in termini di vero e proprio danno, considerando il fatto che il pubblico agente riceve la dazione o ne accetta la promessa solo dopo aver già compiuto, ritardato od ommesso l'atto, ragione per cui l'illecita discriminazione appare essere interamente e compiutamente perfezionata; a differenza del caso antecedente, configurato come reato di pericolo concreto, lì dove basterebbe, al fine della configurazione del reato, soltanto l'accettazione della promessa di utilità, escludendo la sua configurazione come reato di danno, dato che il p.u/i.p.s soltanto si prepara a emanare l'atto o adottare il comportamento discriminatorio, senza farlo effettivamente.

Dunque, abbiamo potuto stabilire in modo sostanzialmente diverso dalla corruzione prima impropria e dopo corruzione per l'esercizio della funzione che, in questo caso si riesce a soddisfare lo *standard* di protezione fissato nella Costituzione e confermato attraverso lo schema della seriazione di beni giuridici, principalmente perché il reato di corruzione per atti contrari ai doveri, sia nella sua versione antecedente che in quella susseguente, è stato strutturato al servizio della protezione dei beni giuridici finale che costituiscono il fine stesso della pubblica amministrazione, utilizzando come beni giuridici strumentali i beni giuridici classici o tradizionali della pubblica amministrazione, riconosciuti del testo costituzionale, ma che non per questo si consolidano quali beni giuridici finali.

In conclusione, abbiamo visto come con posteriorità alla riforma del 2012, il legislatore italiano abbia provato ancora a riformare i reati di corruzione, nell'anno 2015 e nell'anno 2019, sempre allo scopo di potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione, attraverso l'importazione verso l'area corruttiva di schemi già sperimentati in altri ambiti di criminalità particolarmente grave, come la mafia o il crimine organizzato, senza però toccare la configurabilità dei reati di cui ci siamo occupati, salvo per l'ulteriore incremento della sanzione della prima figura, e per una considerevole modifica delle

pene accessorie che affettano entrambi questi reati, ma introducendo importanti modifiche dal punto di vista dei nuovi strumenti investigativi e degli accertamenti dei reati.

Tuttavia, crediamo che, nel caso in cui gli strumenti processuali 'più efficienti' siano disposti al servizio della persecuzione dei reati tipizzati in assenza di offensività, i risultati potrebbero essere gravi, giacché non solo si contribuirebbe all'accertamento di reati configurati senza rispettare il paradigma di un diritto penale di protezione di beni giuridici, ma si rischierebbe anche la loro esecuzione in aperta violazione di altri principi qui non trattati, ma essenziali in uno stato di diritto che rispetta le garanzie del cittadino, come ad esempio, il principio di non colpevolezza. Riuscendo a portare come effetto, un sistema ancora meno effettivo nella condanna dei fatti veramente danneggianti i beni della pubblica amministrazione, ma allo stesso tempo, altamente repressivo perché facilitatore della persecuzione di quei fatti che non adempiono quella finalità.

Dunque, la nostra principale conclusione su questa linea, ricade nella fondamentale necessità di tornare, all'ora di discutere misure contro la corruzione o contro qualsiasi fenomeno, sulla valutazione dell'insieme di elementi, tra cui l'osservanza dei principi fondamentali in materia penale, tra cui appare come del tutto rilevante la sussidiarietà del diritto penale, valutando nuovamente la possibilità che altre aree del diritto riescano a risolvere problemi che, con il passare del tempo, sembrano essersi tutti concentrati sull'utilizzazione frequente del diritto penale, che si estende ogni giorno più, non solo a proteggere beni giuridici di nuovo cuneo, ma anche a costruire figure che non proteggono bene alcuno, trasgredendo la garanzia dell'offensività, e provando allo stesso tempo a creare un diritto penale minimo, che possa assicurare la vera persecuzione e sanzione dei fatti selezionati, avendo come effetto ciò che precisamente si pretende evitare: un diritto penale inefficiente.

CAPITOLO III

Analisi dell'evoluzione dei reati di corruzione privata nell'ordinamento giuridico italiano, dall'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità alla corruzione tra privati, in rapporto ai suoi principali problemi di offensività

Premessa

Al fine di completare il lavoro iniziato nel capitolo precedente, in questo ci concentreremo sull'analisi del reato di corruzione tra privati introdotto in Italia nell'anno 2002, sotto forma di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità e posteriormente convertito in un reato di vera e propria corruzione tra privati, che già dal primo momento creava diversi problemi, sia dal punto di vista della configurazione della fattispecie, che da quello dell'offensività, giacché in materia di corruzione tra privati, sembra replicarsi il quesito già presente in relazione ai reati di corruzione pubblica e che complica pesantemente l'individuazione del bene giuridico tutelato, esistendo nel caso della corruzione privata, una forte tendenza riformista a consolidare un reato ogni giorno più simile a quello della corruzione pubblica, senza tuttavia esistere un interesse coinvolto dello stesso tipo e sconoscendo, apparentemente, i problemi qui spostati sul punto in rapporto ai reati di corruzione pubblica.

Per questa ragione, speriamo di raggiungere lo scopo di sviluppare un'indagine capace di offrire delle risposte su come e con quali limiti si dovrebbe costruire una fattispecie di corruzione privata, che consideriamo *prima facie*, non possa essere assimilata, senza distinzione a una fattispecie che pretende di fare fronte al fenomeno in ambito pubblico, giacché, sebbene possa funzionare bene un reato strutturalmente simile dal punto di vista della sua configurazione, non potrà affatto essere equivalente dal punto di vista degli interessi protetti da due norme destinate ad applicarsi in campi completamente diversi.

La corruzione tra privati in Italia, dove storicamente il fenomeno ha avuto una connotazione squisitamente pubblica, ha presentato, già dal momento della sua nascita come reato, una forte influenza proveniente dagli strumenti internazionali, prima col fine di incorporare la nuova fattispecie, e poi con lo scopo di riformarla per armonizzarla secondo le direttrici di stampo europeo. Tuttavia, dal punto di vista penale, il fatto che un delitto sia incorporato in un ordinamento giuridico come un modo di attuare un mandato internazionale, non dovrebbe mai implicare che

resti in secondo piano il rispetto dei principi essenziali del diritto penale, tale come può essere l'offensività o l'*ultima ratio*, ragione per cui bisogna studiare le caratteristiche della fattispecie suggerita in confronto a quella incorporata, per poi ponderare se l'osservanza dei mandati ha come effetto la creazione di una fattispecie più rispettosa di certe garanzie, o invece la resistenza alle direttrici abbia operato come limite contro una possibile inosservanza.

Dunque, lo studio verterà sul reato, di cui l'art. 2635 c.c., dalla sua incorporazione come infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità nel quadro dei reati societari, fino alla sua attuale forma di corruzione tra privati, applicabile a qualsiasi entità privata, attraverso i diversi cambiamenti dal punto di vista dell'evoluzione delle caratteristiche principali del reato e il suo impatto nell'offensività di beni giuridici della figura, anche alla luce delle principali somiglianze e differenze con i reati di corruzione pubblica analizzati, avendo sempre alla vista le categorie contenute nello schema della seriazione di beni giuridici, quale luce che ci permette chiarire se una determinata entità protetta da una fattispecie, possa o meno soddisfare uno *standard* di sufficiente ma non abbastanza lontananza rispetto alla condotta vietata e perciò articolarsi quale bene giuridico finale o strumentale al servizio di un altro bene giuridico finale che giustifichi l'intervento penale.

1.- Come le preoccupazioni sulla corruzione sorgono nella sfera privata

Nonostante nell'ordinamento giuridico italiano, così come in tanti altri, storicamente, la definizione di corruzione, dal punto di vista giuridico penale, abbia necessariamente incluso soltanto la protezione della pubblica amministrazione, precisamente perché i reati di corruzione dei diversi codici penali classici hanno escluso dal loro ambito di protezione qualsiasi situazione che non veda coinvolto almeno un pubblico ufficiale¹, a partire dagli anni 90' questa situazione è cominciata a cambiare perché, tra gli altri motivi, alcuni importanti organismi internazionali hanno iniziato a mettere in atto diverse misure destinate ad affrontare il problema, non solo dal punto di vista del fenomeno nella pubblica amministrazione², ma anche, come un problema che può

¹ Ciò che include, secondo la formula adottata nel Codice Rocco negli artt. 357 e 358, tanto i pubblici ufficiali come gli incaricati di un pubblico servizio. Sull'argomento si può consultare, P. SEVERINO, *Sub. Artt. 357 e 358*, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, pp. 452 s.; M. TORTORELLI, *Le qualifiche soggettive*, in G. AMARELLI, F. STEFANO (a cura di), *I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2018, pp. 17-35.

² Vedere *supra* Capitolo II, titolo 1.

ripercuotere sulle transazioni economiche internazionali, e allo stesso modo, nei rapporti tra privati, rischiando di conseguenza i mercati, l'economia, e persino la democrazia di per sé³.

Tuttavia, il fatto che la corruzione privata diventi preoccupazione dal punto di vista internazionale, non spiega del tutto il perché un problema, che era stato finora circoscritto all'area dell'amministrazione pubblica dello Stato, cominci a tirare l'attenzione anche in relazione alla sfera privata, precisamente perché il trattamento del fenomeno attraverso i diversi strumenti internazionali, costituisce semplicemente un riflesso della necessità di affrontare il problema, ragione per cui, e nonostante non si aspiri a sviluppare un'analisi approfondita sul punto, crediamo sia importante esporre quali potrebbero essere le ragioni che spiegherebbero il sorgere della corruzione tra privati come nuova preoccupazione.

Dunque, e seguendo in questo punto l'autorevole autrice Barbara Huber, si potrebbe sostenere che esisterebbero tre principali ragioni capaci di chiarire come un fenomeno di portata tipicamente pubblica si sia esteso fino a comprendere anche diverse aree del mondo privato. Queste ragioni sarebbero: la crescente privatizzazione dei servizi pubblici; il venir a meno della netta separazione fra funzioni pubbliche e funzioni private; e la crescita delle transazioni commerciali internazionali⁴, che insieme formano un gruppo di fattori che si sono sviluppati nell'ambito di un processo storico in cui diversi sistemi economici come quello italiano sono stati protagonisti, e che viene denominato come “il passaggio da uno Stato gestore a uno Stato regolatore”⁵.

³ La letteratura sui problemi che porta con sé la corruzione è abbondante, si indicano in dottrina come effetti negativi derivati dalla corruzione, ad esempio, che pesa sul PIL, allontana gli investimenti stranieri, spreca denaro pubblico e fa aumentare le bollette, esclude le forze sane del mercato e frena la competitività delle imprese, rallenta l'innovazione e la ricerca, tra tanti altri, si suggerisce, per approfondire sul punto, A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2017; A. GOUDIE, D. STASAVAGE, *Working Paper n. 122 dall' OCSE Development Center*, January 1997, che nel capitolo V. indica, al riferirsi agli effetti, che uno dei principali sia la distorsione sull'allocazione delle risorse. Sull'impatto della corruzione nell'economia, si può consultare, S. SUMAH, *Corruption, causes and consequences*, in V. BOBEK, *Trade and Global Market*, 2018, reperibile sul sito: www.intechopen.com, pp. 63-80; E. DIMANT, G. TOSATO, *Causes and effects of corruption: what has past decades' empirical research taught us? A survey*, in *Journal of economic surveys*, 2017, pp. 1-22.

⁴ B. HUBER, *Introduzione*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, p. 33.

⁵ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 49 ss., secondo gli Autori, alla fine degli anni '70, i governi europei sono stati costretti a cambiare il loro stile di governo tradizionale in risposta alle sfide poste dalla crescente concorrenza internazionale e dall'approfondimento dell'integrazione economica e monetaria a livello comunitario, che ha comportato una riduzione del ruolo dello Stato di gestione e di intervento, con una corrispondente valutazione della regolamentazione, la cosiddetta *rule-making* che ha gradualmente sostituito la formula della raccolta rispetto alla spesa pubblica; nello stesso senso, si può consultare, M.A. ENCINAR DEL POZO, *El derecho penal y la regulación económica*, in ID., *El delito de corrupción privada en el ámbito de la economía*, Pamplona, 2016, pp. 51 ss. Anche gli strumenti internazionali mettono in evidenza che la decisione di penalizzare la corruzione privata sarebbe

Si tratta di un processo attraverso il quale il modello di Stato come gestore di servizi, fornitore di beni e ingegnere sociale, viene abbandonato a favore dell'idea di uno Stato semplicemente regolatore, il cui ruolo si può riassumere “nell’incidere sull’economia e condizionare le decisioni degli operatori economici attraverso diversi strumenti, raggruppati sotto la denominazione di regolazione”⁶, trasformando, di conseguenza, una serie di servizi che prima venivano amministrati dallo Stato, in servizi che oggi vengono gestiti dai privati, attraverso un processo di privatizzazione di massa⁷, che rende possibile, ad esempio, che il pagamento di una tangente tra privati non possa essere sanzionato alla luce delle fattispecie “pensate esclusivamente per punire i comportamenti che si realizzano nel settore pubblico”⁸, e che apre una porta alla riflessione sulla necessità di poter “dare risposte a domande di giustizia aventi a oggetto interessi di natura più complessa rispetto ad esempio a quelli di carattere patrimoniale o dell’incolumità personale”⁹.

Questa complessità, in materia penale sorge di solito nel diritto penale dell’economia, dal richiamo verso originali interessi da tutelare, diversi dai classici beni protetti, tipo la correttezza del mercato o l’economia pubblica, che risultano essere “eccessivamente vaghi e perciò inutili ai fini di una corretta applicazione della teoria del bene giuridico”¹⁰, dalla quale crediamo non si possa mai prescindere, senza rischiare la costituzionalità del precetto e anche l’equilibrio proprio di uno stato di diritto in cui il rispetto delle garanzie dovrebbe funzionare come un insieme, questione che ha spinto gli esperti a domandarsi “se e in che misura l’*enforcement* penalistico possa davvero contribuire al controllo dei *white collar crime*”¹¹.

una naturale conseguenza dei processi di privatizzazione e del conseguente trasferimento ad attori privati di numerose funzioni pubbliche, in tal senso, E. LA ROSA, *La repressione penale della corruzione privata. Punti fermi e questioni aperte*, Messina, 2011, p. 67, l’Autore sviluppa il punto in riferimento ai motivi dei compilatori della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa, più specificamente, al Rapporto esplicativo dello strumento (paragrafo 52, p. 11, spiegazione sull’articolo 7 “*active bribery in the private sector*”), e nel quale si menziona come ragioni per regolare la corruzione nel settore privato i processi di privatizzazione, che includono che importanti funzioni pubbliche siano state anche privatizzate (istruzione, sanità, trasporto, telecomunicazione, ecc.).

⁶ M.A ENCINAR DEL POZO, *El derecho penal y la regulación*, cit., p. 64.

⁷ Concetto utilizzato dagli autori J.L. DE LA CUESTA, I. BLANCO, *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma* (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, p. 45.

⁸ *Ibid.*

⁹ C. PARODI, *Diritto penale dell’impresa*, Milano, 2017, p. 153.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 16.

In materia di corruzione tra privati, questa domanda è particolarmente rilevante poiché, nonostante esista un accordo generale sulla necessità di includere una figura che estenda la protezione del problema della corruzione anche al settore privato, non è stata ugualmente chiara e unanime l'opinione su cosa sia il bene giuridico che detta figura dovrebbe proteggere, rappresentando, sin dall'inizio, "uno dei nodi sul quale si soffermava particolarmente la dottrina"¹². In questo senso, e come vedremo approfonditamente nel momento in cui analizzeremo l'evoluzione delle fattispecie corrispondenti, i beni giuridici che sorgono -in principio- come quelli vulnerati, e perciò bisognosi di tutela penale in materia di corruzione privata sono la libera concorrenza¹³, il patrimonio sociale, oppure la lealtà dell'impiegato nella società o entità privata in cui si commette l'atto corruttivo, sia insieme oppure in alternativa, dando luogo a diversi modelli di protezione che giustificano in maggiore o minore misura l'intervento penale¹⁴.

Ora bene, prima di addentrarci completamente nella nostra analisi sull'evoluzione dei reati di corruzione privata nell'ordinamento giuridico italiano, dall'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, alla propria e vera corruzione tra privati, bisogna far presente, a scopo delimitativo e chiarificatore che, quando sorge la preoccupazione per la "corruzione privata", anche chiamata "corruzione tra privati" oppure "corruzione nel settore privato"¹⁵, una prima e preliminare maniera di denominarla è stata quella di capire si trattasse di un "qualsiasi scambio illecito (da una parte, l'indebita corresponsione o promessa di una qualsivoglia utilità, dall'altra, l'esercizio anti-doveroso, o comunque indebitamente condizionato, di una funzione privata) intercorrente fra *soggetti privi di qualifiche pubblicistiche*"¹⁶.

Come possiamo vedere, ciò significa che, invece di trattare la corruzione privata come una specie di corruzione più generica, si definisce in opposizione a quella pubblica, prendendo, in

¹² C. PARODI, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 153, evidenziando come prima della riforma sembrava che l'unico tratto che poteva considerarsi comune era la pressoché unanime convinzione sulla necessità di una riforma, posta dai «mutamenti impetuosi e colossali dei soggetti economici, dalle modalità del loro agire e dalle ricadute sulla massa dei cittadini», in quel senso, A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali*, cit., p. 8.

¹³ M.A. ENCINAR DEL POZO, *El derecho penal y la regulación*, cit., p. 70.

¹⁴ Per un approfondimento sui tre principali modelli capaci di spiegare la (ritenuta) capacità offensiva dei fatti di corruzione tra privati, cioè il modello patrimonialista, il modello della libera concorrenza e il modello lealistico/fiduciario, sia in astratto che alla luce dell'evoluzione del reato in Italia, si veda, A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 C.C.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* vol. 56, n. 2/2013, pp. 699 s.

¹⁵ Espressione utilizzata per indicare alternativamente e promiscuamente il fenomeno in, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 7.

¹⁶ L. FOFFANI, R. ACQUAROLI, *La corruzione tra privati: Note introduttive sull'esperienza italiana*, in ID., *Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma* (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, p. 3.

questo modo, una certa distanza dal fenomeno nel contesto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonostante esistano degli elementi comuni dal punto di vista della struttura delle fattispecie, e -così come proveremo a evidenziare in questo lavoro- anche dal punto di vista dell'indebolimento, persino la perdita, ogni giorno più evidente, di offensività delle condotte regolate, attraverso il fenomeno conosciuto come anticipazione della soglia di punibilità quale conseguenza evidente del retrocedere nella protezione di beni giuridici.

2- L'indirizzo preso dai trattati internazionali in materia di corruzione tra privati quale antecedente alla regolazione

A partire della seconda metà degli anni 90 è stata sottoscritta, sia a livello di sistema regionale europeo di protezione, che a livello globale¹⁷, una serie di strumenti internazionali che hanno per scopo quello di stabilire obblighi di introduzione nei diversi ordinamenti giuridici, di diverse misure per lottare contro la corruzione, tra cui si includono anche obblighi di creazione di una fattispecie che si faccia carico del problema anche tra privati¹⁸, ragione per cui lo studio di questi strumenti risulta utile, perché contiene “interessanti indicazioni sulle tendenze di criminalizzazione in atto”¹⁹, che considerano non possa più risultare applicativo il concetto tradizionale secondo cui la corruzione veniva concepita come un problema solo in rapporto ai funzionari pubblici nazionali.

In questo senso, il primo organismo internazionale che ha adottato un strumento destinato ad affrontare la corruzione, non solo in rapporto all'adeguato sviluppo della funzione pubblica in ambito nazionale, ma anche prendendo misure precisamente contro la corruzione nell'attività economica internazionale, aprendo dunque la porta alla possibilità di un nuovo sguardo nella materia, è stata l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), che il 17

¹⁷ Per uno studio completo sulle diverse iniziative internazionali sulla corruzione che influiscono nella legislazione italiana, si può consultare, M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 1° luglio 2012, pp. 1-33; J.L. DE LA CUESTA, *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, in *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, España, Instituto Vasco de Criminología, n. 17/2003, pp. 5-26.

¹⁸ Risulta sempre fondamentale accettare l'obbligo di incriminazione con riservatezza, giacché tante volte l'apparente imposizione è bilanciata della facoltà degli Stati di usare una riserva, in questo senso, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018, p. 20. Per uno studio approfondito sul problema degli obblighi internazionali in materia penale, in speciale nel sistema europeo, si può consultare in dottrina, F. VIGANÒ, *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani* 2012, Roma, 2012; A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, n. XXXI/2002, pp. 461-576.

¹⁹ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 19.

di dicembre del 1997 ha sottoscritto la Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali²⁰, il cui fa vedere che da quel momento la tendenza a livello internazionale è ad “aumentare il divieto degli atti di corruzione nei casi in cui si possano mettere a rischio interessi economici siano pubblici che privati”²¹.

Nonostante l’importanza fondamentale attribuita a livello globale alla Convenzione OCSE, già da prima, in ambito europeo, erano stati adottati alcuni strumenti destinati a proteggere gli interessi economici e finanziari della Comunità europea in ambito internazionale, ciò che include la corruzione di funzionari siano nazionali che comunitari, e che possono essere considerati un importante precedente in relazione alla regolazione internazionale in materia di corruzione tra privati. Così, dobbiamo tenere presente in primo luogo, la Convenzione del Consiglio dell’Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmato a Bruxelles nel 1995, con l’obiettivo di lottare contro le frodi che ledono gli interessi finanziari delle comunità europee²², e che senza dubbio, marca il primo passaggio nel percorso di una serie di regolazioni a livello internazionale che cercano di combattere i reati economici anche dal punto di vista transnazionale.

Poco dopo la suddetta Convenzione, appare come fondamentale per il nostro scopo di studio, il suo primo protocollo del 1996²³, che ha come speciale obiettivo quello di completare la

²⁰ Si tratta, secondo la sua denominazione in inglese, della ‘*Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*’, e può essere consultata nel sito web: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. La Convenzione è stata ratificata per l’Italia attraverso la Legge n. 300 del 29 Settembre 2000, Gazzetta Ufficiale n. 250 del 25 Ottobre 2000, e una versione in italiano del documento può essere consultata nel sito web: <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/1999/4784.pdf>. Per uno studio in dottrina della Convenzione OCSE del 1997 si suggerisce, D. GALLO, *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari delle organizzazioni internazionali: considerazioni critiche sulla Convenzione OCSE del 1997*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Milano, 2014, pp. 375-400, in cui l’Autore esamina i profili caratterizzanti e più problematici che riguardano la Convenzione.

²¹ R. CARNEVALI, O. ARTAZA, *La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal*, in *Revista Ius et Praxis*, Chile, anno 22, n. 2/2016, p. 58, gli Autori offrono un’analisi della corruzione nell’ambito delle transazioni commerciali internazionali. Inoltre, per uno studio su come l’incriminazione della corruzione nelle transazioni commerciali internazionale rappresenta un esempio di influenza della *Foreign Corrupt Practices Act de 1977*, si può consultare il lavoro di A. NIETO, *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*, in *Revista Penal*, España, n. 12/2003, pp. 3-26.

²² La Convenzione del Consiglio dell’Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, è stata sottoscritta a Bruxelles il 26 luglio del 1995, visto in particolare l’articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sull’Unione europea.

²³ Il primo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, è stato sottoscritto il 27 settembre 1996, visto in particolare l’articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sull’Unione europea.

Convenzione attraverso uno strumento che riguardi la lotta contro gli atti di corruzione nei quali sono coinvolti funzionari siano nazionali che comunitari e che ledono o possono ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee. Li segue, cronologicamente, il secondo protocollo del 1997²⁴, che cerca di completare ulteriormente la convenzione per regolare materie vincolate alla responsabilità delle persone giuridiche, la confisca e il riciclaggio, così come per aumentare la cooperazione tra gli Stati membri e la Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

Posteriormente, sempre a livello europeo, viene sottoscritta la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles nel 1997²⁵, che pretende il miglioramento della cooperazione giudiziaria penale in materia di corruzione fra gli Stati membri e che, seguendo lo stesso indirizzo del primo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari, definisce i reati di corruzione dei funzionari comunitari e nazionali, nella forma sia attiva che passiva.

Se osserviamo l'evoluzione della definizione di corruzione attiva e passiva della Convenzione del 1997, rispetto a quella contenuta nel primo protocollo del 1996, si può già notare una differenza dal punto di vista della configurazione della fattispecie, giacché, mentre nel primo protocollo si concepiva come corruzione l'attuazione del funzionario che sollecita o riceve, e del privato che promette o dà vantaggi di qualsiasi natura, per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri, sempre che leda o che possa ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee²⁶, nel caso della posteriore Convenzione, l'evento di danno o pericolo agli interessi finanziari delle Comunità europee è stato eliminato come requisito della fattispecie, rimanendo semplicemente la descrizione della condotta di promessa o dazione di un vantaggio di qualsiasi natura, o bene, la sollecitazione o accettazione

²⁴ Il secondo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, è stato sottoscritto il 19 giugno del 1997, visto in particolare l'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sull'Unione europea.

²⁵ La Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, è stata sottoscritta il 25 giugno del 1997.

²⁶ Il testo corrisponde a una semplificazione della descrizione dei reati di corruzione attiva e passiva degli articoli 2 e 3 rispettivamente del primo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

della stessa, per compiere o od omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri.

È stato successivamente dettato il primo strumento che, prescindendo dalla necessità di un pubblico ufficiale per configurare il reato di corruzione, sia questo nazionale che comunitario oppure internazionale, si riferisce al problema della corruzione nel settore privato, proponendo anche una fattispecie per sanzionarlo, che può essere commessa da qualsiasi dipendente o da un'altra persona che svolge le proprie funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo o per conto di una persona fisica o giuridica nel settore privato, abbandonando la tendenza fino a quel momento unanime in Paesi come l'Italia, di coinvolgere necessariamente un pubblico ufficiale per parlare di corruzione.

Si tratta dell'Azione comune del Consiglio dell'Unione europea del 22 dicembre del 1998²⁷, che definisce la corruzione privata sia passiva che attiva, come l'atto attraverso il quale una persona, nell'ambito delle sue attività professionali intenzionalmente promette, offre o concede, oppure sollecita, riceve o accetta la promessa, direttamente o attraverso un intermediario, di un vantaggio indebito di qualsiasi tipo, per commettere od omettere una violazione dei suoi doveri²⁸. Ora bene, l'aspetto più interessante dal punto di vista del bene giuridico che dovrebbe essere protetto dai reati di corruzione nel settore privato secondo l'Azione comune del 1998, e che indica che ciascuno Stato dovrà adottare le misure necessarie per assicurare che le condotte costituiscano un illecito penale, almeno, nei casi che comportino o possano comportare distorsione della concorrenza nell'ambito del mercato comune e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto, facendo vedere un'evidente tendenza a proteggere come beni giuridici sia la libera concorrenza che il patrimonio dei terzi.

Tuttavia, con l'obiettivo di completare la nostra analisi in relazione al bene giuridico tutelato, bisogna osservare attentamente il contenuto dei doveri la cui violazione permette di

²⁷ L'Azione comune del 22 dicembre del 1998, è stata adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea, e tratta esclusivamente sulla corruzione nel settore privato.

²⁸ L'art. 2 dell'Azione definisce cosa è corruzione passiva nel settore privato, e l'art. 3 definisce, a sua volta, cosa deve intendersi per corruzione attiva nel settore privato. Entrambi gli articoli utilizzano come soggetto attivo l'espressione persona, che poi viene definita nell'art. 1 come qualsiasi dipendente o altra persona, nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato.

configurare il reato di corruzione privata, concetto che, secondo quanto stabilito nell'articolo 1 dell'Azione comune, deve essere inteso ai sensi del diritto nazionale e deve coprire, almeno, qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili all'ambito dell'attività di una «persona», ciò che sembra suggerire una tendenza alla protezione della lealtà nei confronti del datore di lavoro, attraverso il modello lealístico-fiduciario, che attribuisce contenuto di disvalore “alla violazione del dovere di buona fede o lealtà che un agente deve al proprio principale”²⁹.

Pochi anni dopo l'entrata in vigore dell'Azione comune del 1998, questa è stata espressamente derogata attraverso la Decisione quadro del 22 luglio del 2003³⁰, relativa anche alla lotta contro la corruzione nel settore privato, che, a fronte dell'aumento degli scambi transfrontalieri di merci e servizi, considera opportuno far fronte ai casi di corruzione nel settore privato, non soltanto come problema nazionale, ma anche come problema transnazionale che deve essere combattuto in maniera più efficace mediante un'azione a livello dell'Unione europea. Perciò, si rinforzano le misure che erano state adottate dallo strumento precedente, con l'obbiettivo che la corruzione attiva e passiva nel settore privato vengano considerate come reati penali in tutti gli Stati membri, di modo che anche le persone giuridiche possano essere considerate responsabili di tali reati e che questi fatti possano essere perseguiti con pene effettive, proporzionate e dissuasive.

Dal punto di vista del contenuto, questo strumento sposta la definizione di persona, precedentemente contenuta nell'art. 1 dell'Azione comune, per inserirla nella descrizione della condotta, che però ancora si mantiene in termini abbastanza simili, con la piccola mutazione che il reato si potrà commettere anche per un terzo, ragione per cui il soggetto attivo continua a essere una persona che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, sebbene sia ora incluso anche chi lo fa per un terzo. Tuttavia, la grande novità della Decisione quadro, dal punto di vista della copertura della condotta descritta come reato, viene fuori in rapporto al tipo di entità di cui può fare parte il soggetto attivo, considerando siano gli enti con

²⁹ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 700.

³⁰ La Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione europea è stata adottata il 22 luglio 2003, ed è relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

e senza fini lucrativi, estendendo la portata del precetto anche a determinate istituzioni senza fini di lucro, come ad esempio le fondazioni.

Nonostante l'evoluzione che si può percepire dal punto di vista della condotta, questa ha tuttavia un contrappeso negativo dal punto di vista del bene giuridico che dovrebbe essere protetto per i reati. Come già detto, l'Azione comune del 1998, mostrava una tendenza a proteggere, 'almeno' come beni giuridici, sia la libera concorrenza, che il patrimonio dei terzi, ciò che esprimeva come indirizzo di tutela, quello di avere presente, come minimo, queste entità, nonché la lealtà nell'esercizio della funzione. Tuttavia, la Decisione quadro, ha preso una strada diversa, riferendosi al problema di protezione di beni giuridici indicando che uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali, lasciando intravedere che nel resto dei casi, e in assenza di altra affermazione sul problema nel testo, si prescinde dalla protezione di un bene giuridico ulteriore, rimanendo come bene giuridico protetto, soltanto la lealtà nell'esercizio della funzione descritta nella definizione di doveri, che si mantiene anche in termini praticamente identici rispetto a quella contenuta nell'Azione comune.

Un'interpretazione alternativa, sempre riguardante la protezione di beni giuridici, potrebbe essere considerare che nel resto dei casi, cioè, quando non si limita la sanzione ai casi di distorsione di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali, insieme a proteggersi la lealtà nell'esercizio della funzione, quello che si pretende proteggere come bene sia uno dei fatti dichiarati, dalla Decisione quadro, come minaccioso alla corruzione, vale a dire, lo stato di diritto oppure il corretto sviluppo economico³¹. Tuttavia, quest'idea dovrebbe essere subito scartata perché, da una parte, confonderebbe "quelli che sono gli effetti dannosi, anche indiretti, del comportamento che si intende reprimere con il bene giuridico meritevole di tutela"³², e dall'altra, alla luce dello schema di seriazione di beni giuridici, si tratterebbe di entità non raggiungibili dalla capacità offensiva della condotta, nel senso di consistere in "obbiettivi di tutela troppo ambiziosi che non possono adeguatamente essere protetti attraverso il ricorso alla penalizzazione, se non a

³¹ I criteri sono menzionati nel numero 9 delle considerazioni preliminari, nei seguenti termini precisi "Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico".

³² E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 28.

costo di tradire i principi ispiratori di un razionale sistema criminale”³³, in speciale, il principio di offensività.

Ora bene, prima di proseguire con l’analisi di altri strumenti, mi sembra importante fermarci ancora sul bene giuridico che rimarrà in piedi nei casi in cui si prescinda dalla distorsione di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali, cioè, la lealtà nell’esercizio della funzione, quale materializzazione di protezione del modello lealistico-fiduciario, in quanto tale lealtà rimane come il bene giuridico protagonista della norma suggerita della Decisione comune del 2003.

Dunque, alla luce dello schema di “seriazione di beni giuridici”³⁴, possiamo affermare che si tratta di un bene giuridico quanto meno problematico, nel senso che non sembra soddisfare lo *standard* già sviluppato come ottimo e rispettoso dei principi del diritto penale, perché non si tratterebbe di un bene giuridico finale che giustificerebbe di per sé un intervento penale, ragione per cui, avendo alla vista le sue caratteristiche, dovremmo analizzare se può essere classificato come bene ‘strumentale’ o come bene giuridico ‘fittizio’ in ragione della sua maggiore o minore identificazione con la condotta vietata.

L’esempio classico di bene giuridico fittizio è precisamente il corretto esercizio di una funzione, perché non esisterebbe una differenza sostanziale tra la condotta vietata e il bene giuridico tutelato, il quale si identificherebbe con la versione virtuosa della condotta vietata, potendo confondersi con essa, una come versione lecita -il bene giuridico- e l’altra come versione illecita -la condotta vietata-.

Di conseguenza, per determinare se la lealtà nell’esercizio della funzione come bene giuridico, risponde alla logica di bene fittizio oppure strumentale, dobbiamo guardare la condotta stessa nella ricerca degli elementi che ci permettano di determinare se ciò che è vietato è soltanto l’attuazione in violazione degli obblighi di fedeltà, vale a dire, il corretto sviluppo della funzione, o se piuttosto, esiste nella descrizione tipica un elemento addizionale che permette distinguere tra

³³ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 28, l’Autore aggiunge, come criterio, che risulterebbe preferibile concentrare l’attenzione verso la protezione della “concorrenza nelle relazioni private”, ciò che, inoltre, renderebbe possibile, sia pure in via indiretta, cercare di contrastare gli altri gravi effetti distorsivi delle condotte di corruzione.

³⁴ Véase *supra* Capitolo I, titolo 6.

condotta vietata e bene giuridico tutelato, questione che dovremmo ribadire specialmente alla luce della regolazione nazionale e la sua formulazione³⁵, che tuttavia, in principio sembra orientarsi verso la proposta contenuta dalla Decisione quadro, che regola il bene in modo più simile a uno strumentale che a uno fittizio, precisamente nel vietare il promettere, offrire o concedere, oppure il sollecitare o ricevere di un indebito vantaggio affinché si compia o ometta un atto in violazione di un dovere, e non semplicemente l'atto in violazione di un dovere.

Prima di chiudere il discorso, dobbiamo tener presente che, nel frattempo, tra l'Azione comune del 1998 e la Decisione quadro del 2002, è stata adottata, dal Consiglio europeo, la Convenzione penale sulla corruzione³⁶, che esprime la necessità di perseguire una politica penale comune, finalizzata alla protezione della società contro la corruzione, che rappresenta una minaccia per lo stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo, mina i principi di buon governo, di equità e di giustizia sociale, falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società, facendosi carico dei problemi di corruzione, sia pubblica che privata, descrivendo condotte tipiche di corruzione di pubblici ufficiali nazionali e stranieri, di assemblee pubbliche nazionali e stranieri, e anche nel settore privato, il cui protocollo del 2003³⁷, crea ancora nuove figure di corruzione di arbitri e giurati siano nazionali che stranieri.

La Convenzione penale sulla corruzione del 1999, più in linea con l'Azione comune che con la Decisione quadro, sicuramente per la sua vicinanza temporale, considera corruzione nel settore privato, ciò che accade nell'ambito di un'attività commerciale, escludendo tacitamente le attività senza fini lucrativi³⁸, e definendo la condotta, anche in termini molto simili a quelli

³⁵ Dobbiamo ricordare specialmente che la Decisione quadro per definire violazione di un dovere indica che sarà quello che nel diritto nazionale copra al meno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali, risultando specialmente importante l'attenzione sulla regolazione interna.

³⁶ La Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio europeo è stata adottata il 27 gennaio del 1999, la cui legge di ratifica ed esecuzione n. 110, Gazzetta Ufficiale del 28 giugno 2012. È importante avere presente che, inoltre alla Convenzione penale sulla corruzione, il Consiglio d'Europa ha adottato la Convenzione civile sulla corruzione il 4 di novembre 1999, legge di ratifica ed esecuzione n. 112, Gazzetta Ufficiale del 27 luglio 2012.

³⁷ Si tratta del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione penale sulla corruzione, concluso a Strasburgo il 15 maggio 2003 per Gli Stati membri del Consiglio d'Europa e altri Stati membri, con lo scopo di permettere un'attuazione più ampia di lotta contra la corruzione.

³⁸ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 68, che mette in evidenza quanto sia interessante osservare come l'ambito venga limitato alle sole "attività commerciali", escludendo quelle di finalità non lucrative, limitando la portata rispetto alla Decisione quadro dell'anno 2003, aggiungendo come spiegazione il proprio fondamento apportato nel Rapporto esplicativo dello strumento (paragrafo 53, p. 11, spiegazione sull'articolo 7 "*active bribery in the private sector*"), il

dell’Azione comune, come il fatto di promettere, offrire, procurare, oppure sollecitare o ricevere, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a una qualsiasi persona che diriga un ente privato o che vi lavori, affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei suoi doveri³⁹, senza fare nessuna referenza ad un risultato di evento oppure di pericolo derivante dalla condotta descritta né a un danno di terzi né alla concorrenza.

Per completare il nostro studio degli strumenti rilevanti in materia di corruzione, specialmente nel settore privato, bisogna far riferimento a uno dei più importanti, cioè la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre del 2003⁴⁰, “ulteriore conferma della tendenza in atto verso il rafforzamento dell’intervento penale nella lotta contro il fenomeno”⁴¹, la cui importanza deriva tanto dalla sua applicazione globale, quanto dal punto di vista del suo contenuto, che -in linea con i suoi obbiettivi- promuove il rafforzamento delle misure volte sia a prevenire⁴², che a combattere la corruzione in modo più efficace, oltre ad agevolare la cooperazione internazionale e l’assistenza tecnica ai fini della prevenzione della corruzione e della lotta contro essa, mettendo un’importante enfasi nel recupero dei beni provenienti dal reato.

Ora bene, in rapporto al bene giuridico che dovrebbe proteggere la fattispecie di corruzione nel settore privato, la Convenzione ONU, in concordanza alla Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999, indica che ciascuno Stato parte deve esaminare l’adozione delle misure legislative e altre necessarie per conferire il carattere di illecito penale, al fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che dirige un’entità nel settore privato o lavora per tale entità, o sollecitare o accettare da parte di quest’ultima, l’indebito vantaggio, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto, sempre e quando si tratti di atti commessi intenzionalmente

quale indica che si escludono deliberatamente le attività senza fine lucrativi come, ad esempio, le associazioni (“*associations*”) e altre organizzazioni non governative (“*other NGO’s*”), decisione presa -secondo spiega lo strumento- per mettere il *focus* nel settore più vulnerabile, cioè le attività commerciali (“*business sector*”).

³⁹ Questa corrisponde a una fusione della definizione di corruzione attiva e passiva contenute negli articoli 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione del 1999.

⁴⁰ Convenzione che è stata adottata dalla Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 a New York, attraverso la risoluzione n. 58/4.

⁴¹ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 69 s.

⁴² Sulla prevenzione è importante mettere in evidenza che la Convenzione dedica tutto un capitolo a enumerare diverse misure preventive sia nel settore pubblico che privato. Si tratta del capitolo II, intitolato “misure preventive”, che si riferisce, ad esempio, all’adozione di misure che contribuiscano a migliorare le norme commerciali e di revisione nel settore privato, inclusa la adozione di codici di condotta per il corretto, onorabile e debito esercizio delle attività commerciali di tutte le professioni pertinenti e per la prevenzione dei conflitti di interesse (artt. 5 al 14).

nell'ambito di attività economiche, finanziarie o commerciale, senza indicare nessun risultato di evento o pericolo sulla concorrenza, o il patrimonio sia sociale che di un terzo⁴³.

Allo stesso modo, anche dal punto di vista dei soggetti attivi che possono sollecitare o accettare, oppure a chi si può promettere, offrire o concedere l'indebito vantaggio, si segue una linea simile a quella della Convenzione penale del 1999, nel considerare che il reato può essere commesso da una persona che diriga l'entità, o bene, che lavori per essa, se ammette la commissione sia dal capo di un ente privato, che da uno che riveste qualsiasi funzione nell'entità, che, a sua volta, può essere di attività economiche, finanziarie o commerciali, superando in questo punto alla Convenzione del 1999, che faceva riferimento soltanto all'attività commerciale, tuttavia, anche in quel caso, omettendo tacitamente la referenza alle attività che non hanno per fine il lucro, criterio quest'ultimo che resta soltanto nella Decisione quadro del 2003.

Come si può apprezzare nell'evoluzione del concetto di corruzione nel settore privato, sembra purtroppo evidente che pochi anni dopo le prime intervensione nella materia, prenda luogo una tendenza a proporre delle figure di tutela penale anticipata, giacché, soltanto l'Azione comune del 1998 rilascia uno spazio rilevante e facilmente riconoscibile alla protezione come beni giuridici alla libera concorrenza e il patrimonio dei terzi, ciò che esprimeva un indirizzo di tutela minimo, che tuttavia non escludeva la possibilità di adozione di una fattispecie più ampia. Ciononostante, pochi anni dopo, attraverso la Decisione quadro del 2003, comincia a venir meno la protezione di beni giuridici attraverso la corruzione privata, nel momento in cui si dichiara che ogni Stato può limitare l'ambito di applicazione alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali, lasciando intravedere che la protezione di queste entità, costituisce una limitazione del reato, che nel resto dei casi proteggeva soltanto la lealtà nell'esercizio della funzione, che dipendendo dalle considerazioni potrebbe essere vista sia come bene strumentale che come bene fittizio, dipendendo dalla sua vicinanza alla condotta vietata.

Da sua parte, sia la Convenzione penale del 1999 che la Convenzione ONU del 2003, seguendo la stessa tendenza già adottata dalla Decisione quadro, ma in modo ancora più radicale, eliminando completamente qualsiasi riferimento -persino eventualmente limitativo- a qualunque

⁴³ La fattispecie di corruzione nel settore privato è individuata nelle lettere a) e b) del art. 21 della Convenzione ONU del 2003.

risultato sia di evento che di pericolo, derivante della condotta vietata attraverso la figura di corruzione nel settore privato, danno nuovamente luogo a quello che abbiamo denominato seguendo lo schema di beni giuridici, protezione di un bene giuridico che dipendendo dalla propria vicinanza alla condotta può essere catalogato come strumentale, oppure persino fittizio, nel caso in cui in realtà, ci trovassimo di fronte non ad un bene, se non alla condotta stessa nella sua versione lecita, questione che dipenderà della configurazione individuale della fattispecie in ogni ordinamento giuridico e di quali siano i requisiti necessari al fine di considerare il reato perfezionato.

Come si può osservare, si tratta di una tendenza che si era già verificata prima della adozione del primo strumento in materia di corruzione nel settore privato, quando nell'evoluzione della definizione di corruzione attiva e passiva della Convenzione contro la corruzione, nella quale erano stati coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 1997, rispetto a quella contenuta nel primo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1996, era stata cancellata la referenza all'evento di danno o pericolo agli interessi finanziari delle Comunità europee formulato, restando soltanto l'individuazione di un bene giuridico che solo si potrebbe considerare alla luce dello schema della seriazione, come fittizio o strumentale, ma difficilmente finale, precisamente per la sua vicinanza con la condotta vietata.

Tirando le file sulla protezione dei beni giuridici nei trattati e altri strumenti internazionali in rapporto alla o alle fattispecie di corruzione nel settore privato, sempre alla luce delle conclusioni contenute nel primo capitolo di questo lavoro sullo schema di seriazione di beni giuridici e l'importanza fondamentale di proteggere in ogni reato un bene giuridico suscettibile di essere considerato finale, possiamo affermare che soltanto l'Azione comune del 1998 e la Decisione quadro del 2003 soddisfano lo standard di tutela nel fare riferimento, nel primo caso, alla necessità di proteggere 'almeno' un bene giuridico che può essere la concorrenza nell'ambito del mercato comune, oppure, il patrimonio dei terzi, nel secondo caso, alla possibilità di limitare la fattispecie alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali.

Ciò precedentemente esposto, significherebbe che il riferimento alla lealtà nell'esercizio della funzione è contenuta nella fattispecie quale bene giuridico strumentale destinato a rendere

possibile la protezione di altri beni giuridici finali, in un caso, la concorrenza e, nell'altro, il patrimonio dei terzi, che tuttavia, in quanto bene strumentale, rimarrebbe insufficiente nel caso vengano cancellate dalla descrizione della fattispecie, le referenze ai beni giuridici finali menzionati. Al momento, uno sforzo teorico ulteriore, potrebbe aiutarci a comprendere in che momento la lealtà nell'esercizio della funzione potrebbe diventare un bene giuridico finale, e sarebbe la concezione della corruzione come una "forma di violazione degli obblighi che vincolano il dipendente al datore di lavoro, che paga il dipendente per l'accettazione e la realizzazione di una determinata attività e che si aspetta da lui un comportamento leale"⁴⁴.

La lealtà che lega il dipendente al datore di lavoro si danneggerebbe, a causa del patto corruttivo tra corruttore e dipendente che avrebbe come effetto una "deviazione di interessi" poiché il dipendente non agisce più in maniera esclusiva nell'interesse dell'imprenditore, bensì nel suo proprio interesse"⁴⁵, ciò che, inoltre, potrebbe avere degli importanti effetti sul patrimonio dell'imprenditore, che tuttavia, fino ad ora, non appare come elemento della fattispecie che, quando non protegge la concorrenza, si concentra soltanto in questa slealtà. Bisogna, ad ogni modo, essere cautelosi con l'assumere la lealtà verso il datore di lavoro come bene giuridico finale, perché se fosse questo il bene e non semplicemente la lealtà nell'esercizio della funzione in astratto, il tipo di dovere che deve venire violato è più specifico giacché, la sua inosservanza deve mettere l'impiegato a confronto col datore di lavoro e non con qualsiasi dovere in astratto⁴⁶.

Dunque, sarebbero in principio due i casi in cui -riconoscendo come bene giuridico la lealtà con il datore di lavoro- la perfezione del reato diventerebbe problematica. Il primo caso si collega esclusivamente alla corruzione attiva, dato che "concepito il delitto in questa maniera, colui che realmente viola i suoi obblighi è il dipendente corrotto, non il corruttore"⁴⁷, sorgendo la necessità di trovare una giustificazione addizionale alla rilevanza penale della condotta di quest'ultimo soggetto. Questa rilevanza potrebbe derivare dalla protezione, in quel caso, della lealtà verso la concorrenza, questione che non sembra in assoluto compatibile con la redazione della

⁴⁴ J.L. DE LA CUESTA, I. BLANCO, *La criminalizzazione della corruzione*, cit., p. 59.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Il tipo di dovere che permetterà la configurazione del reato, sarà uno dei fattori che si determinerà nel diritto interno, però in principio, la Decisione quadro menziona obbligazioni legali, normative professionali o istruzioni professionali la cui violazione non mette necessariamente all'impegnato in confronto col datore di lavoro, ragione per cui, affermiamo che c'è una differenza tra lealtà nell'esercizio della funzione e lealtà in confronto con il datore di lavoro.

⁴⁷ J.L. DE LA CUESTA, I. BLANCO, *La criminalizzazione della corruzione*, cit., p. 59.

disposizione, e perciò viene scartata come giustificazione; la seconda opzione sarebbe considerare che si tratti in realtà di un caso di partecipazione nel comportamento illecito del corrotto⁴⁸, ciò che però dovrebbe portare anche a una differenziazione dal punto di vista della sanzione, per così rispettare il principio di proporzionalità.

La seconda difficoltà di perfezionamento del reato, si collega invece alle due ipotesi presupposte, cioè sia la corruzione attiva che quella passiva, e si relaziona con la condotta con conoscenza da parte dell'imprenditore e non alle sue spalle⁴⁹, vale a dire, il caso in cui l'impegnato non agisce in confronto ai suoi interesse, se non piuttosto con la sua acquiescenza, ciò che ovviamente fa diventare licita la condotta, giacché "nella prospettiva della violazione del dovere questa non sarà delittuosa"⁵⁰.

Risulta importante, tuttavia, mettere in evidenza che assumere la lealtà verso il datore di lavoro come il bene giuridico 'finale', così come aveva fatto storicamente la Francia prima della riforma dell'anno 2005⁵¹, nonostante configurerebbe la corruzione privata come un reato in linea

⁴⁸ J.L. DE LA CUESTA, I. BLANCO, *La criminalizzazione della corruzione*, cit., p. 60. Inoltre, un'interessante analisi del problema si può trovare nel lavoro da U. KINDHÄUSER, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán*, in *Política Criminal*, n. 3/2017, pp. 12 s., che, in relazione al problema del bene giuridico tutelato dalla corruzione economica, sebbene nell'ordinamento giuridico tedesco, indica criticamente che l'accento non dovrebbe mai essere messo sul rapporto lavorale impegnato-datore di lavoro, perché nel caso in cui si leda il patrimonio risulterebbe applicabile la fattispecie di infedeltà (266 StGB) e poi, nel caso di non danneggiarsi, allora sarebbe una mera infrazione di contratto che non dovrebbe venire risolta attraverso il diritto penale. Tuttavia, nel caso di considerare la lealtà col datore di lavoro come il bene giuridico tutelato, non si comprenderebbe perché viene sanzionato il corruttore, dato che, in effetto non lede nessun dovere lavorale, e perciò dovrebbe essere sanzionato solo per la sua partecipazione (concorso), rimanendo senza spiegazione il caso di sanzione della promessa o la semplice offerta non accettata.

⁴⁹ J.L. DE LA CUESTA, I. BLANCO, *La criminalizzazione della corruzione*, cit., p. 61. Secondo gli Autori, se tratta del caso denominato nella dottrina tedesca "*entschleierte Schmiergelder*", e che potrebbe essere tradotto all'italiano come "tangente alla luce del sole".

⁵⁰ *Ibid.*, sul punto, anche possiamo prendere un confronto interessante dall'ordinamento giuridico tedesco, sebbene non in relazione alla fattispecie di corruzione tra privati, ma invece in rapporto al reato di infedeltà previsto nell'articolo §266 StGB, giacché in quel caso viene sanzionata soltanto la corruzione 'privata' segreta o clandestina, non la corruzione 'aperta' o 'svelata' con il consenso, almeno 'tacito' dei responsabili dell'impresa interessata, perché si tratta di una figura che protegge il patrimonio dell'azienda, il che non verrebbe leso quando esiste consenso dall'impresa o dei suoi responsabili, si può consultare in questo senso, J. VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 agosto 2012), Milano, 2003, pp. 84 s.

⁵¹ Storicamente la Francia, già dal 1919, conteneva nel codice penale una figura di «corruzione del dipendente», ubicata nell'art. 177 immediatamente dopo la corruzione del pubblico ufficiale, il che, dopo la riforma operata attraverso la *Loi d'adaptation* del 16 dicembre 1992, entrata in vigore nel 1994, si è spostato nell'articolo 152-6 del codice del lavoro, mantenendo la figura nella sua sostanza di protezione della lealtà verso il datore di lavoro, nei seguenti termini: «il fatto, per ogni dirigente o impiegato, di sollecitare o di approvare direttamente o indirettamente, all'insaputa e senza l'autorizzazione del proprio datore di lavoro, delle offerte, delle promesse, dei doni, dei presenti, degli sconti o dei premi per compiere o astenersi dal compiere un atto relativo alla propria funzione o facilitato dalla

con la corruzione pubblica, dove si protegge anche la lealtà verso il principale, porterebbe nuovi problemi, perché si tratta nel caso privato di doveri profondamente diversi di quelli protetti in sede pubblica, ragione per cui, la lealtà verso il principale non basta per giustificare un intervento penale nella materia, che alla fine diventerebbe sanzionatoria di mere infrazioni di contratti privati, ciò che non dovrebbero essere mai perseguitati attraverso il diritto penale, giacché, in caso contrario, anche altri contratti di prestazioni reciproche dovrebbero essere penalmente assicurati, il che evidentemente eccederebbe l'ambito legittimo della protezione penale ragionevole⁵², trasgredendo altri importanti principi del diritto penale come la sussidiarietà ed *extrema ratio*⁵³.

Il quesito del bene giuridico protetto dalla corruzione privata alla luce delle disposizioni contenute sia nella Decisione quadro del 2003, che nella Convenzione penale del 1999, così come anche nella Convenzione ONU del 2003, presenta addizionali spunti problematici, specialmente in attenzione ai verbi utilizzati per definire la condotta vietata, nonostante non siano stati inclusi soltanto i verbi concedere e ricevere, ma anche promettere, offrire e sollecitare, casi, questi ultimi, in cui risulta abbastanza discutibile che la lealtà si possa ledere con la semplice promessa, offerta o richiesta, per quanto non si arriverebbe nemmeno all'accordo di volontà tra corruttore e corrotto, portando come conseguenza che, essendo la lealtà il bene giuridico protetto anche in questi casi, verrebbe messo in pericolo della semplice intenzione, ciò che come criterio dovrebbe rimanere fuori dal campo del penalmente sanzionabile.

stessa, è punito con due anni di reclusione e con 30.000 euro di multa », per poi nel comma due punire anche il lato attivo di questo delitto di corruzione. Per un'analisi in dottrina della fattispecie francese nella sua versione del 1992, si può consultare, M.P. LUCAS DE LEYSSAC, Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 101-109. Tuttavia, l'anno 2005 è entrata in vigore in Francia la *Loi* n. 2005-750 del 4 luglio 2005 che ha abrogato l'art. 152-6 del c.l., introducendo gli artt. 445-1- e 445-2 nel c.p. che creano i reati di «*corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique*», che rappresentano, in opinione di alcuna dottrina, “semplicemente una trasposizione pressoché letterale degli artt. 2 e 3 della Decisione quadro del 22 luglio 2003, non accompagnata da alcun tentativo di adattamento delle stesse a specifiche esigenze del diritto interno”, si veda in questo senso, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 62, che in relazione all'analisi sul bene giuridico tutelato della nuova figura afferma che “non può dirsi che essa si ponga lungo una linea di discontinuità con la tradizione giuridica transalpina, atteso l'ambito di applicazione della fattispecie copre le medesime situazioni già sussumibile in quello dell'art. 152-6 del codice del lavoro” (p. 63).

⁵² U. KINDHÄUSER, *Presupuestos de la corrupción punible*, cit., p. 12, non dobbiamo dimenticare però, che si tratta di una critica formulata verso il reato nel caso in cui si prescinda del patrimonio come conseguenza della condotta infedele verso il datore di lavoro. Le critiche che si formulano su quel modello di protezione, si possono consultare in E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 55.

⁵³ Principi che erano stati messi in discussione come ispiratori della riforma dei reati societari dell'anno 2002, così come fa vedere in dottrina, A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali*, cit., p. 10, dove indica che la riforma ha posto in campo parole d'ordine impegnative e riassuntive di principi fondamentali di un razionale diritto penale moderno: sussidiarietà, *extrema ratio*, certezza del diritto, offensività, meritevolezza delle pene.

Ora bene, tutti i problemi rilevati in rapporto alla protezione o meno di uno o più beni giuridici da parte di una fattispecie di corruzione tra privati, è stata qui analizzata solo in modo preliminare, per mettere in evidenza quali sono i problemi a cui dà luogo una regolazione di questo tipo e quali potrebbero essere le possibili letture interpretative della norma. Tuttavia, bisogna ancora guardare attentamente il modo in cui l'ordinamento giuridico italiano ha raccolto queste direttrici per regolare un reato che sancisca la corruzione nel settore e, dunque, alla luce della normativa interna, scoprire se nel caso italiano è stato rispettato il principio costituzionale di offensività, regolando come rilevante la necessaria protezione di un bene giuridico finale come la concorrenza o il patrimonio del terzo, o se ha preso una direzione che, nel nome dell'efficienza, prescinde da un bene giuridico di simili caratteristiche, avvicinandosi in modo migliore allo *standard* di bene giuridico fittizio, in linea con un diritto penale piuttosto moralizzante, che come *ultima ratio*.

3.- La regolazione italiana attraverso la riforma dei reati societari del 2002

3.1.- L'Italia dopo la regolazione internazionale attraverso l'infedeltà a seguito di dazioni o promesse di utilità: esecuzione di obblighi o strada propria?

La prima questione che dobbiamo tenere presente rispetto all'esecuzione o meno delle disposizioni contenute negli strumenti internazionali precedentemente menzionati, specialmente tutte quelle a cui abbiamo fatto riferimento per individuare le caratteristiche che dovrebbe avere un possibile reato di corruzione tra privati è che, come è ovvio che sia, corrispondano a norme di carattere non *self-executing* "poiché riguardano la materia penale, in relazione alla quale vige nell'ordinamento italiano il principio di stretta legalità, con particolare riferimento alla previsione normativa dei reati e delle conseguenti sanzioni penali"⁵⁴, ragione per cui bisogna adottare nell'ordinamento giuridico interno, provvedimenti di adeguamento che, nel caso della corruzione, risultano specialmente complessi dato che riguardano diversi trattati⁵⁵.

⁵⁴ P. PUSTORINO, *In tema de applicazione nell'ordinamento italiano delle Convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Milano, 2014, p. 475.

⁵⁵ In questo senso, *Ivi*, pp. 475 s., utilizzando come esempio la legge n. 300 del 29 settembre 2000, che ratifica ed eseguita la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del suo primo Protocollo, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti

In questo senso, la storia della regolazione della corruzione privata in Italia è profondamente collegata alla regolazione internazionale utile come fonte di riferimento, e la nascita del precetto che la contiene risponde, in qualche modo, all'esecuzione di diversi mandati internazionali che, già da qualche tempo, indicavano che la corruzione non doveva essere più affrontata solo da un punto di vista pubblico⁵⁶. Tuttavia, non è stato soltanto l'esigenza di armonizzazione internazionale ciò che spiega l'introduzione della figura nell'ordinamento giuridico nazionale, esistendo anche fattori strutturali che hanno portato a concepire la regolazione della corruzione nel settore privato come una necessità, in particolare, il "diffuso processo di privatizzazione delle società pubbliche, con la conseguente riduzione dei soggetti ai quali potesse essere ricondotto il c.d. statuto penale della pubblica amministrazione"⁵⁷.

In questo contesto, è stato attraverso il progetto Mirone⁵⁸ che nasce, per la prima volta in Italia, "l'idea di una fattispecie generale repressiva della corruzione privata"⁵⁹, nonostante alla legislazione sia stato aggiunto, nell'anno 2002, soltanto il reato di infedeltà a seguito di dazioni o promessa di utilità, inserito tra i reati societari nell'articolo 2635 del c.c., che in realtà "incrimina non tanto direttamente la corruzione privata, quanto piuttosto le conseguenze di questa, quando

funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.

⁵⁶ Si può vedere in questo senso, L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati» nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, p. 379, che aggiunge anche come ragione l'intento di rispondere alla tendenza politico-criminale ormai da tempo affermatesi nei Paesi guida dell'Unione europea, per i quali la corruzione non risponde soltanto un modello di fattispecie di stampo pubblicistico.

⁵⁷ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contratto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Milano, 2014, p. 17; nello stesso senso E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, pp. 10 s., l'Autore si riferisce al paradosso della privatizzazione, giacché prima appare la privatizzazione come la soluzione contra la corruzione, e al poco andare è la propria attività imprenditoriale che comincia anche a produrre corruzione, G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in *Federalismi.it, Rivista de diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 21/2010, p. 8. Sull'argomento delle cause che spiegazione come sorge la necessità di regolare la corruzione nel settore privato, si veda *supra* titolo I di questo capitolo.

⁵⁸ Si tratta di un progetto di riforma dei reati societari emanato dalla Commissione di lavoro dello stesso nome, i cui lavori si sono conclusi con lo schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, in cui si suggeriva regolare il reato di corruzione (art. 10.1, n.13). Nonostante ciò, quel disegno soffre delle modifiche fino convertirsi nella legge delega n. 366 di 3 ottobre 2001, la cui si riferiva già non a corruzione, se non al comportamento infedele, che poi da luogo al Decreto legislativo n. 61, del 11 aprile del 2002, attraverso il quale si incorpora il delitto di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità, che disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge delega n. 366, e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2002.

⁵⁹ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., pp. 690-714.

abbiano carattere nocivo per il patrimonio della società cui fa capo il corrotto”⁶⁰, generando una serie di critiche basate sul bene giuridico protetto, la procedibilità a querela della persona offesa e il numero limitato di soggetti attivi inclusi nella norma.

La versione originale dell’articolo 2635 condannava, con una reclusione fino a 3 anni, gli *amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o promessa di utilità, compivano od omettevano atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocimento la società*. Inoltre, si condannava con la stessa pena chi dava o prometteva l’utilità e, infine, si includeva un requisito processuale precedente, ovvero, la querela della persona offesa, che rendeva il reato di infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità “sin d’ora ben lungi dal soddisfare i requisiti richiesti dall’ Azione comune del 1998 e dalla Convenzione del Consiglio d’Europa del 1999”⁶¹.

Non si trattava decisamente di una linea di politica criminale divergente, se non “estremamente più circoscritta rispetto all’intervento che sarebbe stato necessario per adempiere a quanto richiesto dagli atti internazionali”⁶², che già all’epoca faceva auspicare la incorporazione delle modifiche, soprattutto motivate da alcune sfasature rispetto allo strumento dell’Unione europea⁶³. Così, fin dall’inizio, il modello scelto dal legislatore italiano sembrava piuttosto una “tutela anticipata contro condotte di gestione infedele, in una prospettiva tutta interna agli interessi societari”⁶⁴, che “appariva esclusivamente e «nitidamente orientata in chiave di protezione del patrimonio sociale»”⁶⁵, invece di un intervento destinato a evitare distorsione della concorrenza

⁶⁰ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., *passim*. Sull’argomento di reprimere forme indirette ed eventuali di corruzione privata, si può consultare, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 77 s.; anche, L. FOFFANI, *Le infedeltà*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 368, l’Autore esprime la sua decezione verso il precetto per considerare si tratta di una norma attraverso la cui opera una preoccupante perdita di identità della fattispecie incriminatrice, la che viene completamente assorbita, almeno sotto il profilo linguistico, nell’orbita dell’infedeltà.

⁶¹ L. FOFFANI, R. ACQUAROLI, *La corruzione tra privati*, cit., p. 26.

⁶² L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati»*, cit. p. 380.

⁶³ G. ARMONE, *La corruzione nel settore privato (Capitolo XIII)*, in A. PIOLETTI, B.R. CIMINI, F. GANDINI, G. IUZZOLINO, G. ARMONE, G. NICASTRO (a cura di), *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell’Unione europea: dal mandato d’arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 281.

⁶⁴ G. FORTI, *La corruzione tra privati nell’orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 288 s.

⁶⁵ L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati»*, cit. p. 380, l’Autore fa la referenza indicando che così si leggeva espressamente nella *Relazione illustrativa del disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.* 2000, p. 80.

come minimo nell'ambito del mercato comune e la produzione di danni economici a terzi⁶⁶, in linea con un modello di protezione della lealtà e la libertà di concorrenza.

Perciò, seguendo questa linea argomentale si è affermato, in dottrina, persino che la riforma societaria introdotta con il d.lgs. dell'11 aprile 2002, n. 61 “non ha prodotto alcun significativo avanzamento rispetto alle istanze emerse a livello europeo circa la necessità di una più efficace lotta contro pratiche di corruzione da parte degli attori giuridici del ‘mercato’”⁶⁷, rischiando, di conseguenza, la sua carica di protezione offensiva e orientandosi come precetto a ciò che i critici dell'intervento in materia di corruzione privata hanno denominato la “moralizzazione dell'attività imprenditoriale privata”⁶⁸ e che dovremmo valutare sotto lo sguardo della effettiva protezione dei beni giuridici.

In termini concreti, al di là dei problemi collegati alla protezione di un bene giuridico diverso da quello segnalato come fondamentale dagli strumenti internazionali, le critiche si scatenano concentrate sui due degli aspetti che sembrano limitare la portata del precetto. Da una parte, il cerchio di soggetti attivi limitato agli *amministratori, direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione*, a cui nell'anno 2005 si aggiungono «i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari»⁶⁹, offrendo una formula che risulta ben distante dai termini ampi utilizzati dall'Azione comune del 1998⁷⁰, dall'altra parte, si mette in evidenza l'ulteriore problema di applicazione che potrebbe generare la previsione di querela della persona offesa, al percepirsi come un “fattore generale di ostacolo all'effettiva repressione del fenomeno”⁷¹.

⁶⁶ Si tratta dei beni giuridici menzionati negli artt. 2 e 3 dell'Azione comune del 1998; in dottrina, L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati»*, cit. pp. 380 s.

⁶⁷ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 76.

⁶⁸ E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit. pp. 14 s., l'Autore considera che le nuove norme cercano di perseguire un obiettivo di natura morale, cioè quello di far svolgere, sotto la minaccia della sanzione penale, l'attività economica (o d'impresa) nel rispetto dei canoni etici predeterminati e comunque in vigore presso le moderne società industriali, ragione per cui la “violazione di un dovere” sembrerebbe costituire, in astratto, un punto d'appoggio per questa ricostruzione eticizzante dei nuovi divieti penali.

⁶⁹ Si tratta della modifica effettuata attraverso l'art. 15 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 che ha come unico mutamento, sull'art. 2635 c.c., l'adizione tra i soggetti attivi dei «dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari».

⁷⁰ Ricordiamo che tale strumento menziona tra il cerchio di soggetti attivi a qualsiasi dipendente o altra persona nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato, si può consultare in dottrina sul punto, L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati»*, cit. p. 380.

⁷¹ G. ARMONE, *La corruzione nel settore privato*, cit., p. 280.

Ora bene, sebbene l'inosservanza delle richieste internazionali si formuli tipicamente in chiave problematica, sembra che almeno in questo caso, la presa di distanza rispetto ai mandati contenuti sia nell'Azione comune che nella Convenzione del Consiglio, non risulti del tutto sbagliata dal punto di vista dell'offensività di beni giuridici, giacché non si prescinde del tutto dalla protezione di un'entità, se non semplicemente si adotta la decisione di seguire un modello di persecuzione diverso. Così, invece di proteggere la concorrenza o il patrimonio del terzo, si crea una figura a tutela del patrimonio sociale, questione che dobbiamo valutare alla luce dello schema di seriazione di beni giuridici, per stabilire se soddisfa o meno lo *standard* indicato precedentemente, per poi, ponderarne la somiglianza con il modello di protezione della corruzione pubblica precedentemente analizzata.

3.2.- I tratti distintivi della corruzione privata rispetto al modello pubblicistico di incriminazione: l'evento dannoso quale bene giuridico finale

Come si può subito capire dalla lettura del suo contenuto, e come abbiamo già riferito nel titolo precedente, l'articolo 2635 c.c. nella sua versione del 2002 (senza nessun cambiamento dopo la riforma del 2005), contiene una fattispecie di evento dannoso che punisce la condotta quando da essa ne deriva un nocumento alla società, consolidandosi come reato rintracciabile nell'alveo del modello di protezione patrimonialista, in cui si giustificano i fatti di corruzione privata quale "tutela del patrimonio del principale"⁷², e si configura l'offensività in chiave "interna al rapporto di agenzia staticamente inteso"⁷³, prendendo distanza, dal punto di vista strutturale oggettivo, del

⁷² A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 11, secondo l'Autore, risulta fondamentale il soggetto a cui il corrotto è legato in qualità di 'agente'; si può consultare anche, L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati»*, cit. pp. 382 s., che considera il modello di tipo patrimonialista come quello in cui si punisce la corruzione privata in quanto lesione del rapporto di fedeltà patrimoniale fra mandatario e mandante, indicando inoltre si tratta del modello seguito in particolare per il legislatore austriaco, con l'introduzione nel 1987, accanto alla tradizionale figura di infedeltà, di una fattispecie "avamposto" configurata come «accettazione di indebita utilità da parte del rappresentante» (§ 153° StGB) «*Geschenkannahme durch Machyhaber*». Inoltre, sul modello patrimonialista e il suo recepimento nella fattispecie austriaca della «*Geschenkannahme durch Machyhaber*» (§ 153° StGB), si può consultare E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 20-27, sebbene con una differenza radicale, dal momento in cui la *Geschenkannahme* si arresta alla soglia del pericolo astratto, mentre in Italia si struttura come reato di danno, ciò che potrebbe recuperare il deficit di offensività denunciato, ma allo stesso tempo significherebbe un inutile doppione dell'infedeltà patrimoniale.

⁷³ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 11; consultare anche, A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali*, cit., p. 21, il quale spiega come il danno effettuale rappresenta uno dei maggiori risalti della riforma dei reati societari del 2002, trattandosi di una novità saliente che, inoltre, è stata prospettata dal legislatore come elemento di gradazione della gravità del reato.

modello pubblicistico di cui fa parte la corruzione propria prevista come reato di pericolo, in opposizione alla figura qui spostata come fattispecie di danno⁷⁴.

A questo punto, risulta dunque fondamentale ricordare i diversi profili di vicinanza tra corruzione privata e corruzione pubblica che, non per niente, portano lo stesso nome in ragione di una struttura a cui obbediscono come fattispecie e che, in generale, si potrebbe riassumere nella “violazione delle clausole di un contratto tra un ‘agente’ e un ‘principale’ che prevede una delega di responsabilità”⁷⁵. Tuttavia, il problema del reato regolato nell’articolo 2635 c.c., nella sua versione del 2002, è che non sancisce un vero reato di corruzione, se non “un pallido riflesso” di essa⁷⁶, giacché in realtà si tratta di una figura di “infedeltà aggravata della corruzione ma non della corruzione in quanto tale”⁷⁷, categoria rivelata già dal suo inquadramento sotto l’etichetta dell’infedeltà, facendo vedere chiaramente l’opzione privatistica scelta dal legislatore⁷⁸.

Ora bene, questo indirizzo privatistico orientato alla protezione del patrimonio societario, sostenuto dall’utilizzo del verbo “cagionare” che è trasformato in reato di danno, ciò che il progetto Mirone proponeva come reato di pericolo⁷⁹, si contrappone all’idea di anticipazione della soglia punitiva, e a favore della necessaria protezione di un bene giuridico che possiamo catalogare come finale, risolvendo gli eventuali problemi di offensività che, da questo punto di vista, potrebbero essersi verificati, ma allo stesso tempo, allontanando la figura di quella proposta a protezione della libera concorrenza o il patrimonio del terzo nei tratti internazionali allora in vigore, e porta con sé l’effetto negativo di alterazione dell’equilibrio tra gli artt. 2634 c.c. e 2635 c.c.⁸⁰.

⁷⁴ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. p. 18, la referenza fatta alla corruzione propria è alla figura contenuta nell’articolo 319 c.p.

⁷⁵ D. DELLA PORTA, A. VANNUCI, *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l’occasione di mani pulite*, Roma-Bari, 1999, p. 208., in riferimento alla stessa definizione, G. FORTI, *La corruzione tra privati nell’orbita*, cit., p. 294.

⁷⁶ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 214 s.

⁷⁷ S. SEMINARA, *Intervento (senza titolo)*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, p. 278.

⁷⁸ G. FORTI, *La corruzione tra privati nell’orbita*, cit., p. 294.

⁷⁹ Ancora però, in dottrina, si alzano voce contra la configurazione del reato, perché si tratterebbe di «un’ipotesi destinata, in origine, a punire condotte anche solo pericolose per il patrimonio sociale, rischia adesso di non colpire neppure i comportamenti effettivamente dannosi per la società», in quel senso, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 214; C. PARODI, *Diritto penale dell’impresa*, cit., p. 231, affermando che il precetto risultava di modestissima utilità anche in relazione alla tutela del patrimonio sociale. Ancora più estremo in dottrina, catalogando il precetto di inutile, in quanto la tutela del patrimonio era già garantita dal ricorso ad altre tradizionali fattispecie, G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, in A. D’AVIRRO (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, 2013, p. 350.

⁸⁰ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 13.

Gli articoli menzionati, oltre a condividere il fatto di “applicarsi solo al settore societario”⁸¹, formano “una sorte di ‘micro-sistema’ al quale è affidata la repressione delle condotte infedeli nella gestione del patrimonio societario”⁸², che nella sua idea originaria pretendeva sanzionare nel primo caso un reato di danno, nel secondo, un reato di pericolo. Tuttavia, dall’essere finalmente regolate entrambe le figure come reati di danno, si è generato l’effetto precedentemente menzionato di alterazione dell’equilibrio dei precetti, rischiando l’ipotesi del concorso⁸³, che si potrebbe salvaguardare se comprendessimo l’infedeltà dell’art. 2635 c.c. come una *specializzazione della tutela* contenuta nell’art. 2634⁸⁴, consistente precisamente nel rilasciare un diverso trattamento giuridico penale dei fatti che trovano “la propria causa originaria, il proprio presupposto, in una corruzione privata”⁸⁵.

All’interpretazione del precetto come un caso di specializzazione, rimane ancora una forte critica dal punto di vista dell’incongruenza sanzionatoria tra art. 2634 e art. 2635, giacché il primo stabilisce come sanzione la reclusione da sei mesi a tre anni, mentre il secondo, la reclusione sino a tre anni senza minimo, dovendo ricorrere alla regola dell’art 23 c.p., che ci porta a concludere come minimo i 15 giorni⁸⁶, dando luogo al riconoscimento di una pena più bassa per il caso qui concepito come più grave, questione che si è venuta a correggere attraverso la riforma dell’anno 2012 che ha incrementato il minimo della sanzione dell’art. 2635 a un anno, restituendo così “coerenza alla scelta politico criminale che sorregge il rapporto tra gli artt. 2634 e 2635”⁸⁷.

La ricostruzione giuridico penale della fattispecie di cui l’art. 2635 c.c., in chiave di offensività del patrimonio societario sebbene risulta essere assolutamente prevalente⁸⁸, non è in

⁸¹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 3ª ed., Milano, 2017, p. 308.

⁸² A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 12.

⁸³ A favore dell’idea secondo cui il reato di corruzione tra privati rappresenterebbe piuttosto un doppio del reato di infedeltà patrimoniale oppure del reato di appropriazione indebita nelle ipotesi di un preesistente conflitto di interessi, si veda, C. PARODI, *Diritto penale dell’impresa*, cit., pp. 230 s.

⁸⁴ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 13.

⁸⁵ *Ivi*, p. 14, per chi corruzione privata implicherebbe «il patto corruttivo che veda l’agente corrotto impegnarsi a compiere atti contrari ai propri doveri posizionali in cambio di utilità».

⁸⁶ Il comma uno dell’articolo 23 del c.p. indica che la pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, dovendo intendersi che non può esistere un minimo inferiore a questo.

⁸⁷ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 15, l’Autore fa presente una visione critica verso coloro indicano si tratterebbe semplicemente di una riforma cosmetica, in quel senso, E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, p. 18.

⁸⁸ Considerando si tratta di un reato di orientazione di esclusiva protezione del patrimonio sociale, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 220 s.; C. PARODI, *Diritto penale dell’impresa*, cit., p. 230; G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 350; V. MILITELLO, *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del*

assoluto pacifica, nonostante l'apparente chiarezza della norma, ritenendo una parte della dottrina italiana, ancora del tutto minoritaria, che in realtà il bene giuridico protetto si dovrebbe identificare nel "buon andamento societario che deriva dal rispetto dei doveri di ufficio da parte dei soggetti preposti alla cura degli interessi sociali"⁸⁹, in linea con la nozione di un reato di corruzione invece di uno d'infedeltà, tutto ciò che potrebbe avere un senso come affermazioni di *legge ferenda*, tuttavia in contrasto con l'espressa esigenza di un nocumento societario da cui la configurazione dell'illecito non potrà mai prescindere senza rischiare problemi di illegalità⁹⁰.

Finalmente, a proposito di ciò che si collega al patrimonio quale bene giuridico tutelato dal precetto, sorge un dubbio interpretativo su come si dovrebbe leggere il termine "nocumento" scelto dal legislatore per riferirsi al danno come evento del reato. Il quesito non emerge dal contenuto patrimoniale o meno della parola, se non dalla sua portata restrittiva oppure espansiva del danno patrimoniale. Nondimeno, sembra che la bilancia si stia inclinando verso una lettura piuttosto espansiva del nocumento che non raggiunge solo i danni emergenti, ma anche, il lucro cessante⁹¹, ciò che la propria Cassazione ha confermato nell'affermare che in tema di infedeltà, a seguito di dazione o promessa di utilità, il nocumento "consiste nella lesione di qualsiasi interesse della medesima suscettibile di valutazione economica e non si risolve pertanto nella causazione di un immediato danno patrimoniale"⁹²

Ciò precedentemente affermato, permetterebbe ancora di sviluppare un'interpretazione sull'utilità del precetto, per soddisfare i casi in cui il danno patrimoniale abbia delle caratteristiche che non riescono a essere coperte dal concetto restrittivo tradizionale di danno patrimoniale⁹³. In

nuovo reato societario, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 371 s.; L. FOFFANI, *La «corruzione tra privati»*, cit. pp. 388 s.; M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. p. 19; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 307.

⁸⁹ DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, 5^a ed., Milano, 2008, p. 179, in opinione dell'Autore, il buon andamento si costruisce per proteggere l'«interesse sociale alla fedeltà della condotta degli organi sia di gestione che di controllo»; in senso simile, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di C.F. GROSSO, 15^a ed., Milano, 2018, pp. 299 s., il quale considera che nella versione 2012 del reato il legislatore ha fatto mostra di avvicinare la fattispecie al modello pubblicistico, lasciando in realtà pressoché inalterato il DNA privatistico a tipologia essenzialmente patrimonialistica.

⁹⁰ Approfondendo su come un'interpretazione del tipo contrasterebbe con l'impianto complessivo della riforma e con la stessa lettera della norma, la cui rubrica evidenzia inequivocabilmente lo stretto legame con l'infedeltà patrimoniale, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 220 s.

⁹¹ *Ivi*, p. 257.

⁹² Cass. n. 5848/2015. In dottrina indicando che è prevalso l'orientamento ampio, C. PARODI, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 232.

⁹³ Concetto utilizzato, ad esempio, dall'infedeltà di cui l'art. 2634 c.c.

tal modo, si proverebbe a salvare il forte rischio di aver creato un reato quanto meno irrilevante, e che offre ancora una lettura che non affetta la natura del bene giuridico protetto come finale, alla luce dello schema di seriazione di beni giuridici, giacché rappresenterebbe un vero momento finale di tutela che si giustifica in sé⁹⁴, ma che, tuttavia, si valuta come inutile sotto lo sguardo delle aspettative che pretendevano “una severa repressione non tanto nell’interesse dei singoli quanto in quello dell’economia nazionale”⁹⁵ e che bisognerà ponderare ancora nell’alveo della sua evoluzione legislativa posteriore.

3.3.- Configurazione obiettiva della fattispecie: il *pactum sceleris* come requisito di realizzazione del danno

Abbiamo già avuto l’opportunità di analizzare come la richiesta di un evento dannoso consistente in un nocumento alla società, allontani in qualche modo la fattispecie dell’art. 2635 c.c. dei tratti della corruzione, per indirizzarlo piuttosto come figura di protezione squisitamente privatistica, più vicina all’infedeltà la cui rubrica mette ancora più in evidenza. Tuttavia, questa distanza, dal punto di vista della configurazione dell’offensività, non implica una distanza dal punto di vista della struttura obiettiva del reato, che ancora riproduce, sebbene, “con alcune significative differenze, il nucleo essenziale delle condotte di corruzione”⁹⁶.

Si tratta, secondo la dottrina prevalente, di un reato “bilaterale a concorso necessario”⁹⁷ che prevede “un vero e proprio *pactum sceleris* tra il soggetto *intraneus* della società e il soggetto esterno, dal quale scaturisce la promessa e la dazione di un’utilità”⁹⁸, nonostante non sia

⁹⁴ Véase *supra* Capitolo I, titolo 6.

⁹⁵ C. PARODI, *Diritto penale dell’impresa*, cit., p. 154.

⁹⁶ E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 220 s.

⁹⁷ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 312; nello stesso senso, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 243, osservando inoltre si tratta di un reato in cui è unico il risultato verso il quale convergono le volontà e i comportamenti tanto del corrotto, quanto col corruttore, affermando poi come argomento *a fortiori* che «il comma II dell’art. 2635 c.c., del resto, si limita ad estendere la punibilità a chi dà o promette l’utilità, senza operare alcuna autonoma descrizione della condotta incriminata», anche in senso conforme, P. ALDROVANI, *Commento all’art. 2635 c.c. Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, A. LANZI, A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, p. 213. Tuttavia, è importante tenere presente che una parte della dottrina, sebbene minoritaria, considera si tratta di due figure autonome, si veda così, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3^a ed., Milano, 2007, p. 235; A. PAGLIARO, G. MANFREDI PARODI, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 187; A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, Milano, 2003, pp. 328 ss., l’A. afferma, nonostante farlo in riferimento alla corruzione pubblica, che occorre non confondere la natura bilaterale delle condotte minime e delle condotte base di corruzione attiva e passiva con una pretesa struttura bilaterale o plurisoggettiva dei reati di corruzione.

⁹⁸ C. PARODI, *Diritto penale dell’impresa*, cit., p. 230.

imprescindibile la ricezione o l'accettazione della promessa, essendo sufficiente per perfezionare il delitto sia la dazione o la promessa di utilità, che il compimento o l'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio, come il nocumento alla società, previsto come evento dannoso⁹⁹, dimostrando un'ispirazione al "modello della corruzione propria antecedente"¹⁰⁰.

Alcuni spunti problematici derivano ancora, avendo alla vista specialmente il necessario *pactum sceleris*, dall'utilizzazione del verbo promettere, dato che implicherebbe un impegno verso il futuro, che dovrebbe, inoltre adempiere il generale requisito -condiviso con la dazione- di venire compresso e accettato nel suo significato corruttivo¹⁰¹, di apparire quale esternazione valida e controllabile¹⁰² che antecede e dà ragione di essere al compimento o l'omissione di un atto in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio, quale "controprestazione del soggetto qualificato"¹⁰³, che esclude la possibilità di pattare sui fatti che abbiano per scopo atti conformi ai doveri d'ufficio¹⁰⁴.

L'inclusione dell'omissione tra le condotte incriminate ha come risultato che "ci si trova di fronte ad uno dei rari casi di reato omissivo di evento tipizzati nella parte speciale"¹⁰⁵, affermazione con cui possiamo chiudere l'analisi del reato che, cercando di regolare un caso di corruzione privata, è soltanto riuscito a sancire gli effetti che ne derivano quando provengono dall'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, la quale, conservando dal punto di vista della struttura obiettiva, l'impianto della corruzione propria antecedente, si allontana dal modello di protezione pubblicistico nel prevedere un evento dannoso come elemento del reato, consolidando così una figura di protezione privatistica che evitando i problemi di offensività, ha dato luogo a eventuali problemi di concorso che si potrebbero salvaguardare seguendo l'interpretazione del precetto quale caso di specializzazione.

⁹⁹ In questo senso, E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., pp. 239 s., che indica tutti questi momenti come quelli salenti nella struttura oggettiva del reato.

¹⁰⁰ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 312 s., l'Autore definisce la corruzione propria come quella riguardante a un atto contrario ai doveri d'ufficio del soggetto agente, e l'antecedente, come quella in cui la corresponsione dell'utilità o la pronuncia della promessa precede la realizzazione dell'atto; in questo senso anche, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati - adeguamenti eurounitari e riflessi del passato*, in *Indice Penale*, Novissima Serie, anno IV, n. 1/2018, p. 102.

¹⁰¹ F. GIUNTA, *Lineamenti generali dell'economia*, vol. I., Torino, 2004, p. 297.

¹⁰² E. LA ROSA, *La repressione penale*, cit., p. 244.

¹⁰³ *Ivi*, p. 246.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 247.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 251.

4.- La riforma per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione

4.1.- Il cambio di rubrica a corruzione tra privati, ancora 'frode di etichette'?

Con la riforma del 6 novembre del 2012, intitolata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nell'amministrazione pubblica"¹⁰⁶, il legislatore ha provato a correggere gli errori commessi nel 2002, "nel riformare la materia secondo una duplice ed integrata strategia di prevenzione amministrativa e di repressione penale"¹⁰⁷, che introduce una serie di modifiche sul reato di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, "cercando, tra l'altro di porre rimedio ad alcune delle incongruenze"¹⁰⁸ abordate nel titolo precedente, tra cui, appare come essenziale, insieme all'introduzione della precedentemente mancata tutela della libera concorrenza, il cambio di rubrica a *corruzione tra privati*, che però bisognerà valutare per capire se si tratta di un vero cambiamento o soltanto una nuova 'frode di etichette'.

Sfortunatamente per coloro si aspettavano un vero reato di corruzione tra privati, tutto sembra indicare che i differenti cambi introdotti con la riforma del 2012 "non ne hanno mutato l'impianto di fondo, rimasto inalterato"¹⁰⁹, e oltre ad aver rinominato la figura con il nome di

¹⁰⁶ La legge del 6 novembre del 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale italiana n. 265, il 13 novembre 2012, attraverso il suo articolo 1, n. 76, ha introdotto un nuovo art. 2635 c.c. nei seguenti termini: « **Salvo che il fatto costituisca più grave reato**, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa **di denaro** o altra utilità, per sé o **per altri**, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o **degli obblighi di fedeltà**, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione **da uno** a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi» (Tutto ciò evidenziato costituisce una novità della riforma).

¹⁰⁷ V. MILITELLO, *Fondi Neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 4/2012, p. 909.

¹⁰⁸ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 691.

¹⁰⁹ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 354; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 300; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 309, indicando che la riforma del 2012, al di là del suggestivo mutamento della rubrica, non ha determinato sostanziali modifiche, rimanendo invece la norma ancorata all'originario reato di evento; nello stesso senso, R. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida al diritto*, n. 48/2012, inserto n. 13, p. XXXV, che afferma che la riforma non ha comportato un radicale stravolgimento della fattispecie. Dall'altra parte, un settore della dottrina indica che la fattispecie presenta ancora maggiori profili di incertezza e labilità, così, A. MELCHIONDA, *La nuova dimensione tipica del delitto di 'corruzione*

corruzione tra privati, si tratterebbe ancora di un'incriminazione del "comportamento infedele nell'ambito della società commerciale con attenzione prioritaria alla tutela di natura patrimoniale"¹¹⁰ giacché, sia l'incorporazione di nuovi soggetti attivi, come la possibilità di commettere il reato 'per altri', che l'incorporazione di nuovi doveri la cui violazione permette di configurare il reato, non implicano l'estensione della protezione dei casi di violazione di interessi all'esterno della società commerciale¹¹¹.

In riferimento all'ampliamento del novero dei soggetti attivi, possiamo dire che la decisione di "estenderlo a chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma"¹¹², appare come un cambiamento in linea con il linguaggio utilizzato in materia di responsabilità amministrativa della persona giuridica¹¹³, che tuttavia, lascia aperta la porta a un altro problema, che consiste nel non permettere ulteriormente l'applicazione del reato a settori che "sarebbero stati terreni di grandi interesse per ripensare una disciplina del fenomeno corruttivo in ambito privato"¹¹⁴. Perciò, persino dopo il 2012, la figura rimane limitata all'ambito societario, contrariamente a quanto indicato dagli strumenti internazionali che si riferivano a qualsiasi attività commerciale oppure a tutti i tipi di attività, incluse quelle senza scopo di lucro¹¹⁵.

tra privati' dopo la riforma 'spazza corrotti': l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta, in *Sistema penale*, n. 12/2019, p. 63.

¹¹⁰ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 354.

¹¹¹ Tuttavia, bisogna mettere in evidenza un'opinione della dottrina che vede con buoni occhi il mutamento del nome considerando sia «*estremamente significativo*», giacché sottolinea che il disvalore del fatto vietato si incentra sul patto corruttivo piuttosto che sulla mera gestione infedele, delineando ciò che potrebbe denominarsi «*corruzione privata societaria*», si veda così, M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. pp. 41 s.

¹¹² R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 308, secondo l'Autore su questo gruppo di soggetti si riconosce una gravità minore del fatto, e perciò si indica una differenza dal punto di vista della sanzione la cui può arrivare soltanto a un anno e sei mesi, a contrasto dei tre anni dei soggetti previsti nel comma uno.

¹¹³ Si tratterebbe di una scelta descrittiva in cui si usa la medesima terminologia del d. lgs. 231/2001, in modo tale di delineare la figura in una prospettiva di potenziale responsabilità pure della persona giuridica, vedere in quel senso, M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. p. 44; anche, P. DE ANGELIS, A. JANNONE, *D.L. Anticorruzione. La corruzione tra privati e la tentazione del "panpenalismo"*. *Cosa cambia nel modello*, in *Resp. amm. soc. e enti*, n. 4/2012, p. 74. Sull'effetto che ha l'incorporazione del reato di corruzione tra privati come reato presupposto del d. lgs. 231/2001, si rimanda a M. M. SCOLETTA, *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma sul sistema del d. lgs. 231/2001*, in B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, pp. 467-491.

¹¹⁴ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 354, l'Autore si riferisce al settore dell'intermediazione, in cui potrebbe accadere che l'intermediario serva meglio il soggetto di chi riceve un pago nascosto.

¹¹⁵ In questo senso, R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 309, che indica l'attività commerciale come lo scopo tenuto in vista dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, e poi, l'attività professionale svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro come l'obiettivo fissato della Decisione quadro del 2003. Nello stesso, cioè considerando si comprendano tutti gli enti privati collettivi, pure quelli senza scopo di lucro e indipendentemente tanto dalla presenza o meno di personalità giuridica, V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, p. 582.

Ai limiti espressi in precedenza, se ne aggiunge uno riferito all'ambito di applicazione del precetto, attraverso una c.d. 'clausola di riserva' o 'clausola di sussidiarietà' che "sembra implicitamente rinviare alla possibilità di applicare le più severe norme di corruzione in ambito pubblicistico nell'ipotesi in cui il privato sia un incaricato di pubblico servizio"¹¹⁶, il cui effetto non dovrebbe essere sottovalutato dal momento che si limita soltanto a "esplicitare soluzioni già ricavabili in via ermeneutica"¹¹⁷.

Su un diverso profilo, questa volta collegato alla condotta, si incorpora la possibilità che l'utilità data o promessa possa essere realizzata non solo per sé ma anche 'per altri', del tutto in concordanza con i reati di corruzione pubblica di cui il codice penale, aggiungendo espressamente il concetto di 'denaro' come possibile utilità oggetto dello scambio corrotto - corruttore, che però neanche hanno la capacità di modificare sostanzialmente l'impianto tipico del reato. Tuttavia, una modifica più rilevante emerge dall'incorporazione di un nuovo tipo di obblighi su cui può ricadere la violazione, cioè gli obblighi di fedeltà, introdotti per colmare un eventuale vuoto di tutela in rapporto ai nuovi soggetti subordinati da chi, in caso di "adesione ad un accordo corruttivo, è più agevole ravvisare una violazione di 'obblighi di fedeltà' verso la società dalla quale si sia ricevuto un incarico"¹¹⁸ che una violazione di un obbligo d'ufficio.

Di conseguenza, tirando le somme, riguardo l'evoluzione del delitto definito nell'articolo 2635 c.c., possiamo dire che, così come prima, dopo la riforma del 2012, la fattispecie continua a caratterizzarsi per "la necessità di un vero e proprio *pactum sceleris* tra il soggetto *intraneus* e il soggetto esterno, dal quale scaturisce la promessa o la dazione di un'utilità"¹¹⁹, cioè, come un reato di concorso necessario che però non "contiene una incriminazione diretta della corruzione privata"¹²⁰, ma invece un'incriminazione per le conseguenze di essa, in modo abbastanza simile alla versione di infedeltà precedentemente vigente, nonostante le novità sulla condotta, e un assoluto mutamento della rubrica, restando fermo però, l'ancora mancato analisi sull'impatto che

¹¹⁶ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 354; anche, A. MELCHIONDA, *La nuova dimensione tipica del delitto*, cit., p. 62, che considera la clausola in questione come «introduttiva di sussidiarietà espressa».

¹¹⁷ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 301.

¹¹⁸ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. p. 46.

¹¹⁹ C. PARODI, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 230; nello stesso senso, S. FAIELLA, *La corruzione tra privati* (capitolo xvii), in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, V. MICHELE PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, tomo I: reati societari, finanziari e bancari, Milano, 2017, p. 264.

¹²⁰ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 698.

abbia nell'evoluzione del reato la nuova menzione alla libera concorrenza come bene giuridico tutelato.

4.2.- L'urgenza della libera concorrenza: la modifica del testo e il suo marginale impatto nella realtà giuridico penale

Nonostante quanto detto in precedenza, per ciò che riguarda il bene giuridico tutelato, non si può ignorare il fatto che il legislatore ha provato -almeno in parte- a correggere l'errore contenuto nel precetto originale, includendo la distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi precedentemente mancata. Tuttavia, il problema si concretizza dal momento in cui il nuovo bene giuridico è stato incorporato soltanto in funzione della processabilità, ovvero per chiarire che, nel caso si verifichi una distorsione, non sarà necessaria la querela della persona offesa, e non come un bene giuridico protetto a prescindere dal danno, ragione per cui “non muta la tendenziale vocazione di tutela patrimonialistica del reato”¹²¹, e si dovrebbe escludere la possibilità di condannare fatti che non abbiano un evento di danno per la società, persino di fronte all'esistenza di distorsione dalla concorrenza.

Quanto appena affermato, ci pone di fronte al quesito da risolvere quale sia il ruolo della nuova entità contenuta dal precetto, e se si potrebbe o meno considerare la distorsione della concorrenza come nuovo bene giuridico finale alla luce dello schema della ‘seriazione di beni giuridici’, avendo specialmente presente che il reato dopo la riforma 2012, ci porta alla discussione sulla categoria della plurioffensività in senso ampio¹²², giacché il modo in cui è stata aggiunta la nuova entità alla norma, fa scartare subito un'ipotesi di plurioffensività in senso stretto¹²³, dal momento in cui il legislatore continua a concepire il reato di corruzione tra privati come perfezionato dal momento in cui si verifica un nocumento alla società, senza aver bisogno di colpire la libera concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi.

¹²¹ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 359.

¹²² Plurioffensività in senso ampio vuol dire che ogni entità in qualche modo definibile come ‘bene’, e considerata della singola norma penale, rientrerebbe nel novero dei ‘beni giuridici’ tutelati, attraverso precisamente l'utilizzazione dello schema della ‘seriazione dei beni’, che mettere in ordine le diverse entità, vedere A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 222.

¹²³ *Ibid.*, che indica che plurioffensività in senso stretto sarebbe quando la legge penale contempla, come essenziali, più offese a più beni finali.

Dunque, un'interpretazione possibile, ma anche plausibile, sul ruolo della distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi prevista dalla norma quale condizione che deroga la procedibilità a querela, abilitando la persecuzione d'ufficio e mutando la tendenziale vocazione di natura privatistica del reato nel caso in cui il fatto "assume una valenza pubblica"¹²⁴, consistente precisamente in quella distorsione, sarebbe considerare si tratta di un bene giuridico soltanto 'eventualmente offeso' e perciò come elemento accidentale¹²⁵ od occasionale¹²⁶ del reato, che non riesce da solo a configurare la fattispecie, precisamente perché nel caso in cui si verifichi detta circostanza, non si potrà prescindere in assoluto dalla verifica dell'evento di danno patrimoniale alla società¹²⁷.

Inoltre, in dottrina si è sviluppata una seconda interpretazione del precetto che, senza dubbio, "stravolgerebbe la struttura apparente delle fattispecie in questione"¹²⁸, sotto lo sguardo della distorsione della libera concorrenza come "evento tipico alternativo rispetto al nocumento della società"¹²⁹ e non come bene giuridico eventualmente offeso. La lettura del reato come reato di doppio evento alternativo proviene da un'interpretazione ampia dell'apertura del precetto, lì dove indica '*salvo che il fatto costituisca un più grave reato*' e che -secondo quest'impostazione- dovrebbe "intendersi riferita anche al caso in cui solo una parte del fatto integri la fattispecie di un più grave reato"¹³⁰, vale a dire, se l'affettazione della libera concorrenza senza nocumento può costituire un più grave reato, allora può anche costituire questo reato, senza bisogno del danno alla società.

Ad ogni modo, crediamo che la prima interpretazione risulti essere quella più adatta non solo alla descrizione letterale del precetto, se non anche ai principi generali del diritto penale, secondo i quali una fattispecie non può mai venire interpretata sconoscendo il suo tenore letterale, con lo scopo di allargare la sua portata *a contrario reo*, ciò che succederebbe se nella ricerca di un senso "più soddisfacenti da un punto di vista sostanziale"¹³¹ si cominciasse ad affermare che il

¹²⁴ V. MILITELLO, *Fondi Neri e corruzione tra privati*, cit., p. 922.

¹²⁵ In dottrina indicando si tratta di una vicenda rilevante ma soltanto eventuale e perciò si configurerebbe come elemento accidentale, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione*, cit., p. 108.

¹²⁶ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 359.

¹²⁷ La distorsione consisterebbe in un elemento non sufficiente e neppure necessario alla realizzazione del reato, in questo senso, G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 405.

¹²⁸ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 23.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 23.

¹³¹ *Ivi*, p. 24.

reato viene perfezionato dalla verifica della sola distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi, prescindendo dall'importanza consegnata alla configurazione del documento, dando luogo all'esistenza di un reato che, almeno fino ad allora, non era stato riconosciuto dal legislatore.

Ora bene, sulla formula interpretativa qui accolta, attraverso la cui "si è tentato un compromesso fra i due modelli di incriminazione"¹³², rimane ancora aperto un problema nell'interpretazione della distorsione della concorrenza, non in quanto alla sua eventualità o alternatività, se non piuttosto su come dovremmo concepire il rapporto tra documento e distorsione della concorrenza nel caso in cui si verificano entrambi, cioè, se questo "ulteriore evento del reato"¹³³ dovrebbe essere posto "in rapporto causale all'atto conseguente allo scambio corruttivo nel suo complesso"¹³⁴, oppure "in collegamento eziologico al «documento alla società»"¹³⁵, questione che però in nessun caso porterà delle ripercussioni dal punto di vista dell'elemento soggettivo del reato, il cui permane sempre nel dolo generico.

Su questo profilo, crediamo nuovamente che la chiave di comprensione del quesito possa essere reperita dal senso letterale della norma, lì dove indica nell'ultimo comma che «*si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*», vale a dire, la menzionata distorsione deve "conseguire non alla condotta in sé (ossia alla violazione del dovere funzionale in conseguenza di promessa di denaro o altra utilità), ma al fatto nel suo insieme"¹³⁶, giacché quando l'art. 2635 c.c. si riferisce ad esso,

¹³² V. MILITELLO, *Fondi Neri e corruzione tra privati*, cit., p. 922.

¹³³ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. p. 50; nello stesso, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2013, pp. 11 s., indicando che «tra i modelli di corruzione privata presenti nei diversi ordinamenti si è ritenuto di individuare un punto di equilibrio tra quello a carattere patrimoniale e quello a tutela della concorrenza».

¹³⁴ M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, cit. p. 50, l'Autore considera addizionalmente che tale lettura della fattispecie appare come la più aderente al dettato normativo, così anche, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., pp. 12 s.; G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 359; R. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione*, cit., p. XXXVII.

¹³⁵ Si veda in questo senso, L. PISTORELLI, G. ANDREAZZA, *Novità legislativa: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, pp. 18 s.

¹³⁶ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 359; in questo senso anche, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 12, l'Autrice spiega che la distorsione della concorrenza non dovrebbe derivare causalmente dall'evento di documento alla società, pur dovendosi accertare che il fatto nel suo complesso abbia portato con sé una distorsione della concorrenza; così anche, R. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione*, cit., p. XXXVII, spiegando che la distorsione della concorrenza è stata posta in rapporto di derivazione causale non già con la condotta illecita, bensì con il "fatto" oggetto di incriminazione nel suo insieme.

intende sia la condotta che l'evento di danno che da essa deriva, dovendo valutarsi -di fronte all'accertamento del regime processuale dell'ultimo comma- l'esistenza non di qualsiasi distorsione della concorrenza, se non di una che appaia collegata sia alla condotta vietata che al documento societario da essa derivato.

Tuttora, l'unico aspetto che rimane senza risposta, nell'assumere si tratta di una fattispecie che contiene un ulteriore evento da reato senza prescindere mai dalla necessaria affettazione del patrimonio, proviene dalla mancata proporzionalità sanzionatoria a cui dà luogo il fatto che il legislatore non abbia riconosciuto nessun incremento dal punto di vista della pena per il caso di verificarsi sia il documento alla società che la distorsione della concorrenza, il cui disvalore addizionale sembra essere stato sussunto soltanto in considerazione del regime di processabilità che muta a pubblicistico eliminando il requisito della querela della parte offesa, senza aumentare in assoluto la pena che rischia l'autore, ciò che però potrà essere ancora bilanciato in sede giudiziaria entro il quadro sanzionatorio che va da uno a tre anni nel caso del primo comma e fino a un anno e sei mesi nel secondo.

4.3.- La portata della distorsione della concorrenza: pericolo micro o macro-economico?

Infine, è importante determinare se la distorsione della concorrenza è prevista della norma quale evento tipico di danno, oppure evento tipico di pericolo, e a sua volta, nel caso in cui si consideri di pericolo, se si tratta di un pericolo astratto o presunto oppure concreto o effettivo¹³⁷, per sviluppare, inoltre anche delle considerazioni sulla soddisfazione o meno dello *standard* di offensività precedentemente disegnato.

Purtroppo, la dottrina italiana sfumando il contenuto offensivo del reato, e perciò allontanando teoricamente la condotta dell'evento, si inclina per considerare si tratta di un'ipotesi di pericolo astratto o presunto¹³⁸, che inoltre può avere una dimensione interpretativa sia *macro-economica* "qualora si ritenga che la norma tuteli l'ordinato svolgimento delle industrie e del

¹³⁷ Sulla distinzione tra pericolo astratto o presunto oppure concreto o effettivo, vedere *supra* capitolo I, titolo 8.

¹³⁸ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 318; P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione*, cit., p. 107. A favore dell'idea si tratta di un reato di pericolo, anche, R. BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione*, cit., p. XXXVII, che però, non chiarisce che classe di pericolo sia, indicando che «la novella abbia configurato un vero e proprio ulteriore evento del reato, dal problematico accertamento, attribuendo rilevanza penale a comportamenti idonei a determinare un pericolo di alterazione delle regole della libera concorrenza».

commercio”¹³⁹, sia *micro-economica* “qualora si ritenga che la norma tuteli il diritto individuale al libero svolgimento delle attività industriale o commerciali”¹⁴⁰, invitandoci a riflettere su quale dovrebbe essere la sua vera portata in quanto bene giuridico di “macroevento”,¹⁴¹ eventualmente protetto e l’impatto sulla configurabilità della figura quale reato di evento o di pericolo.

In prospettiva *macro-economica*, proteggere la libera concorrenza significherebbe tutelarla in quanto “condizione di efficienza e di crescita del mercato”¹⁴², vale a dire, in quanto qualità del mercato in se stesso, ragione per cui la sua distorsione, non potrebbe mai rappresentare un evento ulteriore, ma soltanto “un criterio meramente descrittivo dell’essenza lesiva della corruzione, da concepire come pericolo astratto”¹⁴³, ciò che inoltre e nonostante portare come effetto una “pressoché totale generalizzazione della procedibilità d’ufficio”¹⁴⁴, in accordo a questa dottrina¹⁴⁵, sembrerebbe coincidere con la visione della libera concorrenza presentata nella Decisione quadro 2003, lì dove indica che gli Stati possono limitare le figure «*alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali*»¹⁴⁶.

Nondimeno, questo sguardo sulla libera concorrenza come condizione o qualità del mercato, secondo la quale risulterebbe impossibile che un solo fatto individuale di corruzione

¹³⁹ G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 405.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ T. PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, n. 48/2012, inserto 13, p. XI; ID., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Archivio Penale*, n. 3/2012, anno LXIV, p. 793, l’Autore considera la distorsione della concorrenza come un «macroevento che deve essere accertato in un ambito problematico quale è il mercato globale», anche in quel senso, S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza ‘globale’ e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione. Sulle vicende modificative dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Napoli, 2013, p. 234.

¹⁴² S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le società*, vol. 32, n. 1/2013, p. 67; nello stesso senso, R. BRICCHETTI, *La struttura del reato (commentario al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 38)*, in *Guida al diritto*, n. 19/2017, p. 22. In senso critico, G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., p. 12.

¹⁴³ S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., p. 67; R. BRICCHETTI, *La struttura del reato*, cit., p. 22.

¹⁴⁴ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 385.

¹⁴⁵ S. SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., p. 67; T. PADOVANI, *La messa a “libro paga”*, cit., p. XII, il quale si riferisce alla distorsione della concorrenza come «macroevento»; M. M. SCOLETTA, *Responsabilità degli enti*, cit., pp. 479 s., in linea con l’idea secondo cui la norma descrivere un ulteriore ed eventuale evento del reato soltanto come «criterio meramente descrittivo dell’essenza lesiva della corruzione».

¹⁴⁶ Specificamente nell’art. 2 comma 3 della Decisione quadro 2003/568/GAI. Ancora, qualche dottrina considera che la Decisione quadro 2003 suggerisce un reato di pericolo astratto, non della descrizione della condotta, ma invece del considerando n. 9 lì dove «connetta la rilevanza della lotta alla corruzione, sia nel settore pubblico che in quello privato, alle circostanze che, in entrambi i settori, le pratiche corruttive, generano distorsioni di concorrenza e ostacolano un **corretto sviluppo economico**», si veda in questo senso, G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., p. 12.

privata abbia come effetto una vera lesione del bene giuridico così concepito, salvo in casi di megacorruzione dove la singola operazione, da sola, riuscirebbe a colpire la struttura concorrenziale di un intero settore del mercato¹⁴⁷, invece di determinare l'entità tutelabile quale bene giuridico finale raggiungibile dalla capacità offensiva della condotta, sembrerebbe posizionarlo -alla luce dello schema di seriazione di beni giuridici- come bene giuridico ultimo¹⁴⁸, e perciò rivelerebbe un approccio eccessivamente moralizzante del diritto penale che, tuttavia, potrebbe ancora essere salvata attraverso la provvisione di contenuto offensivo rispetto a un bene giuridico intermedio, come il patrimonio¹⁴⁹, che a sua volta soddisfa lo *standard* di bene giuridico finale.

Tuttavia, la vera critica che si alza contro la concezione *macro-economica*, proviene da coloro che osservano che, in realtà, l'art. 2635 contiene una fattispecie abbastanza diversa da quella comunitaria¹⁵⁰, giacché mentre l'eurodelitto non si configura attraverso "l'effettivo compimento dell'atto antidoveroso oggetto di mercimonio, attribuendo rilievo a condotte meramente pericolose per la concorrenza"¹⁵¹, il reato previsto dall'ordinamento giuridico italiano (ancora dopo la riforma del 2012) esige che la dazione o promessa di utilità sia per «*compiere od omettere*» l'atto in violazione del dovere, senza menzionare tra le ipotesi punibile la controprestazione «*affinché si compia o ometta un atto in violazione di un dovere*»¹⁵².

Tutti i problemi appena esaminati si potrebbero evitare adottando un'interpretazione in senso *micro-economico* della libera concorrenza, in accordo alla quale si dovrebbe porre l'attenzione non in riferimento a un mercato in particolare, se non nell'alterazione "delle regole

¹⁴⁷ Così, G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., p. 12, specificando inoltre che il pericolo di alterazione della struttura concorrenziale di un intero settore potrebbe essere colpito soltanto nella ripetizione 'seriale' delle operazioni stesse.

¹⁴⁸ Véase *supra* Capitolo I, titolo 6.

¹⁴⁹ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 221. Si tratta precisamente di ciò fatto dall'art. 2635 c.c., laddove esige comunque la verifica di un documento alla società, pure nel caso in cui si deriva dal fatto una distorsione della concorrenza dell'acquisizione di beni o servizi.

¹⁵⁰ S. SEMINARA, *D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 38. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Diritto penale e processo*, vol. 23, n. 6/2017, p. 724, l'Autore inoltre, osserva in modo critico come la proiezione della corruzione privata sulla tutela della concorrenza orienta la ricostruzione della fattispecie nel senso del pericolo, addirittura, presunto.

¹⁵¹ V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Roma-Napoli, 2012, p. 200.

¹⁵² Terminologia utilizzata dall'art. 2, comma 1, lettera a) della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione europea che, inoltre, si corrispondono con i termini utilizzati dalla Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo dal 1999, lì dove negli artt. 7 e 8 descrive i fatti che ciascun Stato parte dovrebbe castigare come corruzione privata.

concorrenziali nell'ambito della specifica operazione economica coinvolta nel pagamento corruttivo"¹⁵³, ciò che ci spinge a proiettare la distorsione della libera concorrenza come funzionale alla protezione di interessi ulteriori che potrebbero essere identificabili nel competitore escluso, operante nel medesimo settore dell'impresa del corruttore oppure nel consumatore¹⁵⁴. Tuttavia, risulta importante aggiungere che non basta la mera idoneità *ex ante* della condotta corruttiva al fine di concretizzare l'offesa, "dovendosi riscontrare una effettiva lesione degli interessi finali dei concorrenti"¹⁵⁵.

Una visione della distorsione della libera concorrenza come evento naturalistico ulteriore, si può inoltre estrarre dalla formula utilizzata dal legislatore italiano che, nell'introdurre nel precetto la categoria menzionata, utilizza l'espressione «*salvo che dal fatto derivi*», che coincide con essere "un termine che esprime causalità"¹⁵⁶, e suggerisce la configurabilità della distorsione come lesione invece di come idoneità *ex ante*. Questione che, a nostro avviso, confermerebbe che lo sguardo *micro-economico* risulta essere quello non solo più adatto a rispettare lo *standard* di offensività precedentemente difeso, ma anche quello più compatibile con la formula delineata dal legislatore nell'art. 2635 c.c. che, nonostante tutte le difficoltà, sembra avere raccolto un reato con due beni giuridici finali, uno offendibile comunque e l'altro soltanto eventualmente offendibile.

Come visto, la riforma non è riuscita ad adempiere agli obblighi contenuti negli strumenti sovranazionali vigenti e neanche a definire un reato penale che condanni duramente l'atto corruttivo nel settore privato, ma soltanto in ambito societario, ragione per cui solo qualche anno dopo il legislatore ha dovuto riprendere il compito di adattare la definizione dell'articolo 2635 c.c. agli *standard* contenuti nelle Convenzioni nella materia, in concordanza anche a diversi Paesi europei nei quali poco a poco, attraverso diverse formule che implicano un'anticipazione della soglia punitiva, si è cominciata a sfumare la precedente marcata distinzione assoluta tra corruzione

¹⁵³ V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., p. 201; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 385.

¹⁵⁴ G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., p. 11; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 384. In senso simile, G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 405, per chi, gli interessi ulteriormente protetti devono appartenere allo stesso ente in cui ha operato il soggetto infedele, giacché una esigenza di lesione alla libera concorrenza di un soggetto estraneo a tale ente, rimarrebbe in un ambito di irrilevanza penale, data la esigenza del nocumento societario.

¹⁵⁵ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 385. In senso contrario, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., p. 201, per il quale una giusta considerazione degli interessi finali dei concorrenti implica non richiedere l'accertamento della loro lesione o concreta messa in pericolo, ma la mera idoneità *ex ante* della condotta corruttiva a offenderli.

¹⁵⁶ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 385

pubblica e privata, per dare a questa seconda figura una portata veramente pubblica a protezione della lealtà nel rapporto con il principale, prescindendo sia dal nocumento che dalla distorsione della concorrenza, secondo i dettagli che analizzeremo di seguito.

5. - La vera riforma del 2017 e l'ulteriore riforma 2019

5.1.- La finalmente sostanziale trasformazione della figura di corruzione tra privati

La pressione internazionale, plasmata in diverse relazioni e raccomandazioni provenienti dagli organismi europei¹⁵⁷, ha reso irrinunciabile una 'nuova' riforma, questa volta destinata a trasformare veramente la figura di cui l'art. 2635 c.c., con lo scopo di adempiere agli obblighi sovranazionali pendenti, specialmente quei contenuti nella Decisione quadro del 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, attraverso la dettazione di un decreto attuativo¹⁵⁸. Il menzionato decreto ridefinisce quasi completamente il reato di corruzione tra privati, regolando finalmente "una figura del tutto simile al modello di corruzione che va affermandosi a livello europeo"¹⁵⁹, incorporando, inoltre, il nuovo reato di istigazione alla corruzione tra privati nell'ordinamento giuridico italiano, che "costituiva uno dei capisaldi della Decisione quadro 2003/568/GAI"¹⁶⁰.

Nonostante si tratti di una riforma valutata in modo positivo da parte della dottrina, nella misura in cui da questo momento sia possibile affermare, non solo per il titolo di disposizione, ma

¹⁵⁷ Sul punto è importante avere presente specialmente la Relazione della commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione, di data 3 di febbraio del 2014 (allegato tre sull'Italia), dove si indica che «*L'Italia non ha ancora recepito pienamente la Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*», p. 14; e il report emanato del *Group of States against Corruption (GRECO), The Third evaluation round*, sul stato di applicazione della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999, e i suoi protocolli addizionali, il cui paragrafo 110 indica che l'art. 2635 c.c. presenta diversi difetti in relazione ai requisiti della Convenzione, in particolare, per quanto riguarda la gamma dei possibili autori; per quanto riguarda i beneficiari della tangente; in riferimento agli atti materiali in cui consiste la corruzione giacché l'offerta di una tangente e la richiesta di una tangente non sono esplicitamente coperte; non vi è alcun riferimento esplicito alla commissione indiretta del reato, e finalmente, critica la esigenza del danno alla persona giuridica il cui non è richiesto dalla Convenzione, raccomandando criminalizzare la corruzione tra privati secondo ciò stipulato negli artt. 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo (ETS 173).

¹⁵⁸ Decreto Legislativo 15 marzo 2017, n. 38, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 75 del 30 marzo 2017, intitolato "Attuazione della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato". In precedenza, ma sempre dopo la riforma del 2012, il precetto era stato riformato attraverso il d. lgs. di 29 ottobre 2016, n. 202, il cui era introdotto -come unica modifica- un comma finale che stabilisce «Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse»

¹⁵⁹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 313.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 316.

anche per il suo contenuto, che il reato di corruzione tra privati risulta “più adeguato a reprimere veri e propri fatti di corruzione”¹⁶¹, un’altra parte della dottrina reagisce in modo meno positivo alla nuova figura, perché nonostante essere sorta come un modo per proteggere la libera concorrenza e, di conseguenza, lo sviluppo economico, sembrerebbe sperimentare un’evoluzione che implica una rinuncia alla protezione della stessa, senza chiarire quale o quali sarebbero i beni giuridici destinati a rimpiazzarla, specialmente alla luce dei dubbi che restano aperti dopo la riforma intorno alla lealtà quale bene giuridico tutelato dalla norma¹⁶².

Uno degli obiettivi raggiunti dalla riforma del 2017, è stato quello di estendere l’ambito di applicazione della norma a fatti commessi all’interno di qualsiasi «ente privato», non circoscrivendo più la sua portata all’esclusivo mondo societario, ragione per cui è stata riformulata persino la rubrica dal titolo corrispondente del codice civile che, da adesso in poi, incorpora disposizioni penali in materia di società e di enti privati¹⁶³, evidenziando la volontà di “ampliare effettivamente il raggio di operatività dell’art. 2635 c.c., riferendosi anche a tutti quei soggetti non necessariamente dotati di personalità giuridica, anche non svolgenti attività di tipo economico”¹⁶⁴.

Lo stesso indirizzo estensivo viene considerato in rapporto ai soggetti attivi che vengono considerati dalla norma, dapprima incorporando come categoria quei soggetti che esercitano funzioni direttive differenti da quelle di cui si parla nel primo comma (amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori),

¹⁶¹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 309.

¹⁶² In questo senso, ad esempio, V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., p. 588, segnalando chiaramente come una prospettiva che fa gravare sull’infedeltà tutta la *ratio* dell’incriminazione disperde la maggiore pregnanza di offese a carattere economico tanto di tipo patrimoniale interno quanto rispetto alle possibili alterazione alla concorrenza connesse alle pratiche di corruzione privata, che invece rientrano nelle ragioni che portano a livello internazionale a promuovere l’introduzione delle norme in materia. Da sua parte, facendo presente come il D. Lgs. n. 38 del 2017, assuma il valore univoco di una ferma opposizione al recepimento della Decisione quadro, si veda, S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 725.

¹⁶³ L’art. 2 del d. lgs. n. 38, modifica la rubrica del titolo XI, del libro V, del codice civile, sostituendola per la seguente: «Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati».

¹⁶⁴ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 311. In senso contrario, E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealistico”*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 23 dicembre 2016, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, § 2, che considera si tratta di una formula ambigua, e quindi foriera di dubbi e controversie interpretative, indicando che sarebbe stato più chiaro utilizzare la formula della Decisione quadro «entità del settore privato». In senso simile, S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 716, che considera che la espressione «enti privati» nel suo ‘atecnicismo’ supera in ampiezza il rinvio *ex art. 1*, comma 2, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che si riferiva agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica”, ragione per cui ormai la norma, risulterebbe potenzialmente applicabile anche a soggetti carenti di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale, arrivando a qualsiasi soggetto giuridico collettivo di natura privata.

successivamente permettendo come nuova modalità che ha un impatto anche sui possibili soggetti attivi, che tutti i soggetti appena menzionati, così come chi offre, promette o dà alle persone indicate nel primo oppure nel secondo comma, possano agire per interposta persona, ciò che sembra innecessario dal momento che “in tal caso la disciplina del concorso di persone avrebbe potuto supplire alla supposta lacuna”¹⁶⁵.

Ora bene, esplorando il profilo della struttura, su cui si basano le caratteristiche definitorie del reato, possiamo dire che nonostante non esistano mutamenti che facciano variare la natura della figura come “reato bilaterale a concorso necessario”¹⁶⁶, ancora ispirata alla corruzione propria antecedente¹⁶⁷, si incorporano importanti modifiche catalogabili come sostanziali, e che permettono alla corruzione tra privati, dopo il 2017, una portata abbastanza diversa rispetto a quella vigente in precedenza, specialmente alla luce della cancellazione assoluta dell’evento di danno (il documento societario), previamente stabilito come requisito a verificarsi comunque, che però nonostante possa avere un senso dal punto di vista dell’osservanza del principio di offensività costituzionalmente riconosciuto, risultava “distonico rispetto al modello tipico dei reati di corruzione amministrativa”¹⁶⁸.

Una delle novità più rilevanti, ma allo stesso tempo più criticate, dal punto di vista del perfezionamento del reato, emerge dal fatto che da questo momento non risulta più necessario l’effettivo compimento o l’omissione degli atti in violazione dei doveri, diventando invece in

¹⁶⁵ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 311; E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., § 3; in senso parzialmente simile, S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 716, che riconoscendo gli effetti pratici, considera si tratta di un inciso che si rivela tecnicamente corretto, in quanto dilata il concetto di autore oltre l’esecuzione della condotta tipica, fino ad attingere il criterio del dominio del fatto.

¹⁶⁶ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 312. Non dobbiamo dimenticare che da una parte il primo comma si riferisce alla condotta di chi sollecita o percepisce l’utilità, e poi, nel terzo comma si descrive quella di chi offre o promette. Si veda anche, A. RUGANI, *Riforma della “corruzione tra privati” (D. lg. n. 38/2017): L’ennesima occasione perduta*, in *Cass. Penale*, n. 12/2017, pp. 4638 ss., l’Autore mette in evidenza si tratta di una difformità rispetto alla Decisione quadro, che provvede ad incriminare condotte sia sul versante passivo che su quello attivo. Aggiunge che, probabilmente, il motivo di tale divergenza risiede nell’influenza esercitata dai reati di corruzione pubblica sull’incriminazione italiana; ancora a favore del reato come bilaterale a concorso necessario, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione*, cit., p. 719.

¹⁶⁷ Seguendo sul punto a R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., pp. 312 s., che fa notare come la corresponsione dell’utilità o la pronuncia della promessa precede la realizzazione dell’atto; anche in questo senso, E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., § 4.

¹⁶⁸ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 313.

oggetto del dolo specifico¹⁶⁹, ovvero in una semplice proiezione finalista della condotta¹⁷⁰, così come succede nel modello equivalente di reati di corruzione contro la pubblica amministrazione. Tuttavia, sembrerebbe preferibile, al meno per quanto riguarda questo aspetto specifico, mantenere certa distanza e di conseguenza “ancorare la punibilità al compimento di un atto esecutivo dell’accordo criminoso, lasciando emergere un diverso grado di anticipazione dell’intervento penale”¹⁷¹ giustificato del tutto in “funzione della diversa consistenza dei beni giuridici offesi”¹⁷².

L’ulteriore modifica nella condotta, che ha decisamente creato scompiglio a livello concettuale nella struttura stessa del reato, mettendone in dubbio la configurazione come figura bilaterale a concorso necessario, proviene dall’incorporazione tra i verbi rilevanti, dei concetti prima non contemplati, di sollecitazione, offerta e semplice accettazione della promessa, ciò che porta con sé la possibilità di interpretare il mutamento come indicativo di un cambio di indirizzo del legislatore, da una concezione della corruzione tra privati, come reato di concorso necessario, alla “ricezione di una nozione di corruzione caratterizzata dall’abbandono della costruzione bilaterale del reato in favore di una sua declinazione in senso monosoggettivo”¹⁷³, vale a dire, il riconoscimento di due ipotesi incriminatrici indipendenti.

Il problema si produce, perché -almeno *prima facie*- ciò che occorre, attraverso l’inclusione dell’accettazione della promessa, e specialmente dell’offerta/sollecitazione tra i verbi rilevanti al fine di configurare il reato, è che sembra sia stato deciso di anticipare la rilevanza penale dei fatti di corruzione privata alla realizzazione di mere condotte-iniziativa. Un’analisi profonda del nuovo precetto, tuttavia, ci dovrebbe condurre verso la direzione contraria, confermando che persino a seguito di queste inclusioni, e in linea con i reati di

¹⁶⁹ Dobbiamo menzionare che, prima del 2017, si escludeva, in qualsiasi caso, dal punto di vista dell’elemento psicologico, la esigenza di un preciso fine in funzione del quale gli autori del reato agiscono. Dunque, erano soltanto tre elementi destinati ad entrare nell’obbiettivo di entrambi i soggetti agenti: la dazione o offerta di utilità, la violazione dei doveri, la produzione di un documento alla società come conseguenza dell’atto o omissione, si può consultare, G. MAZZOTTA, *Il delitto di corruzione tra privati*, cit., p. 407.

¹⁷⁰ E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., § 4; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 313; A. RUGANI, *L’ennesima occasione perduta*, cit., p. 4650, indicando come si è provveduto ad anticipare il momento consumativo del reato, conferendo rilevanza al solo patto corruttivo.

¹⁷¹ E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., § 4.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 719; anche in questa linea, V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., pp. 584 s., il quale considera che non può più essere considerato un reato a concorso necessario almeno in due costellazioni di casi: la forma passiva della sollecitazione e la forma attiva dell’offerta, entrambi condotte di per sé sufficienti alla consumazione dei rispettivi illeciti, indipendentemente dall’incontro con la volontà dell’altro soggetto a cui è rivolta la sollecitazione o l’offerta.

corruzione pubblica, l'art. 2635 c.c. continua a contenere un reato di concorso necessario, il cui disvalore non può giustificare un'anticipazione della soglia punitiva a un momento antecedente alla conclusione (o al meno negoziazione) di un *pactum sceleris*¹⁷⁴.

La conclusione deriva del fatto che, ancora dopo la riforma del 2017, “unico è il risultato verso il quale convergono le volontà e i comportamenti tanto del corrotto, quanto del corruttore”¹⁷⁵, e viene poi confermata nel rapporto che corre tra corruzione privata e la nuova figura di istigazione alla corruzione di cui l'art. 2635 *bis* c.c.¹⁷⁶, che sanzionando coloro che richiedono senza ascolto oppure offrono o promettono senza accettazione, lascia in evidenza il diverso rango applicativo dei precetti che, nel caso della corruzione, si traduce nel necessario “giungere alla stipula dell'accordo corruttivo, quanto meno nella forma della promessa/accettazione della medesima”¹⁷⁷, riservando all'istigazione il caso di non accettazione o non ascolta¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Anticipare la soglia punitiva sanzionando nello stesso modo a chi semplicemente offre o sollecita un'utilità, rispetto di chi raggiunge il patto corruttivo, risulterebbe «eccessivo e paradossale, certamente non consentaneo al principio di proporzionalità», in questo senso, A. RUGANI, *L'ennesima occasione perduta*, cit., p. 4654, il quale aggiunge, come argomento a favore di questa lettura, l'interpretazione “autentica” proveniente dello stesso legislatore - nella relazione illustrativa allo schema del d. lg. n. 38/2017, quando ha precisato che le condotte di “sollecitazione” e “offerta” assurgono all'area del penalmente rilevante soltanto ove si pervenga alla conclusione di un accordo corruttivo.

¹⁷⁵ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 350.

¹⁷⁶ Altra delle grandi novità introdotte dalla riforma 2017, è stata quella di incorporare la nuova figura di istigazione alla corruzione di cui l'articolo 2635 *bis* c.c., che castiga a *chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli stessi soggetti menzionati nel comma uno dell'art. 2635 c.c., nonché' a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata; così come all'intraneus che sollecita una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, qualora la sollecitazione non sia accettata*. In questo senso, risulta importante, avere presente che per coloro sostengono si tratta di un reato previsto come bilaterale a concorso, allora ci siamo davanti a una condotta che di non essere regolata autonomamente non potrebbe essere sancita a titolo di tentativo, giacché si richiedono sempre «atti idonei e univoci di entrambi i partecipi necessari, che giungano almeno alla fase di una trattativa non sfociata nell'illecito accoro». Per un'analisi del nuovo precetto, si può consultare, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., pp. 369-373.

¹⁷⁷ E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., § 4.

¹⁷⁸ Segue questa posizione pure, A. SPENA, *Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, vol. 34, n. 3-4/2018, pp. 658 s., per il quale si tratta di una formula che prende sul serio la formulazione letterale delle disposizioni, in particolare il fatto che della mancata accettazione come elemento di fattispecie si faccia menzione solo nel 2635 *bis*, ma non nel 2635 e che costituirebbe, non una semplice aggiunta rispetto alle fattispecie del 2635, ma una vera e propria negazione di un elemento in quest'ultimo articolo sempre richiesto. Tuttavia, e nonostante considerare che ci sono ancora problemi in questa posizione, specialmente perché diventa controintuitiva e non concordante con la tipologia internazionale, l'Autore la considera quella più soddisfacente rispetto dalla lettura alternativa del rapporto tra entrambi articoli dal punto di vista della specialità invece che come alternatività. In quest'ultimo senso, V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., pp. 587 s., secondo chi la differenza si riferisce a che nel caso dell'art. 2635 c.c. l'iniziativa è rivolta a rafforzare un proposito corruttivo già presente nel destinatario *versus* l'art. 2635 *bis* c.c. in cui si sancisce a chi prova inutilmente a far sorgere *ex novo* in altro il proposito corruttivo.

5.2.- L'eliminazione del documento e i problemi del transito al modello lealistico

Il primo effetto che porta con sé l'eliminazione di qualsiasi riferimento al documento societario, è senza dubbio, una transizione da un modello di protezione patrimonialistico, ovvero un modello “interamente fondato sull'approssimazione privata della materia”¹⁷⁹, a un modello di protezione lealistico “nel quale l'offesa colpisce la relazione fiduciaria che lega il soggetto “corrotto” alla società o all'ente nel cui ambito svolge la propria attività”¹⁸⁰, vale a dire, ci troviamo di fronte a un “vero e proprio mutamento del paradigma punitivo”¹⁸¹, almeno di quello principale riposante nella protezione del patrimonio societario, giacché il problema in relazione alla protezione della libera concorrenza permane incolume, dato che la norma conserva ancorata la possibilità di procedere d'ufficio, qualora dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

Senza dubbio, la manutenzione della distorsione della libera concorrenza quale requisito che altera il regime di processabilità, potrebbe portare inoltre a sostenere che il reato protegge due differenti interessi: “uno di natura interna alla società, incentrato sulla fiducia (lealtà) che deve caratterizzare il rapporto tra la società e i soggetti che operano nell'interesse della stessa; uno di natura squisitamente pubblicista, a tutela della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi”¹⁸². Tuttavia, è importante chiarire che si tratta di una conclusione soltanto eventuale, che si verificherà soltanto nel caso in cui esista detta distorsione, però che non costituisce un elemento necessario per configurare la fattispecie, replicandosi rispetto di esso, gli stessi problemi che prima collegavano la concorrenza al documento, ma ora alla lealtà o fiducia verso il principale.

Il cambio di paradigma, da quello patrimonialista al modello lealistico, implica una “significativa assimilazione del reato di corruzione privata al modello della corruzione pubblica”¹⁸³, che però non porta con sé l'effetto di “pubblicizzare l'oggetto di tutela, né una proiezione dell'offesa fuori dal perimetro dell'ente di appartenenza del soggetto corrotto”¹⁸⁴, salvo

¹⁷⁹ A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma*, cit., p. 698.

¹⁸⁰ V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., p. 588; E. LA ROSA, *Verso una nuova riforma*, cit., § 6.

¹⁸¹ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 321.

¹⁸² R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 310.

¹⁸³ A. RUGANI, *L'ennesima occasione perduta*, cit., p. 4659.

¹⁸⁴ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 323, indicando, inoltre come la fattispecie continua a trascurare gli interessi esterni alla società; in senso simile, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 299, il quale considera che a partire del 2017, il legislatore si è parzialmente avvicinato a un modello pubblicistico, costruendo il reato ancora come controllato da un modello privatistico, questa volta

i casi in cui esista una distorsione della concorrenza, e perciò si modifichi il regime di processabilità, in termini identici a come succedeva prima della riforma del 2017.

Il vero problema che porta con sé il nuovo bene giuridico protetto dalla norma, cioè la lealtà verso il principale, è che, avendo già scartato la possibilità di considerarlo un bene giuridico finale alla luce dello schema di seriazione di beni giuridici¹⁸⁵, bisogna determinare se ci troviamo davanti a un bene giuridico strumentale giustificabile se messo al servizio della protezione di uno finale, o se piuttosto si è configurata la figura attraverso un bene giuridico fittizio identificabile con la condotta vietata nella sua versione lecita, ciò che implicherà un problema dal punto di vista dell'offensività della condotta.

L'esempio classico di bene giuridico fittizio è -come già detto- il corretto esercizio di una funzione, ciò che collega inesorabilmente il quesito dell'offensività alla descrizione della condotta vietata. Fortunatamente, sembra che la condotta vietata nella fattispecie in questione non corrisponda alla semplice violazione degli obblighi, se non con la sollecitazione, ricezione o accettazione di una promessa di denaro o altre utilità allo scopo di adempiere od omettere un atto in violazione di essi obblighi, vale a dire, esiste con tutta sicurezza un *quantum* addizionale alla violazione che ci porta a determinare che si tratta di un bene più simile a uno strumentale che a uno fittizio, e che non risulta materialmente equivalente al semplice scorretto esercizio della funzione verso il principale.

Come già affermato in numerose occasioni, stabilire un bene giuridico fittizio come nucleo di un reato, potrebbe apparire giustificato, purché obbedisca a una tecnica legislativa destinata a proteggere un altro bene giuridico che adempie, a sua volta, alle caratteristiche di bene giuridico finale, però mai da solo, perché rischierebbe un problema non solo di offensività, ma anche in rapporto alla conservazione del diritto penale quale *extrema ratio* di protezione, che in questo caso particolare, si tradurrebbe nella protezione di “una mancata adesione morale dell'agente alla causa del principale, tradendone la fiducia e dunque rendendosi inaffidabile”¹⁸⁶, ciò che crediamo possa

maggiormente a connotazione lealistica/fiduciaria, ma con una prospettiva di tutela che comunque rimane interna all'ente.

¹⁸⁵ Vedere *supra* titolo 2 di questo capitolo, in speciale, spunti in confronto con la Francia.

¹⁸⁶ A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., p. 662.

essere risolto senza problemi attraverso rimedi provenienti sia del diritto del lavoro, che del diritto civile nella misura in cui non implichi niente più che un'inosservanza contrattuale¹⁸⁷.

Un'ultima lettura è possibile già non guardando la lealtà da un punto di vista soggettivo, ma attraverso la difesa di un possibile modello lealistico oggettivo, ciò che implicherebbe considerare, secondo i propri aderenti, che “la tutela del patrimonio, uscita dalla porta, rientri dalla finestra”¹⁸⁸, attraverso la protezione non più in forma di evento di danno, ma come pericolo astratto sugli interessi societari, e facendo diventare il reato come orientato a proteggere il “buon andamento dell'ente al quale il corrotto è legato da rapporto di agenzia”¹⁸⁹, in linea assoluta con i reati di corruzione pubblica, ciò che dovrebbe essere accettato con molta cura, giacché data la diversa natura degli interessi tutelati in entrambi i settori¹⁹⁰, non si dovrebbe mai affermare un'identificazione tra i due modelli di protezione, soprattutto perché apparentemente contrasterebbe con il tenore letterale del precetto che elimina la nozione di danno del precetto non per riconoscerlo attraverso un'interpretazione basata nell'anima della norma.

Tuttavia, l'interpretazione del buon andamento come bene giuridico messo al servizio di un altro bene giuridico -questa volta- finale, troverebbe un importante rinforzo nella conclusione sulla portata del bene giuridico buon andamento nel reato di corruzione pubblica per atti contrari all'ufficio di cui l'art. 319 c.p. che, confrontando l'idea generale secondo cui il fatto di trovare un

¹⁸⁷ In senso simile, S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 725, il quale, considerando la sussidiarietà del diritto penale in confronto agli strumenti disciplinari e civilistici, afferma non sia agevole l'individuazione di un'offesa, meritevole di pena, legata semplicemente alla richiesta o accettazione di promesse o utilità non dovute e sganciata dalla lesione della sfera economica del c.d. principale.

¹⁸⁸ A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., p. 663, inoltre, l'Autore specifica che questo implicherebbe che mentre prima la corruzione privata si poneva in rapporto di specializzazione rispetto al reato di cui l'art. 2634 di infedeltà patrimoniale, oggi si porrebbe in un rapporto di anticipazione rispetto ad esso, come una fattispecie avamposto. Sul punto, V. MILITELLO, *La corruzione tra privati in Italia*, cit., p. 588, manifesta sia opportuno fare confluire l'infedeltà con la lesione del rapporto fra soggetto e l'ente per conto di chi opera, e dunque nella violazione dei doveri di ufficio che gravano sul primo. In senso parzialmente concordante, cioè con uno sguardo critico verso ciò che Spena chiama modello lealistico soggettivo, esprimendo che in prospettiva di protezione del patrimonio non sia agevole l'individuazione di un'offesa meritevole di pena nel reato di cui l'art. 2635, S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 725.

¹⁸⁹ A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., pp. 667 s.; così anche, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit. p. 237, il quale lo definisce come «il rispetto dei doveri d'ufficio da parte dei soggetti preposti per legge alla cura degli interessi sociali», ciò che, inoltre, in opinione dell'Autore non assume mai valore di bene giuridico primario, restando funzionalizzato alla tutela del patrimonio della società.

¹⁹⁰ Indicando come l'eliminazione del nocumento significherebbe un elemento che avvicina ancora più la corruzione privata alla corruzione pubblica, P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione*, cit., pp. 102 s., marcando tuttavia con chiarezza la distanza che si registra tra l'ipotesi di corruzione pubblica e quelle di corruzione privata, dove la prima vede al centro il pubblico interesse e la gestione di vicende che prescindono da posizione individuali e da convivenze egoistiche, e in cui il punto di attacco è il mercimonio di pubbliche funzioni, versus una esigenza di natura economica contingente nel caso.

bene giuridico nella Costituzione (art. 97) gli attribuisca automaticamente lo *standard* di bene giuridico finale, ci suggerisce che la presenza di un bene nel testo fondamentale può significare, senza problemi, una concezione dello stesso quale bene strumentale alla protezione di un diverso bene giuridico finale che nel caso della corruzione pubblica viene identificato con l'adempimento dei fini propri della pubblica amministrazione¹⁹¹.

In questo senso, risulterebbe possibile concepire il buon andamento societario come il bene giuridico protetto dal reato di corruzione tra privati, a condizione che si riesca a ricostruire la sua natura come strumentale al perseguimento dei fini propri dell'attività privata svolta nel contesto in cui si commetta il reato, ciò che coinciderebbe con i fini istituzionali¹⁹², e che dovrà essere identificato in ogni caso concreto mediante gli scopi dell'entità, sicuramente contenuti negli statuti sociali, questione che, inoltre, secondo parte della dottrina italiana, potrebbe essere ricondotta al principio costituzionale di libertà di iniziativa economica di cui l'art. 41 della Costituzione¹⁹³.

Infine, tirando le file del discorso riguardo l'aspetto offensivo del nuovo reato di corruzione tra privati dopo la riforma del 2017, se consideriamo la lealtà quale bene giuridico strumentale, questa apparirà come giustificata in relazione alla protezione della libera concorrenza nel suo aspetto *micro-economico*, ciò che purtroppo accadrà solo eventualmente, e non permette di risolvere il problema nel resto dei casi¹⁹⁴. Per questa ragione, la dottrina cerca di dare sostanzialità all'entità protetta, sia attraverso lo sguardo soggettivo che appare come un'insufficiente spiegazione, dato che si incentra nel rapporto di lavoro e sembrerebbe potersi risolvere attraverso altre aree del diritto, oppure più plausibilmente attraverso una visione oggettiva che prova a equiparare il bene protetto con il buon andamento dell'ente privato, in linea con la corruzione pubblica, ciò che crediamo possa funzionare soltanto alla luce di un'interpretazione dello stesso come messo al servizio ai fini dell'attività privata, questione che bisognerà valutare alla luce degli scopi di ogni entità in concreto.

¹⁹¹ Si veda in questo senso, *supra* capitolo 2, titolo 7.3.

¹⁹² A. SPENA, *Oltre il modello mercantile?*, cit., pp. 667 s.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Si tratta, con qualche sfumatura, di ciò che S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 725, indica come la prospettiva di protezione comunitaria, in cui ci troviamo davanti a un reato che postula la dimensione lesiva di un bene sopraindividuale, ma la cui offesa è filtrata dalla violazione degli obblighi di ufficio nel confronto del principale.

5.3.- I problemi derivati dalla manutenzione della querela della persona offesa: la goccia che fa traboccare il vaso verso la ‘finora’ ultima riforma

Ulteriori problemi applicativi e interpretativi derivano dalla manutenzione, persino dopo il 2017, dalla regola di processabilità, secondo la quale, il reato di corruzione tra privati è perseguibile a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni e servizi, fattore che per alcuna parte della dottrina, “neutralizzerà l’efficienza della norma”¹⁹⁵, principalmente perché esisterà “il più delle volte, una carenza di interesse alla perseguibilità del fatto da parte del titolare del bene”¹⁹⁶, che implicherà nella pratica che la persecuzione si attiverà soltanto nel caso in cui si verifichi questa seconda circostanza che porta al precetto sulla protezione pubblicista di interessi nel permettere l’indagine di ufficio, però che, allo stesso tempo, involge un modo di configurazione della fattispecie più adatta a rispondere alle esigenze di offensività.

L’espressione utilizzata dalla fattispecie ‘*salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni o servizi*’, prima interpretata a nostro avviso adeguatamente da parte della dottrina come suggerente di un evento naturalistico ulteriore, dato il suo contenuto causalistico che portava a vedere la distorsione della concorrenza come evento di lesione, invece che come idoneità *ex ante*¹⁹⁷, sembra non risultare più in linea al tenore del precetto, il cui, mutando parzialmente la condotta vietata, già non versa più sul compimento od omissione dell’atto in violazione dei doveri, se non che basta per la sua configurazione soltanto l’offerta, la sollecitazione o l’accettazione della promessa finalizzata alla violazione. Di conseguenza ben difficilmente quell’evento potrà legarsi a qualcuna di queste circostanze singolarmente, richiedendo per la verifica della lesione, il compimento dell’atto in violazione degli obblighi di ufficio o di fedeltà¹⁹⁸.

Tuttavia, quanto detto in precedenza non esclude che il collegamento, che permette di attivare la procedura ‘pubblica’, continui a provenire -allo stesso modo di prima- da “una precisa dinamica fra trattativa corruttiva e distorsione della concorrenza”¹⁹⁹, cioè, tra il fatto considerato

¹⁹⁵ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., p. 307.

¹⁹⁶ S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 725.

¹⁹⁷ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 385.

¹⁹⁸ In questo senso, S. SEMINARA, *Il gioco infinito*, cit., p. 725.

¹⁹⁹ P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione*, cit., p. 108.

nel sul complesso e l'evento alternativo, che però, data la nuova configurazione, già non può essere considerato evento di danno, dovendolo concepire quale evento di pericolo, che inoltre, risulta essere più simile alla sua versione astratta che a quella concreta, e che appare come giustificato soltanto attraverso l'intermediario bene strumentale di lealtà verso il principale, che, purtroppo, appare come rilevante, unicamente "in modo eventuale e si concretizza soltanto nel caso di acquisizione dei beni e servizi, solo per prevedere una diversa condizione di procedibilità"²⁰⁰ e non per aggiustare il reato allo *standard* di offensività costituzionalmente riconosciuto.

Purtroppo, un intervento -che almeno finora appare come quello finale- eseguito nell'anno 2019²⁰¹, con l'obiettivo di ultimare definitivamente i problemi di efficienza persecutoria derivati dal traballante reato contenuto nell'art. 2635 c.c. (così come in altri reati di corruzione di cui il c.p.), invece di eliminare il riferimento fatto alla querela nell'ultimo comma, rendendo generale il regime che fino quel momento appariva come accidentale ed eventuale ma corretto, ha deciso di abrogare completamente il quinto comma e con esso qualsiasi riferimento non solo alla querela, ma anche alla distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, materializzando un "inopportuno affievolimento di una prospettiva di tutela realmente ancorata al buon funzionamento del mercato ed al rispetto delle regole sulla concorrenza"²⁰².

In conclusione, l'effetto evidente dell'abrogazione dell'ultimo comma è che "la disciplina italiana viene così ad orientarsi in forma ancora più esplicita verso un modello di stampo esclusivamente 'lealístico/fiduciario'"²⁰³, riproducendo dal punto di vista dell'offensività, tutti i problemi appena esposti sulla protezione della lealtà verso il principale come bene giuridico nel settore privato, e rischiando, allo stesso tempo, "una dilatazione della sfera dell'illecito, che appare forse incompatibile con il carattere di *extrema ratio* che, anche nella dimensione comunitaria, dovrebbe comunque caratterizzare la repressione penale"²⁰⁴, perdendo -una volta in più- la possibilità di migliorare il precetto per bene, e decidendo di consolidare una fattispecie, non solo

²⁰⁰ P. TRONCONE, *Il nuovo delitto di corruzione*, cit., p. 108.

²⁰¹ Il riferimento è fatto alla legge n. 3 di 9 gennaio del 2019, intitolata "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", e tradizionalmente conosciuta come legge "spazzacorrotti".

²⁰² A. MELCHIONDA, *La nuova dimensione tipica del delitto*, cit., p. 73.

²⁰³ *Ivi*, p. 74.

²⁰⁴ *Ivi*, p. 75. In senso meno critico sulla norma, evidenziando come «il superamento della procedibilità a querela sublima senza residue ambiguità un bene pubblicistici, come la leale e libera concorrenza, quale oggetto giuridico delle disposizioni in argomento», V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/2019, p. 292.

lontana dalla necessaria lesività di beni giuridici finali, se non anche inefficiente, dato che pretende sciogliere problemi che sicuramente potrebbero risolversi attraverso il ricorso ad altri rimedi giuridici piuttosto privati, salvo che si provi un'ultima interpretazione del precetto in linea con il reato di corruzione pubblica.

Tuttavia, in linea con quanto succedeva prima della riforma 2019 nei casi in cui non si verificava una distorsione della libera concorrenza, crediamo che la migliore interpretazione possibile sia considerare che il precetto rimane come destinato a proteggere il buon andamento societario, che in quanto bene giuridico strumentale, è stato messo nel precetto, così come nel caso della corruzione propria pubblica di cui l'art. 319 c.p., al servizio della posteriore protezione dei beni giuridici finali che costituiscono i fini stessi dell'attività in cui si commette il reato, fini che nel caso della corruzione privata, non dovrebbero essere altro che la persecuzione dei fini istituzionali e che dipenderanno dallo scopo dell'entità attraverso la quale sia stato commesso il reato. In questo caso, la rilevanza costituzionale può essere identificata attraverso l'art. 41 del testo, laddove si regola il principio di iniziativa economica, che tale e come succede con l'art. 97 della Carta fondamentale, non implica attribuire natura di bene giuridico finale al buon andamento della pubblica amministrazione o dell'attività dei privati, ma semplicemente evidenziare la loro rilevanza in quanto beni che poi dovranno essere articolati come strumenti chiamati a proteggere beni giuridici finale, quale saranno il perseguimento dei fini della pubblica amministrazione nel caso della corruzione pubblica e il perseguimento dei fini istituzionali privati nel caso della corruzione privata.

6.- Rilievi conclusivi in rapporto all'evoluzione storica del reato di corruzione tra privati con speciale riferimento ai problemi di offensività del tipo

La nostra indagine ci ha permesso di mostrare come la corruzione tra privati sorge, in primo luogo, come fenomeno sociale, frutto di un processo di trasformazione storica dello Stato che transita da uno gestore ad uno regolatore, attraverso il quale, i soggetti privati hanno cominciato a intervenire in diverse attività che erano prima di portata unicamente pubblica, grazie alla crescente privatizzazione dei servizi pubblici, il venir a meno della netta separazione fra funzioni pubbliche e funzioni private, e alla crescita delle transazioni commerciali internazionali. In tal modo, questo contesto ha reso possibile la riflessione sulla necessità di regolare materie prime mai contemplate dal diritto penale, e dunque, proteggere interessi diversi dai classici, collegati alla vita o il

patrimonio, come ad esempio, la correttezza del mercato o l'economia pubblica, che però sembravano, fin dall'inizio, non adempiere alle stesse caratteristiche dei beni tradizionale, considerata specialmente la loro astrazione e la loro considerevole lontananza rispetto alla condotta e perciò alla possibilità che questa, nonostante vietata, potesse effettivamente danneggiarle o metterle in pericolo.

Dunque, si è potuto anche stabilire come la nascita del precetto di corruzione tra privati in Italia, sotto la forma di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, attraverso una riforma dei reati societari, e nell'alveo del codice civile, che aveva già una spiegazione di doppia natura, cioè storica e penale, aggiunge tra le ragioni che giustificerebbero l'intervento, i mandati internazionali che già da alcuni anni mettevano in evidenza la necessità di armonizzare la legislazione per combattere il fenomeno corruttivo, non soltanto nella sfera pubblica ma anche nel settore privato, dato il rischio che implicano le transazioni corrotte per i mercati finanziari nazionali, internazionale e persino per la democrazia stessa.

Tuttavia, sebbene a livello internazionale esisteva abbastanza chiarezza sulla necessità di regolare un reato nella materia, non era stata ugualmente chiara la posizione in rapporto a quale doveva essere il bene giuridico che detta figura proteggesse, principalmente perché operava un prematuro abbandono della categoria della distorsione della concorrenza e il patrimonio dei terzi presente nell'Azione comune del 1998, per dare spazio attraverso la Decisione quadro del 2002, alla possibilità di regolare una figura che prescindesse dalla distorsione, e desse protezione soltanto alla lealtà nell'esercizio della funzione, in concordanza con ciò suggerito anche dalla Convenzione penale sulla corruzione del 1999 e la Convenzione ONU del 2003.

Così, si è potuto evidenziare grazie allo schema della seriazione di beni giuridici, come immediatamente è sorta intorno alla lealtà, la preoccupazione sull'insoddisfazione della figura in rapporto al principio di offensività, considerando l'eccessiva similitudine tra la categoria e ciò che viene denominato un bene giuridico fittizio, vale a dire, la vicinanza estrema fra l'entità individuata come bene protetto e la condotta vietata nel suo aspetto virtuoso. Tuttavia, osservando con attenzione la condotta vietata, crediamo di essere stati capaci di dimostrare che, in realtà, non si tratterebbe semplicemente del divieto di attuazione in violazione di un dovere, ma piuttosto del promettere, offrire o concedere, oppure il sollecitare o ricevere un indebito vantaggio affinché si compia od ometta un atto in violazione di un dovere, ciò che profilerebbe al bene giuridico di lealtà

come uno più strumentale che fittizio, e perciò plausibile come figura protetta soltanto al servizio di un altro bene giuridico finale, il che senza apparire come individuato, obbliga alla ricerca di una risposta.

Di portata limitata, tuttavia, risulta qualsiasi teoria che pretenda di attribuire alla lealtà lo *standard* di bene giuridico finale, in questo modo fallisce lo sforzo ispirato dalla dottrina francese, che considera che ciò protetto sarebbe, in realtà, la lealtà che lega il dipendente al datore di lavoro e che verrebbe danneggiata dal momento in cui il dipendente non agisce più in maniera esclusiva nell'interesse dell'imprenditore, bensì nel suo proprio interesse, arrecando un grave problema distorsivo in rapporto all'ambito legittimo della protezione penale ragionevole, dato che si sanzionerebbe la mera infrazione di un contratto privato, questione che non dovrebbe mai accadere nel diritto penale, giacché così si trasgrediscono altri importanti principi come la sussidiarietà e l'*extrema ratio*.

In questo senso, si è dimostrato come a livello internazionale l'evoluzione del concetto di corruzione nel settore privato, abbia preso, troppo presto, un cammino di anticipazione della tutela penale attraverso la proposta di una figura che non soddisfa lo *standard* di protezione di beni giuridici finale, a eccezione del tenore dell'Azione comune del 1998 che rilascia uno spazio rilevante alla protezione della libera concorrenza e il patrimonio dei terzi, che però purtroppo è stata subitaneamente superata come strumento, ciò che all'inizio non aveva correlato nell'ordinamento giuridico italiano che incorpora, nell'anno 2002, una figura di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, a protezione del patrimonio societario, che nonostante non segua i lineamenti internazionali su diverse categorie, si mantiene nella strada di protezione di un bene giuridico finale, che porta altri problemi dal punto di vista del doppiaggio di figura a quell'effetto, però che non sconosce lo *standard* costituzionale di necessaria offensività.

Tuttavia, e dato che le critiche non hanno tardato ad arrivare e le pressioni -come è stata la regola, pure dal punto di vista internazionale- non hanno dato tregua alla figura, questa è stata subito sottomessa a un'importante riforma nel 2012, con lo scopo di adempiere gli obblighi fino ad allora non osservati, e aumentare l'efficacia nella persecuzione della corruzione, grande nemico della protezione delle garanzie fondamentali in diverse materie, tra cui, la corruzione non fa eccezione.

Così, la riforma dell'anno 2012 ci ha dimostrato come una serie di cambiamenti apparenti, nel nome dell'efficacia persecutoria, non abbiano necessariamente la capacità di fare mutare l'impianto di fondo di una fattispecie, la quale, continua a consistere in una figura che incrimina soltanto le conseguenze della corruzione privata, in modo abbastanza simile alla versione di infedeltà precedentemente vigente, nonostante le novità sulla condotta, e un assoluto mutamento della rubrica, restando tuttavia ferma l'ancora mancata analisi sull'impatto che ha nell'evoluzione del reato la nuova menzione alla libera concorrenza come bene giuridico tutelato.

Purtroppo, anche in relazione alla categoria del bene giuridico della libera concorrenza, le conclusioni non sono del tutto auspicabili, dato che -come visto- il nuovo bene giuridico è stato incorporato soltanto in funzione della processabilità, ovvero per chiarire che, nel caso si verifichi una distorsione, non sarà necessaria la querela della persona offesa, e non come un bene giuridico protetto a prescindere dal danno, cioè, si è previsto un ulteriore evento da reato che non permette mai di prescindere dalla necessaria affettazione del patrimonio, generando un problema addizionale dal punto di vista della mancata proporzionalità sanzionatoria, nel caso di verificarsi sia il nocumento alla società che la distorsione della concorrenza e che dovrà essere punito con la stessa sanzione che per il caso in cui si verifichi soltanto il nocumento. Comunque, il valore del precetto deriverebbe -a nostro avviso- dal riconoscimento di due beni giuridici finali, il nocumento societario offendibile in tutti i casi, e la distorsione della libera concorrenza, nel suo aspetto *micro-economico*, soltanto eventualmente offendibile.

Finalmente, abbiamo visto come la legislazione nazionale italiana non può che cedere di fronte alle pressioni internazionali e alla minaccia di una sanzione a quel livello, riformando nuovamente la fattispecie nell'anno 2017, ridefinendo quasi completamente il reato di corruzione tra privati, e regolando finalmente una figura veramente simile a quella proposta a livello europeo, cioè, una figura che mette in dubbio persino la struttura stessa della fattispecie come precedentemente configurata nel paradigma del reato bilaterale a concorso necessario in linea con la corruzione propria antecedente, questione che abbiamo stabilito che deve essere subito scartata alla luce del fatto che, pure dopo la riforma, è unico il risultato verso il quale convergono le volontà e i comportamenti tanto del corrotto, quanto del corruttore, e che viene poi ulteriormente confermata come posizione interpretativa alla luce della regolazione della figura di istigazione alla corruzione di cui l'art. 2635 *bis*.

Come è logico che sia, anche questa riforma introduce importanti modifiche in materia di offensività dal momento in cui cancella qualsiasi riferimento al nocumento societario, rimanendo nel suo luogo soltanto il bene giuridico della lealtà, così come suggeriva la Decisione quadro dell'anno 2002 in linea con la Convenzione penale del 1999 e la Convenzione ONU del 2003. Nondimeno, il reato mantiene il riferimento alla distorsione della libera concorrenza come requisito di processabilità, permanendo incolume il problema del riconoscimento di un bene giuridico ulteriore, che però, oggi si manifesta in rapporto alla lealtà che, come già abbiamo stabilito, non soddisfa lo standard di bene giuridico finale, se non soltanto strumentale.

Così, la regolazione del reato di corruzione tra privati, ci ha dimostrato anche che l'osservanza degli obblighi internazionali, a volte, arrechi nefaste conseguenze dal punto di vista del rispetto di determinati principi come l'offensività, giacché la pressione internazionale ha avuto come effetto che l'Italia riformasse un reato in diversi momenti, facendo anticipare, ogni volta più la soglia punitiva, e lasciando attraverso la novella del 2017 al reato come offensivo di un bene giuridico strumentale, cioè, la lealtà, che potrebbe giustificarsi grazie alla distorsione della libera concorrenza come bene giuridico finale, però che data la sua ubicazione nella figura, risolverà il problema soltanto in modo eventuale.

Nonostante quanto precedentemente affermato, parte della dottrina prova a cercare un modo per costruire uno sguardo della lealtà che permetta giustificare l'esistenza della figura nei casi in cui non ci siano incidenze sulla libera concorrenza. In questo senso, e avendo presente che la visione soggettiva della stessa fallisce come teoria nel mondo penale, si transita a una costruzione oggettiva che implicherebbe la protezione del patrimonio societario sotto forma di pericolo, considerando che ciò che è protetto, sarebbe il buon andamento societario, in linea con il reato di corruzione pubblica, nonostante le enormi differenze dal punto di vista degli interessi coinvolti in uno e altro settore, posizione che crediamo possa essere accettata con molta cura.

In questo senso, consideriamo sia più plausibile collegare il buon andamento societario con il perseguimento dei fini istituzionali dei privati, in linea con ciò che succede in materia di corruzione pubblica dove il buon andamento si considera soltanto un bene giuridico strumentale messo al servizio di un altro bene giuridico finale che coincide con la finalità stessa della pubblica amministrazione, questione che richiederà indagare sulle finalità specifiche di ogni entità privata, e

che trova riconoscimento costituzionale attraverso l'art. 41 del testo, laddove si regola il principio di iniziativa economica.

Quest'interpretazione che prima pretendeva spiegare il contenuto offensivo della fattispecie soltanto lì dove non si verificasse una distorsione della libera concorrenza, vale a dire, nei casi in cui quest'ultima non potesse operare come il bene giuridico che spiegava il contenuto offensivo della fattispecie, dopo la riforma 2019, si trasforma nell'unico modo per giustificare l'esistenza di una fattispecie che nonostante essere nata allo scopo di proteggere il patrimonio societario e la libera concorrenza, rimane apparentemente senza giustificazione offensiva, precisamente perché il legislatore ha deciso cancellare definitivamente qualsiasi riferimento al nocumento, prima, e alla distorsione della concorrenza successivamente, invece di cancellare il riferimento alla querela della parte offesa, eliminando di conseguenza gli elementi che operavano come beni giuridici finali, e trasformando l'interpretazione sul buon andamento societario come bene strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dei privati nell'unica spiegazione possibile per giustificare il reato senza sconoscere il tenore letterale del precetto.

CAPITOLO IV

Il principio di offensività in altri ordinamenti giuridici e le implicanze che ne derivano sui reati di corruzione pubblica e privata

Premessa

Dopo aver analizzato il problema del principio di offensività in sede italiana, e avendo visto come la costituzionalizzazione dello stesso, sia riuscita a mettere insieme, sia una teoria critica del bene giuridico, che una risposta di diritto positivo, permettendo di risolvere alcuni dei problemi sulla rilevanza del principio che si erano presentati precedentemente alla dettazione della Costituzione, ciò che vogliamo fare a continuazione, è comparare questi sviluppi con altri due ordinamenti giuridici in cui il principio di offensività non trova -almeno apparentemente- riconoscimento costituzionale esplicito, al fine di capire se, effettivamente, l'incorporazione nel testo fondamentale, faciliti l'evolversi del dibattito e perciò la protezione di beni giuridici, riducendo l'ambito della problematica al minimo, o se invece, esistono formulazioni dottrinarie che, concependolo sia come principio, che come finalità del diritto penale, permettano il raggiungimento di conclusioni simili, tuttavia in assenza del menzionato riconoscimento esplicito, come succede nel caso spagnolo o, persino, in un ordinamento giuridico di tradizione diversa come sarebbe quello inglese, che sta a fondamento della tradizione anglosassone.

In Italia, e probabilmente nella maggioranza degli ordinamenti giuridici di tradizione continentale¹, Spagna compresa, esiste attualmente un'espansione del diritto penale, provocata, tra altri fattori, da ciò che precedentemente abbiamo catalogato come una crisi del concetto di bene giuridico, e della sua conseguente capacità limitativa sulla scelta legislativa. Una delle ragioni che spiegherebbe la situazione è data dal fatto che negli ultimi decenni, la funzione del diritto penale, precedentemente edificata intorno all'idea di protezione di beni giuridici, è stata messa in discussione da coloro che considerano si dovrebbe proteggere, invece, la vigenza delle norme²,

¹ Si veda in questo senso, H. HORMAZÁBAL, *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in F. PÉREZ (a cura di), *SERTA in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 1083, l'A. mette in evidenza, in relazione ai Codici penali latinoamericani, come l'inclusione del principio di esclusiva protezione di beni giuridici allontana i testi della teoria funzionalista sistemica di Jakobs.

² Ci riferiamo alla teoria Jakobsiana che considera la finalità del diritto penale non sia la protezione di beni giuridici, se non la protezione della vigenza della norma, latamente trattata nel capitolo 1 di questo lavoro. Si può consultare, G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Traduzione di M. CANCIO MELIÁ), in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 7, n. 11/2001, pp. 23-42, e *supra* capitolo 1, titolo 4.2.

strutturando un apparato persecutorio che non si basa più sull'offesa, ma piuttosto sull'idea di dannosità sociale³, oppure sulla necessità di mettere in primo piano la gestione dei rischi della società moderna⁴.

A sua volta, nella tradizione giuridica anglosassone, sembra che la finalità del diritto penale non sia stata definita intorno alla nozione di bene giuridico, ma piuttosto sulla base del senso e del contenuto delle leggi penali che definiscono i reati, e, come indica la dottrina, che il ruolo principale del diritto penale sia piuttosto quello di “fornire un quadro istituzionale all'interno del quale, e processi attraverso cui, gli autori di pubblici illeciti possano essere chiamati a rispondere per quelli illeciti”⁵.

Esiste, quindi, una parte importante della dottrina⁶ che identifica come scopo del diritto penale tutti quegli obiettivi fissati nel testo del ‘*Model Penal Code*’⁷ che, nonostante consista in uno strumento del sistema statunitense, lo si può anche considerare una guida per orientare la discussione in altri Paesi di tradizione anglosassone, e all'interno del quale si menziona, come primo proposito del diritto penale, “la proibizione e prevenzione di condotte che in modo ingiustificato e inescusabile provochino o minaccino di provocare danno agli individui o ai pubblici interessi”⁸, ciò che evidenzia come lo ‘*harm principle*’ o principio del danno, di

³ Come spiegato nel primo capitolo di questo lavoro, la teoria della dannosità sociale è stata formulata anche per K. Amelung, teorico del funzionalismo-metodologico, che considera che la pena ha come fine la conferma della vigenza della norma, nonostante deva operare basandosi nel sistema sociale e le condizioni della sua permanenza, così, K. AMELUNG, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2016, *passim*; si può consultare anche *supra* capitolo 1, titolo 4.2.

⁴ Abbiamo fatto presente come nella dottrina italiana si mette fortemente in evidenza quando sia pericolosa un'interpretazione della società attuale nei termini della c.d. “società del rischio” perché indurrebbe a pensare in un diritto penale attento al controllo dei “rischi” svalutando ogni riferimento a un bene giuridico, in questo senso, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 224.

⁵ R.A. DUFF, *Responsability, Citizenship, and Criminal Law*, in R.A. DUFF, S. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 127.

⁶ In questo senso, J. HERRING, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, 9th edizione, Oxford, 2020, p. 9; P.H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford, 1997, p. 127.

⁷ Il ‘*Model Penal Code*’ è uno strumento elaborato dall’*American Law Institute* e consiste in una proposta di codice penale che ha ispirato la riforma di un numero importante di stati negli Stati Uniti, ragione per cui opera nella tradizione anglosassone come criterio orientatore rilevante, persino nell’Inghilterra, così in dottrina, P. ROBINSON, M. DUBBER, «*The American Model Penal Code: A brief Overview*», in *New Criminal Law Review*, vol. 10, n. 3/2007, pp. 319-341.

⁸ Numero 1 della *section 10.2* del ‘*Model Penal Code*’.

formulazione ed applicazione generale, ha persino un corrispondente e un riconoscimento in sede penale, sebbene sarebbe necessario analizzarne la profondità e la portata.

Dunque, tenendo presente quanto detto finora, lo scopo di questo capitolo sarà quello di ricostruire il muro difensivo che rappresenta il principio di offensività in due ordinamenti giuridici che non ne riconoscono esplicitamente la protezione a livello costituzionale, nonostante la rilevanza attribuita all'offensività di beni giuridici o, almeno, alla nozione di danno nelle figure di reato, per così determinare se -alla fine- si possono dedurre o meno conclusioni simili, allo scopo di consolidare una posizione sulla rilevanza del principio, nella difesa di un diritto penale minimo con vocazione sussidiaria, e determinare, inoltre, come l'apparato costituzionale possa contribuire alla vera ed effettiva protezione, sia a livello politico criminale all'ora di decidere cosa sanzionare in sede penale, sia a livello interpretativo quale criterio ermeneutico che permetta di risolvere in questo ambito ciò che non è stato risolto a livello legislativo.

Finalmente, dopo un'attenta riflessione su quale sia lo *standard* di protezione in ognuno degli ordinamenti giuridici scelti, così come abbiamo fatto per quello italiano, e per cercare di corroborare le conclusioni raggiunte, metteremo a confronto la categoria di bene giuridico con il parametro di offensività -secondo la formulazione locale-, attraverso le fattispecie più rilevanti in materia di corruzione pubblica e privata, affrontando quindi -nel trattare l'Inghilterra- un nuovo e diverso modo di persecuzione del fenomeno che non include una differenziazione tra soggetto pubblico e soggetto privato, utilizzando un tipo incriminante comune e unico, che potrà apportare alla discussione nuovi e diversi elementi dal punto di vista del bene giuridico.

1.- Il principio di offensività di beni giuridici in Spagna quale elemento rintracciabile a partire dal principio costituzionale di proporzionalità

La prima questione che dovremmo determinare con chiarezza, a proposito del sistema spagnolo, è l'esistenza o meno di un riconoscimento - per via diretta o indiretta - del principio di offensività di beni giuridici nel testo costituzionale del 1978, o qualsiasi equivalente che ci permetta di assumere che, anche nel Paese ispanico, si attribuisce un'importanza fondamentale alla protezione di beni giuridici, nonostante si possa costruire, in termini diversi dal punto di vista normativo. A questo proposito, la prima questione che possiamo affermare sulla Costituzione in proposito è che, attraverso di essa, si considera edificato in Spagna, un modello di stato sociale e

democratico di diritto che, inoltre, rappresenterebbe un importante appoggio giuridico positivo nella costruzione sia politico criminale che dogmatica del diritto penale⁹.

In questo senso, è importante tener presente che in Spagna, così come in Italia, addirittura prima della dettazione della Costituzione del 1948, si attribuiva -già da tempo- un valore fondamentale alla teoria del bene giuridico protetto, sia come parametro di scelta politico criminale, che come criterio ermeneutico interpretativo, dato il suo valore astratto come principio basilico nell'ambito del diritto penale, e avendone presente specialmente la rilevanza quale grande conquista della moderna dogmatica giuridica, che permette stabilire una chiara separazione tra diritto e morale¹⁰.

Tuttavia, al fine di non reiterare l'enorme discussione storica che si è sviluppata in diversi Paesi sul confronto tra le prime teorie critiche e acritiche del bene giuridico e la loro intima relazione con la finalità del diritto penale, già trattate nel primo capitolo di questo lavoro, ciò che vorremmo fare ora, è confrontare la rilevanza attribuita dogmaticamente alla teoria del bene giuridico con il testo costituzionale spagnolo, cercando di comprendere se esiste o meno, un riconoscimento a livello di testo fondamentale -sia esplicito o implicito-, che ci permetta di determinare in che modo assomigli al riconoscimento italiano, e quali siano le conseguenze che ne derivano, vale a dire, vogliamo valutarne l'esistenza in quanto principio normativamente riconosciuto.

Per cominciare, è importante tener presente che da una prima lettura della Costituzione, sembra che non esista nessuna norma che si possa ricondurre espressamente alla protezione di beni giuridici oppure alla sua necessaria offensività, quale parametro che possa giustificare una delimitazione nella creazione dei reati¹¹. Nonostante ciò, esiste un articolo che -in linea con l'art. 27 della Cost. italiana- fa riferimento alla finalità della pena di rieducazione e di reinserimento

⁹ S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in M. L. CUERDA ARNAU (a cura di), *Constitución, derechos fundamentales y sistema social*, Valencia, 2009, p. 1357.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *El principio de lesividad como garantía penal*, in *Rev. Nuevo Foro Penal*, n. 8/79, 2012, pp. 108 s., il quale spiega come le costituzioni moderne hanno positivizzato la maggiore parte dei beni trasmessi dalla tradizione liberale, e come questa decisione porta con sé, inevitabilmente, conseguenze normative di diritto positivo; nello stesso senso, C. MÉNDEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, p. 36.

¹¹ In questo senso, la dottrina evidenzia che la Costituzione spagnola non sia stata, in generale, esplicita in materia penale, perdendo l'opportunità di regolare espressamente principi basilici di carattere garantista rispetto di cui esisteva già abbastanza riconoscimento da parte della dottrina, si veda C. MÉNDEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 38.

sociale¹², che tuttavia non è stata mai presa in considerazione per riferirsi all'offensività dei fatti come principio costituzionalmente regolato, mentre invece la dottrina e la giurisprudenza costituzionale cercano di ricostruirlo attraverso la libertà, quale valore supremo dell'ordinamento¹³, oppure, in modo più sviluppato, riconducendolo al principio di proporzionalità che, in linea con ciò che è stato fatto dalla dottrina tedesca, è stato tripartito attraverso i pilastri di idoneità dell'intervento, necessità dell'intervento e proporzionalità in senso stretto tra il costo dell'intervento e il beneficio che rappresenta¹⁴.

Analizzando più accuratamente la costruzione del principio nel Paese ispanico, oppure la costruzione di qualsiasi principio equivalente, possiamo osservare come -a livello dogmatico- si fa riferimento alla protezione di beni giuridici quale derivazione logica della finalità stessa del diritto penale¹⁵, ciò che gli autori affermano senza vincolarlo, necessariamente, all'esistenza di un principio, esplicita o implicitamente, riconosciuto dalla Costituzione, e che si potrebbe considerare simile al principio di offensività o lesività di beni giuridici, al di là dell'interesse dogmatico verso il principio di proporzionalità¹⁶. Ora bene, dobbiamo mettere anche in evidenza come questa

¹² Secondo ciò stabilito dall'articolo 25 comma 2 della Costituzione spagnola, sia la pena che la misura di sicurezza saranno orientate alla rieducazione e il reinserimento sociale dei condannati e non potranno consistere in lavori forzati.

¹³ Si tratta di una posizione della dottrina interessante, ma ancora del tutto minoritaria, che ricostruisce l'offensività quale principio generale che, implica il riconoscimento del reato come lesione o messa in pericolo di un bene giuridico. Ora bene, nonostante la mancanza di una menzione espressa, si considera che il principio deriverebbe a partire dal quadro generale della Costituzione, specialmente della libertà quale valore supremo contenuto nell'articolo 1 di essa, giacché come il reato appare come attacco alla libertà altrui, precisamente perciò deve concepirsi quale lesione o messa in pericolo di un bene giuridico che, inoltre, coincide col contenuto materiale del reato, si veda in questo senso, C. MÉNDEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p.38.

¹⁴ In questo senso, S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento*, cit., p. 1358; sulla tripartizione del principio di proporzionalità, sebbene nella dottrina tedesca, si può consultare, R. ALEX, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad* (traduzione dall'opera '*Constitutional Rights and Proportionality*'), in *Rev. Española de Derecho Constitucional*, n. 91/2011, p. 13; anche, M. CANCIO MELIÀ, M. PÉREZ MANZANO, *Principios del derecho penal (capítulo III)*, in J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ (a cura di), *Manual de introducción al Derecho Penal, Madrid*, 2019, p. 81, dove gli Autori spiegando la tripartizione del principio di proporzionalità, aggiungono che si potrebbe persino affermare che tutta la struttura concettuale di esclusiva protezione di beni giuridici sia conseguenza del principio di proporzionalità.

¹⁵ Si può vedere in questo senso, F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 8ª ed. Valencia, 2010, gli Autori affermano, da una parte, che la finalità della norma penale sia effettivamente la protezione di beni giuridici (p. 59), aggiungendo poi che la teoria del bene giuridico si trova tra il concetto materiale di reato e il modo in cui si proteggono i beni giuridici (p. 60), e da un'altra, indicando precisamente che l'esistenza del principio di protezione di beni giuridici emana della finalità del diritto penale, che dovrebbe inoltre, operare come criterio orientatore per il legislatore che non potrà mai fare diventare reato una azione salvo se lesiona o mette in pericolo un bene giuridico, conseguenza questa dell'applicazione concreta del principio di intervento minima e del principio di frammentarietà del diritto penale (pp.78 s.).

¹⁶ Si può consultare in questo senso, ad esempio, E. BACIGALUPO, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, il quale considera principi rilevante soltanto la legalità e la colpevolezza. Tuttavia, quando si riferisce alle diverse definizioni di reato, include quella che lo caratterizza come fatto che lesiona beni giuridici, indicando inoltre, che di esso deriverebbe un principio secondo cui il reato dovrebbe costituire al meno una lesione di un bene giuridico,

apparente indifferenza verso l'offensività o lesività dei beni giuridici, in sede di principi, sembra essere stata bilanciata al momento di attribuire contenuto materiale al reato, precisamente perché attraverso la definizione del concetto di delitto come lesione di beni giuridici¹⁷, si riprende la necessaria offensività dei fatti sanzionati come un elemento che, senza dubbio, emana di un principio superiore che avrebbe, inoltre, "il vantaggio di collegare la missione del diritto penale a una caratteristica visibile della condotta"¹⁸.

Questo principio superiore, cioè la protezione di beni giuridici e la correlativa necessaria lesività od offensività della condotta, quando riconosciuto in dottrina, appare strettamente collegato sia al principio di materialità del fatto, che al principio di *extrema ratio*, tutti considerati "espressioni dell'idea che soltanto il danno sociale può giustificare il sistema penale"¹⁹, ed evidenziando ancora una volta che, precisamente questi tre principi darebbero luogo a una "definizione moderna e utilitarista del concetto materiale di reato (...) al di là dell'accertamento formale basato in norme che contengono sanzioni penali"²⁰. Tuttavia, risulta importante distinguere, sempre al fine di evitare confusione sul quesito esposto, che il riconoscimento a livello dogmatico, o meglio l'incorporazione della lesività, quale contenuto materiale del delitto, non implica affatto un riconoscimento costituzionale come principio normativo, ragione per cui dobbiamo ancora esaminare la modalità attraverso la quale, questi parametri, ammessi nel mondo della dogmatica, vengono o meno rintracciati in sede costituzionale.

al che però, non attribuisce maggiore rilevanza (pp. 211 s.); poi confermando che per l'A. l'offensività non ha in realtà valore di principio, si può vedere l'opera, ID., *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, 1999, nella quale individua come principi di primordiale importanza sia la legalità che colpevolezza, senza individuarne nuovamente l'offensività, affermando in modo ancora più evidente, che il legislatore ha libertà per decidere se una condotta è o non reato osservando i principi di legalità, colpevolezza, proporzionalità e proibizione del *bis in idem* (p. 232); in senso contrario, S. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 10ª ed., Barcelona, 2016, il quale tratta il principio di esclusiva protezione di beni giuridici tra i limiti al *ius puniendi* statale (pp. 129 s.), e poi si riferisce al principio di proporzionalità (pp. 138 s.), senza menzionare il principio di lesività u offensività in sede generale. Tuttavia, al trattare l'antigiuridicità, si indica come principio la lesività u offensività, collegata al principio di esclusiva protezione di beni giuridici; in senso conforme, M. CANCIO MELIÀ, M. PÉREZ MANZANO, *Principios del derecho penal*, cit., p. 34, mettendo in evidenza la protezione di beni giuridici come finalità del diritto penale, per poi menzionare la lesività come principio differenziato del precedente (p. 51), definendolo come il cuore dei principi che determinano la necessità dell'esistenza di danno sociale per sanzionare (pp. 73 s.).

¹⁷ In questo senso si può consultare, R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003, pp. 99 e 107, dove l'A. spiega come la finalità di protezione di beni giuridici sia l'unica che può veramente giustificare il diritto penale in confronto alla finalità di protezione della vigenza della norma di Jakobs, e come questo dovrebbe portare a un concetto materiale di delitto come lesione di beni giuridici.

¹⁸ R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 110.

¹⁹ M. CANCIO MELIÀ, M. PÉREZ MANZANO, *Principios del derecho penal*, cit., pp. 70 s.

²⁰ *Ibid.*, gli Autori approfondiscono ancora sul punto, indicando si tratti di idee installate nell'Illustrazione e che fanno parte dell'ideologia di qualsiasi sistema penale occidentale attuale.

Tornando al testo, e prima di capire come si potrebbe inserire l'offensività nello schema di proporzionalità precedentemente enunziato, di fronte a un'assenza di regolazione espressa, pensiamo sia del tutto rilevante riflettere sul perché nel caso spagnolo, l'argomento della finalità rieducativa della pena non sia stato preso in considerazione al momento di giustificarne il riconoscimento del principio nel testo della Carta costituzionale. Crediamo che una spiegazione possibile potrebbe derivare dall'assenza di riconoscimento di un sistema a doppio binario come quello vigente in Italia nella regola dell'art. 25 comma 2 e comma 3, ciò che permetterebbe di stabilire, con chiarezza, una diversa finalità tra l'applicazione di una pena e quella di una misura di sicurezza, questione che rende complicato l'argomento di ricostruzione del principio di necessaria offensività del fatto attraverso il suo legame con la finalità rieducativa della pena e in opposizione alla misura di sicurezza fondata sulla pericolosità, precisamente perché nel sistema spagnolo dal 1978 si sono equiparati le finalità di entrambi i modi di sanzione, senza distinzione, ostacolando una ricostruzione del principio, a partire da questo precetto.

Quindi, possiamo ora approfondire analiticamente lo studio del principio di proporzionalità e il suo riconoscimento nella Costituzione spagnola del 1978, data la stretta relazione con la ricostruzione dell'offensività nell'ordinamento giuridico in esame. Risulta così, interessante osservare come la mancanza di una regolazione formale del principio di proporzionalità, abbia portato la dottrina e la giurisprudenza costituzionale a “una elaborazione giuridico dottrinarica complessa e destinata a costruirlo conforme a parametri ragionevolmente oggettivi che permettano un vero controllo giurisdizionale”²¹, da esso derivato, e che ne implica nella pratica, una lettura dello stesso quale “criterio di interpretazione che si può inferire di diversi precetti costituzionali e permette di decidere a proposito delle diverse violazioni di norme costituzionali”²².

Per essere ancora più specifici, il percorso argomentativo seguito in Spagna per interpretare il principio di proporzionalità attraverso il testo costituzionale vigente, lo considera un principio che oltrepassa ampiamente il semplice rapporto tra condotta e pena, e che opera specialmente nei casi di trattamento dei diritti fondamentali, orientando l'esercizio del potere punitivo statale, e di

²¹ P. GUÉREZ TRICARICO, *Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Jurídica* n. 10/2004, p. 56.

²² Sentenze della Corte costituzionale spagnola n. 55/1996 e 161/1997.

ampiezza tale che si ha affermato persino che la lesività, quale correlato logico del principio di protezione di beni giuridici, non sarebbe altro che una derivazione del principio di proporzionalità²³.

Ora bene, per comprendere come, attraverso la proporzionalità, si arrivi a riconoscere, nonostante indirettamente, il principio di offensività o qualcuno che funzioni similmente, la prima questione che dobbiamo tener in conto, è che la dottrina e la giurisprudenza spagnola, interpretano la proporzionalità a partire “della vigenza delle disposizioni costituzionali che prevedono diritti fondamentali”²⁴, ragionando nel senso che il loro riconoscimento implica un’obbligatoria ponderazione, che può essere risolta soltanto tramite proporzionalità tra diritti, precisamente nella misura in cui la loro vigenza normativa si opporrebbe a eventuali limitazioni che possano essere messe in pratica da parte dello Stato, “salvo se risultassero idonee e necessarie per proteggere altri diritti, senza supporre costi maggiori sui diritti sacrificati che i benefici portati sui diritti protetti”²⁵.

Tuttavia, nella stessa dottrina spagnola esistono pareri che, ispirati alla teoria del filosofo tedesco Robert Alexy, arrivano alla conclusione che, in realtà, il rapporto che esiste tra diritti fondamentali e principio di proporzionalità non può fondarsi sul diritto positivo, precisamente perché si tratta di una relazione di carattere necessario che non dipende in assoluto dalle decisioni che possa prendere il legislatore²⁶.

Per comprendere meglio il ragionamento di Alexy, è fondamentale tenere presente una distinzione sviluppata dall’autore tra diritti umani e diritti fondamentali, dove i primi consistono nei valori pre-positivi, ideali e astratti che antecedono i diritti fondamentali, e i secondi, nei diritti umani positivizzati, senza perdere tuttavia, proprio per questo riconoscimento, il suo carattere²⁷.

²³ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuándo penar, cuánto penar*, in J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, M. ADOLFO RUSCONI (a cura di), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, 2014, p. 292; nello stesso senso, M. CANCIO MELIÀ, M. PÉREZ MANZANO, *Principios del derecho penal*, cit., p. 81.

²⁴ S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento*, cit., pp. 1368 e 1370; indicando anche come il principio di proporzionalità si fonda nei presupposti assiologici e normativi dello stato di diritto, si veda anche, P. GUÉREZ TRICARICO, *Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Jurídica*, n. 10/2004, pp. 56 s.

²⁵ S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento*, cit., p. 1368.

²⁶ R. ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, cit., p. 12, indicando che nel costituzionalismo moderno si discute sulla relazione tra diritti fondamentali e principio di proporzionalità, essendo due le possibili risposte, una che afferma si tratti di una relazione di carattere necessario, in confronto a coloro che considerano si tratti di una relazione di diritto positivo, difendendo l’A. la prima posizione.

²⁷ *Ivi*, p. 25.

Così, dall'esistenza ideale e astratta dei diritti umani deriverebbe una confrontazione naturale e permanente che richiede una ponderazione che si realizza in termini di proporzionalità²⁸, vale a dire, la proporzionalità non viene concepita come una regola che deve essere istituita attraverso il diritto positivo, ma come mandato che ha per scopo quello di ottimizzare la presa di decisioni davanti alla confrontazione naturale tra i diritti umani²⁹.

Ulteriormente, in linea con la posizione di Alexy, e perciò con il quadro di riferimento che costituiscono i diritti umani, sorge nella dottrina spagnola una posizione dogmatica che, allontanandosi dalla visione che risolve tutto mediante l'esame di proporzionalità, ha come pretesa persino quella di superare la visione costituzionalista del bene giuridico³⁰, con lo scopo di provare a risolvere il problema attraverso una nuova definizione di bene giuridico che si fonda nel quadro referenziale dei diritti umani in un contesto di «diritto penale minimo»³¹, e che porterebbe -in opinione della sua creatrice- come “indubitabile vantaggio l'anteposizione storica alla Costituzione e la pretensione di universalità”³².

Questa concezione critica, formulata in chiave ancora più moderna, vorrebbe dotare di contenuto pre-positivo alla nozione di bene giuridico, senza però riferirla a una norma positivamente riconosciuta in un ordinamento giuridico specifico, ciò che comporta, a nostro avviso, un importante problema quale è che nonostante il merito della formulazione, non è capace di rimpiazzare la concezione costituzionale del bene giuridico secondo la sua formulazione italiana, che, inoltre, contiene un giudizio sulla necessaria offensività dei fatti per essere catalogati

²⁸ R. ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, cit., pp. 25 ss.; in senso parzialmente simile, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuándo penar, cuánto penar*, cit., *passim*, ID., *La proporcionalidad de la norma penal*, in *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5/1998, *passim*, il quale considera che il principio di proporzionalità derivi dei valori di uno stato liberale e democratico di diritto, il quale per essere fondato sulla libertà, non può sacrificarla, salvo se si trattasse di una azione valutata come idonea e destinata a generare più libertà di quella sacrificata.

²⁹ R. ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, cit., pp. 26 s.; in dottrina seguendo la formulazione proposta da Alexy, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, 2014, pp. 163 s.

³⁰ L'autrice della concezione spiega espressamente che il riferimento al quadro dei diritti umani non implica seguire una concezione costituzionalista del bene giuridico, e significa invece assumere una dimensione dei beni che supererebbe i confini tra Paesi, si veda in questo senso, M. ALONSO, *Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 15/2011, p. 21.

³¹ *Ivi*, pp. 14 s., l'A., seguendo a Ferrajoli, definisce il diritto penale minimo o principio di intervento minima come il principio in ragione di cui il diritto penale deve intervenire soltanto nei casi di affettazione grave dei beni giuridici più importanti, e poi, mette in evidenza che questo non implica in assoluto non proteggere beni collettivi, sempre che siano collegabili all'individuo, ammettendo la sua protezione.

³² *Ivi*, p. 15.

come reati, offrendo un parametro di riferimento per decidere quando ci troviamo di fronte a un bene giuridico che merita un intervento penale per comparazione col bene giuridico della libertà (art. 13 Cos. Italiana), questione che qui continua a riposare nel principio di proporzionalità in senso ampio, soltanto implicitamente riconosciuto dal testo costituzionale, così come nel principio di esclusiva protezione di beni giuridici del diritto penale³³, ma non espressamente riconosciuto dalla Costituzione spagnola del 1978.

Arriviamo così a scoprire che, né lo sguardo del bene giuridico nell'alveo di riferimento dei diritti umani, né il principio di proporzionalità in senso ampio, riescono a risolvere la questione fondamentale alla quale ci espone, di solito, il problema di protezione di beni giuridici, cioè, determinare in che caso sarà legittimo sanzionare, attraverso il diritto penale, un determinato comportamento quando incide negativamente su un bene giuridico, di modo tale che l'offensività abbia un contenuto al di là della sua formulazione, come semplice proibizione di eccessi in caso di confronto tra diversi interessi³⁴, vale a dire, se suscita ciò che un settore della propria dottrina spagnola ha definito come un'incapacità per delimitare la nozione di bene giuridico rispetto alla nozione di bene giuridico penale che rende evidente la necessità di sviluppare criteri o parametri complementari che permettano decidere³⁵.

Così, avendo presente questa limitazione, la dottrina cerca diverse soluzioni che hanno per scopo quello di distinguere, con chiarezza, tra bene giuridico in astratto e bene giuridico penale. La prima, sviluppata dal Mir Puig, cerca risolvere la mancanza di un concetto di bene giuridico, attraverso di due criteri; il primo consiste nella rilevanza sociale del bene e il secondo nella necessità di protezione dello stesso mediante il diritto penale³⁶, ciò che alla fine non sembra essere sostanzialmente diverso da un'applicazione dello *standard* precedentemente spiegato in sede di proporzionalità. Quindi, la rilevanza sociale del bene si dovrebbe valutare in rapporto alla gravosità delle conseguenze proprie del diritto penale, in modo tale che, l'infrazione sia grave nella stessa

³³ M. ALONSO, *Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico*, cit., p. 23.

³⁴ Infatti, parte della dottrina spagnola si riferisce al principio di proibizione di eccesso e proporzionalità in senso ampio (*prohibición de exceso y proporcionalidad en sentido amplio*), si può consultare in questo senso, M. COBO DEL ROSAL, T. VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 5ª ed., 1999, Valencia, pp. 81 s.

³⁵ S. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del Ius puniendi*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 14/1990, p. 205. Vale la pena far presente, come l'incapacità si torna ancora più evidente davanti all'interpretazione giurisprudenziale del Tribunale costituzionale spagnolo che pronunciandosi espressamente sulla portata del principio di proporzionalità, indica si tratti soltanto di un parametro interpretativo che permette decidere possibili inosservanze di norme costituzionali, si veda, ad esempio, Sentenza Tribunale costituzionale, n. 55/1996.

³⁶ S. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, cit., p. 209.

misura che la sanzione scelta come risposta³⁷, e sempre che esista una necessità di protezione del bene attraverso la via penale, ciò che implica che altri mezzi non sono sufficienti per la sua tutela³⁸.

Un secondo tentativo di erigere un parametro più preciso, proviene dalla teoria procedimentale del bene giuridico³⁹, formulata da Tomás Vives Antón, e secondo quale il bene giuridico non dovrebbe più essere considerato in quanto oggetto, ma al contrario, in termini di giustificazione⁴⁰, vale a dire, il bene giuridico, in quanto oggetto ideale, dovrebbe evocare soltanto la possibilità di “identificare le ragioni che possano giustificare in modo immediato, sia il reato che la pena”⁴¹, ragione per cui si definisce come “un momento del processo di giustificazione razionale della limitazione della libertà”⁴².

La teoria procedimentale del bene giuridico, senza manifestarlo l'autore, si avvicina abbastanza alla concezione costituzionalistica del bene giuridico, in quanto afferma precisamente che la nozione di bene giuridico si conforma “a partire dalla Costituzione e, più specificamente, dal contenuto dei diritti fondamentali, in ragione dei quali si decide fino a che punto una determinata proibizione penale possa risultare costituzionalmente legittima”⁴³. Dunque, il modo per sviluppare una critica della scelta legislativa deriverebbe precisamente del contenuto della Costituzione, ciò che secondo il suo fondatore gli permetterebbe di operare come limite, nonostante non si possa esprimere attraverso un concetto, perché consisterebbe in una “orientazione e non in un elemento che riesca ad enucleare un *quantum* comune a qualsiasi comportamento antiggiuridico”⁴⁴.

³⁷ S. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, cit., pp. 210 s., l'A. aggiunge che per adempiere questo scopo la Costituzione avrà una importanza fondamentale, però che non è l'unico parametro, giacché non tutti i beni riconosciuti da essa meritano per forza tutela penale, e soprattutto, non in tutti i casi, dovendo ancora distinguere tra tipi di aggressione contro i beni per valutare la decisione, valutazione in cui sarà anche rilevante comparare i nuovi beni giuridici con i beni giuridici penali già inclusi nell'ordinamento.

³⁸ *Ivi*, pp. 214 s.

³⁹ Secondo la sua denominazione in spagnolo “*concepción procedimental del bien jurídico*”.

⁴⁰ T. VIVES ANTÓN, *Sistemas democráticos y concepciones del bien jurídicos: el problema de la apología del terrorismo*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 25/2004, p. 438; ID., *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*, in *Rivista Lusitana Direito*, n. 4-5/2007, p. 185; anche a favore della concezione procedimentale del bene giuridico, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*, 5ª ed., Valencia, 2016, pp. 153 s.

⁴¹ T. VIVES ANTÓN, *Sistemas democráticos y concepciones*, cit., p. 185.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ivi*, p. 187; ID., *El problema de la apología del terrorismo*, cit., p. 439.

⁴⁴ T. VIVES ANTÓN, *El problema de la apología del terrorismo*, cit., p. 440.

Quindi, possiamo osservare che, tanto i critici del criterio della proporzionalità, come coloro provano a sviluppare un criterio che risolva il quesito su come differenziare ciò che è penalmente rilevante da ciò che non lo è, attraverso altre vie, arrivano sempre a conclusioni abbastanza simili, alle quali siamo arrivati anche noi quando abbiamo adottato la teoria costituzionalista del bene giuridico, cioè che, sia il principio di esclusiva protezione di beni giuridici che la correlativa lesività, oppure il principio di offensività nella sua versione italiana, rappresentano soltanto uno dei criteri utili al fine di delimitare l'ambito di ciò che è penalmente sanzionabile, dovendo sempre prestare attenzione, al tempo stesso, all'interno dell'operazione, ad altri principi del tutto rilevanti, quali sono la sussidiarietà, la frammentarietà e l'*extrema ratio*.

Dunque, anche attraverso lo studio del riconoscimento di un principio equivalente a quello di offensività, sebbene in un ordinamento giuridico diverso, si è evidenziato che, tanto il concetto di bene giuridico, quanto l'offensività dei fatti sanzionabili, non sono strumenti magici mediante i quali si possano immediatamente separare le condotte penalizzabili da quelle non penalizzabili⁴⁵, bensì si tratta di concetti la cui funzione dovrebbe essere quella di predisporre direttive programmatiche di tutela, potenzialmente vincolanti, che permettano di mettere insieme gli oggetti di tutela con le tecniche di protezione e con le funzioni proprie non solo del diritto penale, ma anche degli altri settori dell'ordinamento⁴⁶.

Perciò, tornando all'offensività nell'ordinamento giuridico spagnolo, possiamo affermare che, nonostante le differenze con quello italiano, sembra esistere una tendenza -al meno a livello dogmatico- verso soluzioni simili che continuano a mettere in un luogo rilevante sia la protezione di beni giuridici che l'offensività, entrambi come principi che dovrebbero, quanto meno, avere l'aspirazione di orientare la scelta del legislatore.

Tuttavia, la stessa dottrina spagnola riconosce che "nessun criterio di analisi di legittimità della legislazione penale può proporzionare un vaccino contro estensioni inadeguate del sistema

⁴⁵ Indicando che il bene giuridico non è un cappello mágico, C. ROXIN, *Fran von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, in C. ROXIN, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008, pp. 253 s.

⁴⁶ G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 76 s.; in senso simile, D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in *La Questione criminale*, 1981, p. 121.

penale”⁴⁷, soprattutto di fronte a discorsi, ogni giorno più orientati alla prevenzione e perciò “all’espansione senza limiti dell’ordinamento penale”⁴⁸.

Per questa ragione, e riflettendo ancora in chiave di offensività, crediamo che, davanti ai rischi che implica una società moderna, che pretende di estendere, sempre più, la risposta repressiva, risulta fondamentale solidificare, auspicabilmente a livello costituzionale, il riconoscimento di un principio penale come l’offensività, giacché, nonostante sia possibile ricostruirlo a partire da un principio costituzionale diverso, come potrebbe essere la proporzionalità, in tal modo non si riuscirebbe a risolvere veramente il problema di protezione di beni giuridici di portata penale, specialmente se il parametro, invece di essere la rieducazione della pena, risulti essere la risposta penale in generale, rischiando così che la finalità preventiva della pena prenda uno spazio eccessivamente rilevante, in cui l’esame di proporzionalità non sia capace di offrire dei criteri di limitazione contro un’irragionevole espansione della materia, conclusione che dovremmo contrastare ancora con i reati di corruzione pubblica e privata in Spagna, allo scopo di comprendere la portata delle sue conseguenze.

2.- Lo *standard* di protezione derivato dallo ‘*harm principle*’ anglosassone quale criterio dottrinario edificato intorno alla libertà

Nel sistema anglosassone in generale, e in Inghilterra in particolare, così come succede in Italia, e sicuramente in tutto il mondo, la prima questione che dobbiamo rilevare, prima di addentrarci nella discussione sulla protezione o meno di beni giuridici e il modo in cui si effettua, si collega all’esistenza stessa del diritto penale e alle ragioni per cui si punisce, essendo presente, magari in questo caso, più che nei sistemi di tradizione continentale, siano le teorie retributive che preventive della pena, senza sconoscerne, tuttavia, quelle che si concentrano sulla rieducazione del reo e persino sulla giustificazione del castigo attraverso ciò che viene catalogato come necessaria difesa sociale («*social defence*»)⁴⁹. Ad ogni modo, al di là della importante discussione sulle

⁴⁷ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuándo penar, cuánto penar*, cit., p. 80.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Per un’analisi delle quattro posizioni principali sui fini del castigo in materia penale, si può consultare l’opera di J. GERBER; P. MCANANY, *Contemporary punishment: views, explanations and justifications*, Notre Dame-Indiana, 1972, in cui gli Autori espongono le principali costruzioni dottrinarie in torno a ogni una delle quattro posizioni principale e che corrispondono con la retribuzione («*retribution*»), la deterrenza («*deterrence*»), la difesa sociale («*social defence*») e riabilitazione («*rehabilitation*»). Poi, per un commentario critico di ciò esposto nel libro come finalità della sanzione penale, si può consultare, L. DE WOLF, *From Retribution to Prevention and Social Restoration*, in *Jurist*, vol. 33, n. 1/1973, p. 25-48. Inoltre, per uno studio ulteriore su come dovrebbe distribuirsi la sanzione penale

diverse finalità che potrebbe adottare la sanzione penale nell'ordinamento giuridico inglese, ciò che appare come più interessante per la nostra ricerca è che, anche in esso, possiamo identificare una tendenza concordante con quella esistente nei Paesi di tradizione continentale, e sicuramente emanata dalle concezioni liberali del diritto penale, a “giustificare l'intervento coercitivo dello Stato al fine di regolare comportamenti soltanto quando questi causino danno o rischio di danno su altri”⁵⁰.

Ora bene, nonostante il mandato sociale, secondo cui non si dovrebbe danneggiare gli altri, emanato precisamente dalla libertà sulla quale si costruiscono le società moderne, sia stato costruito all'interno del sistema giuridico anglosassone come principio, e battezzato come ‘*harm principle*’, la cui “principale esposizione è fornita da Joan Stuart Mill con il suo famoso saggio *On Liberty*”⁵¹, e consiste essenzialmente nel fatto che “a ogni persona sia permesso fare e dire ciò che voglia a condizione che non danneggi con esso l'interesse degli altri”⁵², dovremmo analizzare se si tratta effettivamente di un principio che assomiglia al ‘principio di offensività’ di origine italiano, e se adempie a una funzione sulla decisione politico criminale del legislatore, o se invece

e su di chi, si raccomanda il lavoro di P.H. ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should be Punished How Much*, Pennsylvania, 2008, il quale al di là della giustificazione in termini teorici, analizza gli scopi considerati dal governo e dai giudici all'ora di sanzionare, e anche gli obiettivi della sanzione stabiliti nelle *Sentencing Guidelines*, ciò che sebbene applica soltanto negli Stati Uniti, contribuisce a formarsi un'idea sulla finalità della punizione in un Paese di tradizione anglosassone.

⁵⁰ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrong: On the Principles of Criminalisation*, Oxford, 2014, p. 35. In questo senso, è importante avere presente che sia negli Stati Uniti che nell'Inghilterra, nei manuali di ‘*Criminal Law*’ esiste una differenza di trattamento dottrinario dello ‘*harm*’, dato che da una parte ci sono autori che lo considerano un principio, ad esempio, J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 22 s., *versus* coloro che, senza scartare la sua realtà in quanto principio, lo menzionano tra gli elementi del reato, cioè come un requisito contenuto nella legge penale, di solito facilmente identificabile, ma che eccezionalmente risulta più difficilmente accertabile, come ad esempio, nei reati senza vittime, e anche nelle manifestazioni incipiente o iniziali della commissione di reati («*inchoate*»), si può consultare in questo senso, J.R. ACKER, *The General Principles of the Criminal Law*, in J.R. ACKER; J. Malatesta, *Introduction to Law and Criminal Justice*, Sudbury Massachusetts, 2012, pp. 55 s.; anche a favore dello ‘*harm*’ come uno degli elementi del reato J. DRESSLER, P.G. STEPHEN, *Cases and materials on Criminal Law*, 6^a ed., New York, 2012. Inoltre, risulta rilevante avere alla vista anche altre costruzioni dottrinarie che pretendono formulare una teoria della giustificazione del castigo che superando l'idea secondo cui l'offensore dovrebbe essere punito perché se lo merita, difende la concezione secondo cui il *focus* della sanzione sarebbe la capacità della stessa di prevenire future offese. Questa giustificazione involge, secondo il suo autore, restrizioni e autorizzazioni di danneggiare gli altri, così come il dovere di riconoscere che ciò fatto è stato male, ma ancora più rilevante, il dovere di provvedere un rimedio alla vittima per il danno che ha sofferto, cioè, anche in una teoria alternativa della giustificazione, appare l'idea di danno come un elemento centrale della punizione e la riparazione, si veda in questo senso, V. TADROS, *The Ends of the Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.

⁵¹ J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 22. Il saggio dell'autore J.S. MILL, ‘*On Liberty*’, è stato tradotto all'italiano sotto il titolo ‘*Sulla libertà*’, a cura di O. SARDO (condotta sull'edizione originale dell'opera), Cambridge- New York, 1989.

⁵² J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 22.

rimane soltanto come uno strumento utilizzato dalla dottrina per formulare un'opinione critica sui reati contenuti nelle diverse leggi del Paese sotto studio.

In questo senso, è importante tener presente che le conseguenze giuridico-penali che derivano da questo principio di formulazione generale, non implicano necessariamente che il danno giustifichi, di per sé, l'intervento penale, precisamente perché non si tratta di un principio formulato a questo scopo, e nonostante le sue direttrici pretendano evitare che gli individui si comportino pregiudicandosi tra loro, esisterebbero, da una parte, "alcuni tipi di condotte che la gente avrebbe il diritto di adottare, per quanto possano essere dannose verso altri"⁵³, e dall'altra, di fronte a quelle che non si dovrebbero sopportare in assoluto, esisterebbe "un ampio rango di maniere in cui lo Stato può rispondere verso le attività indesiderabili, essendo la via penale, soltanto una di loro"⁵⁴.

Perciò, al fine di comprendere al meglio come questo principio possa influenzare le decisioni prese in materia penale, risulta fondamentale comprendere, in primo luogo, la portata generale del principio così come enunciato dal Mill, attraverso la formula secondo la quale "il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su un qualsiasi membro di una comunità civilizzata contro la sua volontà, è quello di evitare un danno agli altri"⁵⁵, precisamente perché l'esercizio del menzionato potere sarà giustificato soltanto "nel caso in cui la condotta da cui si desidera distogliere qualcuno, venga riconosciuta come intesa a fare del male a qualcun altro"⁵⁶.

Ebbene, a partire da queste affermazioni si riesce a costruire, nell'ordinamento giuridico inglese, un principio di portata generale che ha per scopo quello di fissare i limiti del comportamento umano in una società libera, e che viene catalogato dalla propria dottrina inglese, come un principio "abbastanza semplice"⁵⁷, ma che tuttavia presenta il problema consistente in

⁵³ D.G. BROWN, *Mill on harm to others' interest*, in *Political Studies*, vol. 26, issue 3, 1978, p. 397, il quale spiega come il fatto che una condotta sia dannosa con gli interessi degli altri sia un criterio per giustificare l'intervento dello Stato (non necessariamente penale, se non parlando in generale), ma invece non si tratti di un criterio sufficiente, precisamente perché l'esistenza di un interesse può generare un caso per intervenire, ma anche una ragione contro l'intervento.

⁵⁴ J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 22; nello stesso senso indicando che il diritto penale non è lo strumento principale per ridurre i danni generali, si veda, J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law 1, Harm to others*, New York, 1987, p. 1, dove l'A. aggiunge che invece il diritto penale si è lo strumento principale per prevenire che le persone danneggino intenzionalmente o imprudentemente agli altri.

⁵⁵ J.S. MILL, *Sulla libertà*, cit., pp. 5 s.

⁵⁶ *Ivi*, p. 6, a cui l'A. aggiunge ancora che questa dottrina vale solo per essere umani nel pieno possesso delle loro facoltà.

⁵⁷ J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 22, il quale utilizza l'espressione inglese '*fairly straightforward*'.

che l'autore non abbia “mai indicato con chiarezza dove tracciare la linea del danno”⁵⁸, avallandosi la dottrina di diversi criteri che pretendono, *a posteriori*, definire cosa volesse indicare l'autore quando ha scritto l'opera di riferimento. Nonostante la diversità di opinioni negativa sulla teoria, una possibile e autorevole interpretazione, può essere trovata nella posizione dottrinarie che considera che il Mill non abbia realmente fornito una definizione, proprio perché ha utilizzato il concetto semplicemente come sinonimo di ‘*bad consequences*’, vale a dire, avrebbe deciso di utilizzare una categoria che gli permettesse di “fondare una spiegazione sulla concezione del danno, nella quale questo gioca un ruolo limitato, ma cruciale nella difesa globale della libertà individuale”⁵⁹.

Tuttavia, per non rischiare di confondere i postulati dello ‘*harm principle*’ con l'ipotesi su cui riposa tutta la difesa della libertà del Mill, è importante tener presente che questo è soltanto uno degli aspetti sviluppati dall'autore nella sua teoria, e consiste precisamente nel livello in cui si debbano escludere le ragioni paternaliste dalla giustificazione dell'interferenza sociale⁶⁰, precisamente perché il ruolo dello ‘*harm principle*’ nella costruzione della libertà, sarebbe quello di operare come “principio antipaternalista che ha per scopo sistemare le decisioni tra autorità ed individuo, sulla base del tipo di ragioni che ci sono in gioco”⁶¹, essendo anche rilevante comprendere che la regolazione del danno, emanata dal principio, non ha per obiettivo “fare riferimento a qualsiasi effetto dalla condotta degli individui, ma soltanto ai suoi effetti quando ricadono sugli interessi altrui”⁶².

Quest'ultima affermazione ci permette già di cominciare a fissare uno *standard* su cosa dovremmo considerare come danno nel contesto dello ‘*harm principle*’, per poi provare a rispondere alla domanda su quale sia il ruolo del principio analizzato in sede penale, e tenendo sempre presente che ci sono diverse posizioni dottrinarie che possiamo riassumere in due grandi

⁵⁸ P.N. TURNER, “*Harm*” and Mill’s *Harm Principle*, in *The University of Chicago press journals*, vol. 124, n. 2/2014, p. 300; nello stesso senso, J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 22, che indica che è il cuore del concetto di danno ciò che si trova abbastanza lontano di essere chiaro.

⁵⁹ P.N. TURNER, “*Harm*” and Mill’s *Harm Principle*, cit., p. 301.

⁶⁰ *Ibid.*, il quale poi spiega come il secondo livello che, oltrepassa lo ‘*harm principle*’, coinvolge il conteggio specifico dei costi e dei benefici sociali dell'interferenza.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² D.G. BROWN, *Mill on harm to others’ interest*, cit. p. 399.

gruppi, tra coloro che considerano si debba preferire uno sguardo restrittivo⁶³, versus coloro che difendono invece uno sguardo espansivo, questi ultimi convinti che il Mill abbia usato il concetto di danno in senso ampio, senza delimitarlo a un tipo specifico di danno o a una certa intensità di esso⁶⁴, argomentando, inoltre, che sembrerebbe essere la lettura più adatta al testo dell'opera fondante, e perciò più compatibile con gli scopi stabiliti dal fondatore.

L'interpretazione estensiva del danno apparirebbe in questo modo, come più coerente alle formulazioni utilizzate dal proprio Mill, soprattutto in quei passaggi nei quali suggerisce che le relazioni esterne dell'individuo sono ciò che lo sottopongono alla giurisdizione della società, soprattutto quando comportano conseguenze negative su altri, proprio perché il concetto di '*harm to others*' dovrebbe comprendersi maggiormente in relazione a questi, piuttosto che in relazione al danno stesso⁶⁵. Dunque, lo '*harm principle*' dovrebbe funzionare in difesa della libertà, attraverso quelle limitazioni che potrebbero imporre conseguenze negative che derivano da un determinato comportamento in rapporto ad altri, vale a dire, dovrebbe consolidarsi come un principio che ha "come unico scopo, l'esclusione delle ragioni paternaliste dal processo di deliberazione sociale"⁶⁶ e in cui, come già affermato, il danno ad altri («*harm to others*») dovrebbe essere concepito come qualsiasi conseguenza negativa su altri («*any bad consequences for others*»)⁶⁷.

Come appena affermato, quest'ultima lettura, che sembrerebbe in qualche modo indebolire lo '*harm principle*', ha in realtà una logica interpretativa di sistema o, se si preferisce, una logica complessiva all'interno dell'opera '*On liberty*', giacché in quel caso, lo '*harm principle*' rappresenta soltanto uno degli stati della discussione in difesa della libertà, e messo a confronto con i tempi in cui fu scritto il saggio, ci permette di comprendere perché - in quel momento - potesse essere così rilevante stabilire limitazioni, soprattutto, in relazione ai mandati della chiesa, offrendo un argomento del tutto solido che ci indica "che qualsiasi effetto negativo su altri giustifica l'interferenza sociale, nello stesso modo in cui qualsiasi effetto positivo su altri lo

⁶³ Gli intenti per restringere la nozione di danno provengono di coloro concepiscono il danno come violazione di un diritto, oppure come la sofferenza di danni percepibili contro i propri desideri, in questo secondo senso si può consultare, J. RILLEY, *Mill on liberty*, London-New York, 2003.

⁶⁴ A favore di uno sguardo estensivo di danno, P.N. TURNER, "*Harm*" and *Mill's Harm Principle*, cit., pp. 319 s.

⁶⁵ *Ivi*, p. 320.

⁶⁶ *Ibid.*, ciò che secondo l'A., sotto lo sguardo del Mill, porterebbe importanti conseguenze sul modo in cui pensiamo i limiti dell'interferenza sociale e favorirebbe la tolleranza sociale e la diversità.

⁶⁷ *Ivi*, p. 321.

esclude”⁶⁸, affermazione che verrebbe a ratificare si tratta di una formulazione di applicazione generale che determina quando si dovrebbe attivare la risposta giuridica.

Dopo avere stabilito lo scopo principale dello ‘*harm principle*’, bisogna focalizzare lo sguardo sullo studio degli argomenti che a noi più interessano, ovvero, sull’analisi del ruolo che potrebbe avere lo ‘*harm principle*’ in materia penale, più specificamente, la capacità di indirizzare o meno l’intervento legislativo nella materia. Tuttavia, al contrario di quanto si potrebbe immaginare, sembrerebbe che le costruzioni del principio applicato al diritto penale, non siano sostanzialmente diverse dalle formulazioni generali, precisamente perché il liberalismo propone che “l’intervento statale coercitivo si giustifica per regolare condotte soltanto quando loro causino danno o rischio di danno su altri”⁶⁹, cosa che, nonostante presenti “un’importanza innegabile, sia come limite che come motivazione della decisione criminale”⁷⁰, comporta una serie di difficoltà che provengono principalmente dalla eccessiva generalità.

Tuttavia, come questione generale e prima di approfondire i problemi che derivano dallo ‘*harm principle*’ in materia penale, è importante chiarire che, specialmente in questa area del diritto, uno dei suoi principali scopi dovrebbe continuare a essere quello di determinare con chiarezza che “un’attività non può essere sanzionata semplicemente perché si considera immorale”⁷¹, dovendo invece individuare “i particolari effetti della condotta, attraverso il modo in cui questa danneggia la vita degli altri”⁷². Dunque, i suoi difensori considerano che la rilevanza

⁶⁸ P.N. TURNER, “*Harm*” and Mill’s *Harm Principle*, cit., p. 326.

⁶⁹ La dottrina si riferisce ad un principio familiare del liberalismo e lo descrive come «*the proposition that the state is justified in intervening coercively to regulate conduct only when that conduct cause or risks harm to others*», si può consultare in questo senso, A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrong*, cit., p. 35. È importante avere presente che sicuramente la ragione per cui il ‘*harm principle*’ si è consolidato come un principio liberale di ampia accettazione, è che l’idea di difesa della libertà del Mill, fu seguita per importanti autori attraverso la storia, come ad esempio, H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963 e J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.

⁷⁰ H. STEWART, *The limits of the harm principle*, in *Crim Law and Philos*, n. 4/2010, p. 18, il quale indica, inoltre, come la giustificazione basata sul divieto di danneggiare gli altri abbia servito a eliminare del diritto penale le condotte sessuali tra minorenni, così come ha anche servito a creare nuove figure di reato come i danni causati da condotte che in precedenza si consideravano benigne.

⁷¹ J. HERRING, *Criminal Law*, cit., p. 26, il quale chiarisce come usare la legge per imporre valori morali non sarebbe altro che moralismo. In senso simile, affermando che uno degli elementi essenziali del principio del danno è precisamente la sua utilità quale criterio per distinguere le condotte criminali del comportamento meramente immorale, A. ESSER, *The Principle of Harm in the Concept of Crime: A comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interest*, in *Duquesne University Law Review*, vol. 4, n. 3/1965, p. 346.

⁷² A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrong*, cit., p. 36. È importante avere presente, tuttavia, come in dottrina si siano sviluppati concezioni del problema alternative, secondo cui lo ‘*harm principle*’ non riesce a risolvere il problema su quando penalizzare un determinato comportamento umano, proponendo altri modi per decidere, anche basati sulla libertà, ma questa volta in quanto indipendenza, si veda in questo senso, A. RIPSTEIN,

del principio in materia penale è suprema, soprattutto perché concorderebbe con “uno degli elementi sostanziali essenziali di ogni reato”⁷³, precisamente perché “il danno provocato per l’agente sarebbe ciò che renderebbe la condotta sanzionabile”⁷⁴, vale a dire, perché rappresenterebbe il modo in cui si riesce a giustificare l’applicazione di una pena.

Tuttavia, tornando allo ‘*harm principle*’, secondo la sua formulazione originale, ci troveremmo nuovamente di fronte alla mancanza di una definizione di danno che gli dia operatività pratica alla formula appena presentata, giacché, in questa occasione, a differenza della precedente, risulterà del tutto impossibile risolvere la domanda attraverso la nozione generale di ‘*bad consequences*’, e ci confronteremo con la difficile realtà descritta dalla dottrina anglosassone di trovarci davanti al “principio meno sviluppato del diritto penale anglosassone”⁷⁵, forse perché, apparentemente, consiste in un principio di interesse puramente dogmatico, al quale, “in una tradizione giuridica fortemente pragmatica, e con una generale avversione alla speculazione meramente teorica, si è prestato poca attenzione, persino fino oggi”⁷⁶.

Nondimeno, all’interno della stessa dottrina anglosassone sorgono voci che riconoscono, da una parte, che gli atti che causano danno sono oggetto naturale del diritto penale, e, dall’altra, che la parola ‘*harm*’ presenta effettivamente un’ambiguità fondante⁷⁷, provano comunque a dotare di contenuto il concetto, al fine di renderlo operativo in sede penale, attraverso la ricerca di una definizione che dia senso a un principio che, secondo alcuni autori come Feinberg, corrisponderebbe in realtà a “un’abbreviazione conveniente per un complicato stato di cose che include, tra le altre, i giudizi morali e le ponderazioni di valori di diversi tipi”⁷⁸, risultando quindi,

Beyond the Harm Principle, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 34, n. 3/2006, pp. 215-245, proponendo il ‘principio di sovranità’ («*sovereignty principle*»), secondo il cui ogni persona è libera, più da qualsiasi altra, di decidere come usare i suoi poteri, e perciò la violazione della uguale libertà dovrebbe fornire una base più legittimita che lo ‘*harm principle*’ per la penalizzazione.

⁷³ A. ESSER, *The Principle of Harm*, cit., p. 346, l’autore, inoltre, dedica una parte importante del suo lavoro (a partire da p. 347) a spiegare il concetto di danno come elemento sostanziale del reato, dall’iniziale indifferenza verso il danno come requisito, attraverso l’utilizzazione preferente di definizioni formali che mettevano l’accento sull’infrazione della legge, fino ad una ogni giorno più comune tendenza a cercare una definizione materiale di reato che includa il danno e che permettesse dopo transitare alla costruzione sia di questo come di altri principi della responsabilità penale. Si tratterebbe di una visione del reato consolidata soprattutto a partire del secolo XX, e facilitata grazie alla influenza che ha avuto la sociologia nel diritto penale.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ G.O. MUELLER, *Criminal theory: An appraisal of Jerome hall’s studies*, in *Indiana Law Journal*, vol. 34, issue 2, 1959, p. 220.

⁷⁶ A. ESSER, *The Principle of Harm*, cit., p. 347.

⁷⁷ In questo senso, J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., p. 2.

⁷⁸ *Ibid.*

fondamentale, distinguere tra le diverse accezioni della parola “danno”, per determinare quale fra loro abbiano contenuto normativo e quale, invece, corrispondano soltanto a una voce che non ha conseguenze giuridiche⁷⁹.

In questo senso, Feinberg, uno degli autorevoli autori nella materia, riconoscendo che esiste una differenza tra il danno in senso normativo e il danno in senso non normativo, indica che per effetto dell'applicazione del principio, ciò che procede come spiegazione soddisfacente del concetto⁸⁰, sarebbe una combinazione tra entrambe le categorie, scartando però, l'utilizzazione quotidiana e generale di danno come sinonimo di perdita di valore di una cosa. Dunque, dopo aver scartato il termine secondo il suo uso generale, ciò che dovremmo fare sarà distinguere tra ‘*harm*’ in senso non normativo come “frustrazione, incidenza negativa o distruzione di un interesse”⁸¹; e ‘*harm*’ in senso normativo, vale a dire, in quanto illecito («*wrong*»), concepito come la condotta che, non essendo né giustificata né scusabile, viola il diritto altrui, invadendo perciò l'interesse in gioco⁸².

Tuttavia, l'aspetto più rilevante dell'interpretazione che sviluppa il Feinberg sullo ‘*harm principle*’, non si trova in realtà nel concetto di danno appena esposto, ma piuttosto nell'analisi che svolge in relazione ai casi in cui, di fronte a “esperienze che possono angosciarci, offenderci o irritarci, senza danneggiare i nostri interessi”⁸³, allora si potrebbe considerare - di nuovo - la risposta penale come una forma di intervento giustificato, vale a dire, la possibilità di non valutare più “il danno come condizione necessaria per la criminalizzazione, ammettendo il diritto penale anche in caso di alcune offese che non costituiscono danni”⁸⁴. Dunque, ciò che l'autore offre è, in concreto, un'ampia lettura dello ‘*harm principle*’ che, allontanandosi dagli sguardi liberali in senso tradizionale, fa tornare indietro alla teoria per proporre l'idea di penalizzazione giusta («*to criminalise*»), persino di fronte a quelle ipotesi di condotta che oltrepassano, ampiamente, il senso

⁷⁹ J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., p. 1 s., è importante avere presente che per l'A. si deve cominciare spiegando che esiste un aspetto normativo e un aspetto non normativo di danno («*harm*»), corrispondendo il primo con la nozione di illecito («*wrong*»), e il secondo con la nozione di incidenza negativa sull'interesse altrui («*setback to interests*»).

⁸⁰ *Ivi*, p. 7.

⁸¹ *Ivi*, p. 3, in parole più semplice, danno in senso non normative implicherebbe quando uno o più dei nostri interessi viene lasciato in uno stato peggiore di quello che era prima.

⁸² *Ivi*, p. 34.

⁸³ *Ivi*, p. 14.

⁸⁴ *Ivi*, p. 35.

restrittivo di danno, attraverso una combinazione tra la nozione normativa di illecito e l'incidenza negativa sugli interessi.

In questo senso, ciò che fa l'autore, dopo aver separato le esperienze infelici, ma non necessariamente dannose, in due categorie: da una parte quelle che fanno male («*hurt*») e, dall'altra, quelle che costituiscono qualsiasi tipo di offesa («*offence*»)⁸⁵, è provare a costruire un principio che permette riflettere su come, di fronte a determinati comportamenti non dannosi, si potrebbe considerare la presenza di un male («*evil*»), come una realtà “sufficientemente grave da giustificare un intervento protettivo in base a un principio di limitazione delle libertà alternativo”⁸⁶ allo ‘*harm principle*’, e che viene battezzato come ‘*offence principle*’, in cui risulterebbe autorizzata la coercizione legale per prevenire le offese («*offence*») nella più ampia interpretazione del termine, cioè, includendo i disgusti, i dolori e altri tipi di malessere, permettendo così di prevenire, in modo efficace, comportamenti offensivi, vale a dire, comportamento che appaiono come differenziati di quelli dannosi⁸⁷.

Tuttavia, sembra che il Feinberg, non tanto per la sua interpretazione dello ‘*harm principle*’, quanto, soprattutto, per lo sviluppo dell’‘*offence principle*’, indirizzi la propria teoria, non verso una maggiore e più esatta delimitazione tra morale e diritto penale, bensì, al contrario, verso la costruzione di argomenti per giustificare l'intervento penale, al di là dell'esistenza del danno, attraverso l'incorporazione nella discussione della nozione di ‘offesa’, che dipendendo dall'accezione che si consideri corretta, permetterà di includere nella regolazione penale, una serie

⁸⁵ J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., p. 15, in questo senso è del tutto rilevante avere presente, soprattutto davanti ad una differenza di lingua, che il senso della parola offesa («*offence*») è diverso del senso della parola danno («*harm*»), precisamente perché tanto questo come altri autori l'utilizzano per descrivere situazioni che hanno un impatto negativo, senza arrivare allo stato di danneggiare.

⁸⁶ *Ivi*, p. 17.

⁸⁷ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law 2, Offence to others*, New York, 1988, p. 2. Anche in senso critico in relazione allo ‘*harm principle*’, si può consultare H. STEWART, *The limits of the harm principle*, cit., *passim*, il quale considera anche che mettere il danno al centro della decisione sulla penalizzazione appaia come tremendamente limitata perché risponderebbe a una logica liberale in senso tradizionale, proponendo superare il dilemma tra penalizzare davanti ai danni nel senso dello ‘*harm principle*’ o al di là di esso, attraverso il riconoscimento che tutti abbiamo diritti che, operano indipendentemente dello ‘*harm principle*’, e che ci permettono di essere trattati in un determinato modo soltanto perché siamo umani. L'autore gli denomina diritti kantiani («*Kantian rights*»), e secondo lui provvedono una base per penalizzare e limitare la penalizzazione, nella misura in cui indicano quando una condotta dovrebbe essere permessa anche se ha effetti dannosi, e quando dovrebbe essere penalizzata, anche senza causare danni.

più ampia di conseguenze sugli interessi tutelati che, a nostro avviso, non soddisfano lo *standard* necessario per provocare la risposta penale.

Dato quanto appena esposto, e seguendo inoltre a un'altra parte della dottrina anglosassone, crediamo che il modo migliore per risolvere il dilemma proposto sarebbe quello di indagare ancora, al fine di specificare quando queste condotte, che sembrerebbero oltrepassare la nozione di danno, riescono a danneggiare gli interessi nel senso dello '*harm principle*' e, per questa ragione, a giustificare l'intervento penale, restituendo al principio la vocazione limitatrice per cui è stato fondato, vale a dire, un percorso possibile per risolvere il problema che consisterebbe nell'ulteriore riflessione sulle condotte catalogate dal Feinberg come 'offensive senza essere dannose' per scoprire, precisamente, se sia plausibile trovare tra loro, qualche indizio di danno in senso stretto.

Tuttavia, è importante indicare che, persino tra i teorici che continuano a considerare che il danno si debba mantenere come elemento integrante della giustificazione dell'intervento penale⁸⁸, si riconosce, come non controversa, l'idea secondo la quale, anche "tra i reati costruiti intorno al concetto di danno, esisterebbero figure legittimamente riconosciute, nonostante non contengano tra i suoi elementi, la richiesta di un danno in senso tradizionale"⁸⁹. Così, questi teorici, prendono parzialmente distanza dalla posizione del Feinberg, nella misura in cui fornisce criteri che pretendono includere legittimamente nell'ambito di ciò penalmente sanzionabile, sia alle offese («*offence*») che a certe modalità di paternalismo giuridico⁹⁰, propongono che ciò che bisognerebbe fare, invece, è costruire un parametro alternativo che permetta determinare con un grado maggiore di chiarezza quando nei casi descritti come 'offensivi senza essere dannosi' esisterebbe, comunque, un tipo di danno sufficientemente rilevante per giustificare legittimamente la sanzione⁹¹.

Ebbene, il concetto attraverso il cui si pretende riformulare la portata dello '*harm*', si vincola direttamente alla sua eventuale verifica, vale a dire, mediante il ricorso concettuale della probabilità di avvenimento di 'danno finale' («*ultimate harm*»), ovvero, dando per scontato

⁸⁸ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrong*, cit., p. 35, i quali definiscono '*harm*' come l'effetto avverso persino su qualcosa sostanziale, una diminuzione della classe di cose che fanno che la vita vada bene, p. 36.

⁸⁹ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, in *Criminal Justice Ethics*, vol. 28, n. 1/2009, p. 89.

⁹⁰ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrong*, cit., p. 35.

⁹¹ *Ibid.*

che, “nei reati in cui il danno non appare come un elemento costitutivo dell’illecito, allora la sua giustificazione come figura di reato emanerebbe della probabilità remota della sua verifica”⁹², questione che succederebbe davanti a diversi gruppi di illeciti penali in cui il ‘danno remoto’ («*remote harm*») sarebbe l’elemento intorno a cui si riuscirebbero a omologare le diverse ragioni sulle quali riposano le decisioni legislative che hanno portato a vietare ognuno di questi comportamenti⁹³.

In questo senso, i gruppi di reati a cui gli autori Simester e Von Hirsch fanno riferimento, si possono riepilogare in reati di pericolo («*endangerment*»), all’interno di cui si trovano i reati di pericolo concreto e i reati di pericolo astratto; i reati profilattici, cioè cautelari o preventivi («*prophylactic*»), all’interno dei quali possiamo rintracciare tutte quelle condotte che, da sole, non riescono a generare danno, salvo per l’interferenza di una condotta altrui, e che iniziano dal mero consiglio fino alla somministrazione di prodotti che hanno la capacità di provocare danni; per arrivare finalmente ai reati che rappresentano un divieto di attività o comportamenti formulati con assoluta indipendenza dalla generazione di un danno, cioè, i reati di mera condotta⁹⁴, in cui l’intervento penale, secondo i suoi difensori, viene giustificato non tanto perché si tratta di condotte dannose, ma, piuttosto, in relazione alla finalità preventiva del diritto penale, e che si risolverebbero “domandandosi che succederebbe se si trattasse di condotte permesse in ogni caso”⁹⁵.

Come possiamo vedere, il modo per giustificare l’intervento penale in questi casi, in realtà, è appellando alla necessità di dare protagonismo alla finalità preventiva del diritto penale, precisamente perché la creazione di fattispecie con questo scopo, permetterebbe di “offrire una migliore guida agli eventuali autori, specificando in modo non contingente quali misure siano appropriate per evitare il rischio di danno”⁹⁶, sempre che, si tratti di un rischio considerato in concreto e per ogni comportamento vietato attraverso questa modalità di tipizzazione, in cui il danno non è un elemento costitutivo. Tuttavia, nello stesso senso, sarà sempre necessario tener

⁹² A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, cit., p. 90. Si può consultare anche, ID., *Crimes, Harms, and Wrong*, cit., in speciale, i capitoli III e IV, dove si espongono con dettaglio tutti gli argomenti che porterebbero agli autori ad affermare perché in ogni caso si può giustificare l’intervento penale davanti ai danni remoti, senza uscire del ‘*harm principle*’.

⁹³ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, cit., pp. 90 s.

⁹⁴ Si tratta di diversi gruppi di reati che qualificano sempre come danni remoti, così, *ivi*, pp. 93 s.

⁹⁵ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrong*, cit., p. 48.

⁹⁶ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, cit., p. 95.

presente che bisogna ponderare gli interessi in gioco in modo tale che “esista un equilibrio tra la magnitudine e la gravità del rischio di danno che si prevede, e il valore della condotta vietata in relazione al rischio”⁹⁷.

Dunque, come abbiamo potuto apprezzare, ciò che succede nella costruzione teorica appena esposta è che si pretende legittimare un modo di intervento penale che indebolisce il principio, in nome della prevenzione e perciò dell’efficienza che implica, anche dal punto di vista economico, vietare comportamenti mediante la minaccia di sanzione penale, permettendo così che il diritto penale si avvicini maggiormente a un sistema di sanzione contro autori e non come dovrebbe essere, a un sistema di diritto penale rispettoso delle regole di imputazione per i fatti⁹⁸.

Una delle ragioni che potrebbe spiegare questa tendenza a cercare di legittimare l’intervento penale, a prescindere dell’osservanza dello ‘*harm*’ in senso stretto, potrebbe vincolarsi col diverso ruolo che assume la dottrina nei Paesi di tradizione anglosassone, dove, data la diversa sistematizzazione delle fonti, i teorici concentrano i loro sforzi, da una parte, nella filosofia del diritto, e dall’altra, nel commento dei diversi casi che, nella materia penale, di solito girano intorno a figure che formano parte di una legge («*act*»). Sembrerebbe perciò che la dottrina svolgerebbe un ruolo più vicino al necessario sviluppo di parametri che contribuiscono alla comprensione e sistematizzazione delle scelte adottate, sia a livello legislativo che a livello giurisprudenziale, invece di inseguire un percorso che privilegi uno spazio di lontananza critica con le scelte menzionate.

Tuttavia, la spiegazione che a noi sembra più autorevole e perciò condivisibile, considera che il problema in torno allo ‘*harm principle*’ inglese, obbedirebbe a ciò che, in realtà, non esiste nell’ordinamento giuridico di riferimento, un modo per dichiarare l’illegittimità della mancanza di osservanza del principio, precisamente perché, a differenza di ciò che accade nell’ordinamento giuridico italiano, che regola a livello costituzionale l’offensività, o ciò che capita nell’ordinamento giuridico spagnolo che costruisce la proporzionalità anche attraverso il testo

⁹⁷ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, cit., p. 96.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 94 s., gli Autori spiegano in profondità la ragione che giustificerebbe l’intervento davanti a ogni gruppo di casi, ciò che eccede ampiamente l’obbiettivo di questo lavoro, però che vogliamo al meno commentare criticamente soprattutto per la ponderazione economica della decisione, vale a dire, uscendo parzialmente dei fini propri del diritto penale si valutano positivamente gli interventi penali, perché coincidono con essere il modo più economico per gli stati per prevenire il danno che potrebbe eventualmente emanare di una azione, nonostante non sia costitutiva di danno, da se stessa.

costituzionale -sebbene in modo implicito-, lo ‘*harm principle*’ non gode del rango sovralegale che gli permetterebbe di agire come criterio di illegittimità in rapporto ai reati che non soddisfano lo standard fissato, questione che ha messo in evidenza la propria dottrina inglese indicando che “una costituzionalizzazione dello ‘*harm principle*’ potrebbe assicurare che le persone non siano inviate in prigione, a meno che non lo meritino”⁹⁹.

La ragione che supporta la necessità di costituzionalizzazione del principio analizzato nell’ordinamento giuridico inglese¹⁰⁰ è che, “soltanto così si potrebbe prevenire che il governo privasse della sua libertà chi commette un illecito in assenza di danno”¹⁰¹, precisamente perché come la prigione implica sempre trattamenti severi che portano a conseguenze seriamente dannose per il prigioniero, allora lo ‘*harm to others*’ dovrebbe operare -contrariamente a quanto succede- come l’unica conseguenza negativa capace di giustificare, in misura sufficiente, una sentenza di prigione¹⁰².

Purtroppo, sembra che tuttavia nei Paesi anglosassoni si stia consolidando, ancora più che in Paesi di tradizione continentale, un’utilizzazione privilegiata del ricorso argomentale alla prevenzione in materia penale¹⁰³, ciò che non favorisce in assoluto un ambiente propenso al riconoscimento di un principio come lo ‘*harm principle*’, sia come criterio di politica criminale, che come criterio di interpretazione giudiziale, rendendosi, di conseguenza, evidente la necessità di incorporare, al fine di mantenere il diritto penale all’interno dei confini liberali che lo scollegano dalla protezione coercitiva della morale, qualche tipo di formulazione che permetta di orientare lo stato verso il riconoscimento “di misure meno restrittive e meno formali come il diritto amministrativo o regolatorio come uno strumento usato per prevenire il danno”¹⁰⁴, invece di

⁹⁹ D. BAKER, *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Criminal Justice Ethics*, vol. 27, n. 2/2008, p. 3. Anche a favore di un riconoscimento costituzionale del ‘*harm principle*’, come strumento per combattere il prevenzionismo ogni giorno più diffuso, si può consultare, L. PASCULLI, *The harm principle between statutory criminalisation and judicial interpretation: lesson from Italy*, in Annual Conference, University of Oxford, 6-9 September 2016, p. 2.

¹⁰⁰ È fondamentale capire a questo punto che, contrariamente a ciò che si potrebbe prematuramente concludere, il fatto che non ci sia una Costituzione inglese scritta non significa che non sia affatto una Costituzione, dunque per comprendere meglio in torno a quali documenti si considera scritta e in vigore la Costituzione inglese, si può consultare, W. BAGEHOT, *The English Constitution*, a cura di Miles Taylor, Oxford-New York, 2001.

¹⁰¹ D. BAKER, *Constitutionalizing the Harm Principle*, cit., p. 3.

¹⁰² In questo senso, *Ibid.*, p. 3, il quale aggiunge che inviare a prigione ad una persona per un comportamento che non supponga dannose conseguenze, implicherebbe una risposta statale non solo sproporzionale, ma anche ingiusta.

¹⁰³ L. PASCULLI, *The harm principle*, cit., p. 2.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 16.

utilizzare il diritto penale, senza una ragione sufficientemente forte da giustificare un male delle caratteristiche che l'applicazione di una sanzione penale implica.

3.- Il trattamento differenziato della corruzione pubblica e privata in Spagna come correlato del riconoscimento dei diversi interessi coinvolti

Così come abbiamo indicato nelle conclusioni preliminari del primo titolo di questo capitolo, che tratta la ricostruzione del principio di offensività in Spagna, intorno all'idea di proporzionalità, ciò che intendiamo fare ora è mettere a confronto, così come abbiamo fatto anche nel caso italiano, l'analisi teorica già svolta, con i reati di corruzione pubblica e privata in Spagna, poiché li consideriamo, così come abbiamo spiegato in precedenza, paradigmatici nel confrontare, attraverso la loro evoluzione, sia l'esigenza di aumentare l'efficienza persecutoria, che la necessità di rispettare l'osservanza delle garanzie penali del cittadino.

Tuttavia, dovremo -in questo caso- cercare di comprendere specificamente, se le conclusioni a cui siamo arrivati sullo *standard* di offensività nel sistema spagnolo, implicano veramente una protezione indebolita dei beni giuridici attraverso i reati concreti, o se, invece, si verifica la presenza di elementi che, al di là delle differenze di formulazioni teoriche tra ordinamenti, stiano in grado di indirizzare gli interventi penali verso un diritto osservante della sussidiarietà, l'*extrema ratio* e persino l'offensività, sebbene in questo caso riconosciuta e ricostruita in termini assai diversi.

Per cominciare, dobbiamo far presente che in Spagna, negli ultimi anni, analogamente a quanto è successo in Italia negli ultimi decenni, sono state inserite una serie di riforme in materia di corruzione, con lo scopo di adeguare la legislazione nazionale a diversi strumenti internazionali sulla materia, più specificamente alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio del 1999, e alla Convenzione sulla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari dell'UE o degli Stati membri dell'UE¹⁰⁵, così come indica espressamente la premessa della legge organica 5/2010¹⁰⁶ che riforma per la prima volta, dopo la dettazione del

¹⁰⁵ Si veda in questo senso in dottrina, I. BLANCO CORDERO, *Comentario previo a los artículos 419 a 427 bis*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo V: Delitos de falsedades, contra la administración pública y contra la administración de justicia*, Pamplona, 2015, p. 281.

¹⁰⁶ La legge organica a cui si fa riferimento è la numero 5 di 22 giugno del 2010, e consiste nello strumento attraverso il cui si modifica il codice penale spagnolo che era stato dettato il 23 novembre del 1995. Essa, nel paragrafo XXVII della premessa, indica che nei reati di corruzione si sono prodotti importanti modifiche allo scopo di adeguare la

codice penale del 1995¹⁰⁷, i reati di corruzione pubblica («*cohecho*») contenuti negli articoli 419 e successivi del c.p. spagnolo.

La stessa legge 5/2010 appena menzionata, introduce, questa volta con l'obiettivo d'incorporare nell'ordinamento giuridico nazionale le disposizioni contenute nella Decisione quadro 568 del Consiglio del 22 luglio del 2003¹⁰⁸, i reati di corruzione tra privati («*corrupción entre particulares*»), attraverso la creazione del nuovo articolo 286 *bis* del c.p., che cerca di “reprimere gli atti destinati a corrompere gli amministratori di entità private, in modo simile a come si faceva con i reati di corruzione pubblica”¹⁰⁹, e che è stato qualificato come “una delle novità più significative della legge 5/2010”¹¹⁰.

Dunque, al di là dei dettagli della riforma appena menzionata sui reati di corruzione pubblica nell'ordinamento giuridico spagnolo, ciò che possiamo stabilire, in anticipo, è che, a partire dall'incorporazione del reato di corruzione tra privati nel capitolo riferito ai reati relativi ai mercati e ai consumatori, posteriormente modificato nella rubrica e rinominato reato di corruzione degli affari («*corrupción en los negocios*»)¹¹¹, lontano dai reati di corruzione pubblica, regolati nel capitolo V dal titolo dei reati contro la pubblica amministrazione, ciò che ha fatto la Spagna, del tutto in linea con l'ordinamento giuridico italiano, e a differenza da quello inglese, è stato consolidare un regime di trattamento e sanzione della corruzione che distingue chiaramente l'ambito di ciò che è punibile, a causa dei soggetti coinvolti, e perciò degli interessi che si trovano in gioco in ogni caso, come analizzeremo separatamente di seguito.

3.1.- Il servizio agli interessi della comunità quale bene giuridico costituzionalmente riconosciuto per i reati di corruzione pubblica in Spagna

legislazione spagnola agli strumenti menzionati. Il testo completo della legge, inclusa la premessa, si può consultare nel sito web: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

¹⁰⁷ Il codice penale spagnolo attualmente in vigore è stato pubblicato il 24 di novembre del 1995, e può essere consultato sul seguente sito web: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹⁰⁸ La legge organica 5/2010, p. 72, dichiara incorporare alla legislazione nazionale la Decisione quadro 568 del 2003. Si può consultare in dottrina in questo senso, M.A. ENCINA DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016, p. 74.

¹⁰⁹ Paragrafo XIX della premessa della legge organica 5/2010, cit., p. 8.

¹¹⁰ A.J. AOULAD LUCENA, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, Madrid, 2018, p. 161.

¹¹¹ Riforma avvenuta con la legge organica 1/2015 pubblicata il 30 di marzo di quell'anno, e che introduce una serie importanti di modifiche nel codice penale spagnolo.

Prima della riforma operata attraverso la LO 5/2010, in Spagna si distinguevano cinque diverse modalità di corruzione («*cohecho*») passiva “in funzione della natura dell’atto od omissione che eseguiva, o si perseguiva da parte dall’autorità o il funzionario”¹¹², vale a dire, il reato commesso cambiava a seconda del tipo di atto che si pretendeva fosse eseguito come conseguenza del pagamento. Dunque, la legge distingueva tra il caso in cui il pagamento si vincolava a un’azione od omissione costitutiva di reato¹¹³, il caso collegato a un atto ingiusto ma non costitutivo di reato¹¹⁴, e tre casi diversi, quando si trattava di svolgimento di atti propri del carico¹¹⁵.

Tuttavia, la legge di riforma menzionata, al fine di “riorganizzare e semplificare la normativa per proporzionare un sistema più coerente e adeguato agli strumenti internazionali sulla materia”¹¹⁶, ha ristrutturato completamente la disciplina, derogando gli articoli precedentemente in vigore, e introducendo un regime di corruzione pubblica incentrato “nella natura dell’atto od omissione, ma nel senso che siano o meno contrari ai doveri della funzione”¹¹⁷, pressoché in linea con quella utilizzata dal legislatore italiano, specialmente in precedenza alla riforma del 2012, ed eliminando la distinzione tra figure basate sulla commissione di un reato, atto ingiusto o atto conforme al diritto.

Di conseguenza, attualmente, l’ordinamento giuridico spagnolo disciplina i reati di corruzione passiva intorno alla distinzione tra atti contrari ai doveri d’ufficio, ciò che include anche l’ipotesi di non svolgere o ritardare senza giustificazione l’atto che si dovrebbe svolgere (art. 419 c.p.), e atti conformi ai doveri di ufficio (art. 420 c.p.), ammettendo, tutte le due ipotesi menzionate, la modalità di commissione sia antecedente che susseguente (art. 421 c.p.), a differenza della figura di corruzione per l’esercizio della funzione, in cui la dazione avviene in ragione della funzione o dell’incarico del pubblico ufficiale e non di un atto determinato, e ammette perciò soltanto un

¹¹² I. BLANCO CORDERO, *Comentario previo*, cit., p. 281.

¹¹³ Si trattava del reato regolato dall’art. 419 del c.p. spagnolo nella versione del 1995.

¹¹⁴ Il reato menzionato si sanziona dall’art. 420 del c.p. spagnolo prima della riforma 2010.

¹¹⁵ Modalità del reato regolata dagli artt. 425 e 426 del c.p. spagnolo del 1995. Al quale si può aggiungere il reato dell’art. 421 c.p., che sanzionava al pubblico ufficiale che si astenesse di praticare un atto che dovesse praticare nell’esercizio delle sue funzioni.

¹¹⁶ I. BLANCO CORDERO, *Comentario previo*, cit., p. 282.

¹¹⁷ *Ibid.*

modo di commissione, che sembra distaccarsi dalla distinzione tra antecedente e susseguente (art. 422 c.p.).

D'altra parte, è importante anche tener presente che si regola separatamente la figura di corruzione attiva, che in precedenza alla riforma appariva come un reato dipendente dalla corruzione passiva, ma che a partire dal 2010 “costituisce un reato autonomo, previsto nell’art. 424 c.p. e che viene a incrementare, in qualche modo, l’indipendenza di questa modalità di corruzione”¹¹⁸ in relazione alla corruzione passiva. Dunque, possiamo dire che a partire da quel momento, si consolida in Spagna una configurazione dei reati di corruzione come unilaterali, autonomi e rispondenti a diversi interessi¹¹⁹, precisamente perché - a differenza da ciò che succede in Italia¹²⁰ - la verifica del *pactum sceleris*, apparirebbe come irrilevante al fine di perfezionare il reato, “bastando l’atto unilaterale di ciascuno degli ipotetici soggetti attivi delle rispettive incriminazioni contenute nel reato di corruzione («*cohecho*»)”¹²¹.

Inoltre, la riforma menzionata incorpora, attraverso una regola di estensione che ricade su tutti i reati di corruzione, la possibilità della loro applicazione anche quando i fatti siano imputabili o abbiano incidenza sui pubblici ufficiali dell’Unione Europea, oppure sui pubblici ufficiali nazionali di altro Stato membro dell’Unione (art. 427 c.p.). Tuttavia, il precetto indicato è stato riscritto mediante la riforma operata attraverso la legge organica 1/2015¹²² che “estende l’ambito soggettivo di applicazione dei reati di corruzione ai funzionari di altri Paesi, dell’Unione Europea, e di organizzazioni pubbliche internazionali”¹²³, e modifica alcuni dei precetti che regolano la corruzione a pubblico ufficiale nazionale, specificamente in rapporto alle sanzioni accessorie, senza però modificare la configurazione delle fattispecie, le quali perciò, dal punto di vista della loro struttura, rimangono come configurati dalla riforma del 2010.

¹¹⁸ I. BLANCO CORDERO, *Comentario previo*, cit., p. 283.

¹¹⁹ A.J. AOULAD LUCENA, *Reformas en el Delito de Cohecho*, cit., p. 183; in questo senso in Giurisprudenza, Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo, del 3 febbraio del 2009.

¹²⁰ Per consultare la discussione che raccoglie gli argomenti a favore di una ricostruzione del reato di corruzione come bilaterale a concorso necessario, sebbene nell’ordinamento giuridico italiano, si rimanda a Capitolo II, titolo 5.

¹²¹ A.J. AOULAD LUCENA, *Reformas en el Delito de Cohecho*, cit., p. 184; nello stesso senso, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 22ª ed., Valencia, 2019, p. 913; anche, I. BLANCO CORDERO, *Comentario previo*, cit., p. 289, il quale spiega, in riferimento alla corruzione passiva, si tratterebbe di un reato che si perfeziona per la mera richiesta senza che sia necessario aspettare; in Giurisprudenza nello stesso senso, Sentenza Tribunale Supremo spagnolo n. 776/2001 del 8 maggio 2001.

¹²² La legge organica 1/2015 pubblicata il 30 marzo dell’anno 2015, modifica il codice penale del 1995. Si può consultare il documento in https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

¹²³ I. BLANCO CORDERO, *Comentario previo*, cit., p. 283.

Ora bene, dopo aver stabilito quali siano i reati di corruzione pubblica sanzionati nell'ordinamento giuridico spagnolo, e aver spiegato brevemente quali sono i principali cambiamenti operati attraverso la riforma del 2010, possiamo iniziare la nostra analisi sul bene giuridico tutelato dalle figure chiarendo, fin da subito che, così come abbiamo fatto nei capitoli sull'ordinamento giuridico italiano, ci concentreremo sui precetti applicabili ai pubblici ufficiali nazionali, escludendo dallo studio i reati dei funzionari pubblici stranieri, facendo, inoltre, particolare attenzione sugli aspetti collegati alla struttura tipica dei reati che potrebbero ripercuotere sull'offensività dei fatti, così da capire se lo *standard* di protezione già analizzato, piuttosto centrato sia sulla proporzionalità che sull'offensività, abbia qualche impatto sul modo di proteggere beni giuridici nei reati di corruzione in Spagna.

Sul problema vincolato col bene giuridico tutelato dai reati di corruzione, è importante sottolineare che in Spagna, così come in Italia, non esiste un accordo che stabilisca quale sia il bene giuridico protetto, ma neanche se tutte le fattispecie proteggano lo stesso bene giuridico¹²⁴ o se, invece, si dovrebbe affrontare la discussione distinguendo il bene giuridico protetto di figura in figura¹²⁵, replicandosi, di conseguenza, anche in questo Paese, la discussione sostenuta in Italia, ed emanata nonostante la “mancanza di chiarezza nella determinazione e definizione del bene giuridico protetto che sta alla base della regolazione di questi reati”¹²⁶.

Una delle ragioni che potrebbe spiegare l'enorme e permanente confusione su questo punto, deriverebbe dalle molteplicità di fattispecie e modalità di commissione di ogni figura di corruzione, ciò che aggiungerebbe un *plus* di difficoltà all'indagine sul bene giuridico protetto da ogni reato¹²⁷. Tuttavia, come già accennato, esistono autori che difendono ancora la possibilità di enucleare il disvalore di evento di tutte le figure e modalità di corruzione, intorno a un unico bene giuridico tutelato, il che cambierebbe secondo l'approccio utilizzato per affrontare il problema e che

¹²⁴ Affermando che il bene giuridico protetto per tutti i reati di corruzione sia lo stesso, A.J. AOULAD LUCENA, *Reformas en el Delito de Cohecho*, cit., p. 179; I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1995, pp. 32 s.

¹²⁵ A favore della necessità di cercare il bene giuridico in ogni figura, J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a los delitos contra la Administración Pública*, in J. ÁLVAREZ GARCÍA (a cura di), *Tratado de derecho penal español, parte especial*, Tomo III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia, Valencia, 2013, pp. 42.

¹²⁶ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., p. 26.

¹²⁷ In questo senso, *Ivi*, p. 27; F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Tratado de derecho español*, cit., p. 381; J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003, p. 201.

può essere semplificato nella distinzione tra due importanti punti di vista, uno incentrato sul rapporto amministrazione-pubblico ufficiale, e l'altro invece su quello cittadino-funziionario¹²⁸.

In questo modo, per coloro che enucleano il problema di tutti i reati di corruzione a partire dalla relazione amministrazione-pubblico ufficiale, il bene giuridico protetto si dovrebbe identificare nell'infrazione del dovere o dei doveri della funzione o dell'incarico del pubblico ufficiale, precisamente perché sarebbe questo elemento, il che configurerebbe l'antigiuridicità delle diverse fattispecie¹²⁹, ciò che veniva anticamente formulato come "disobbedienza al potere pubblico, ribellione ai suoi ordini, e violazione dei suoi mandati"¹³⁰, e viene più modernamente costruito intorno ai concetti di infedeltà o slealtà¹³¹.

Tuttavia, e nonostante in passato alcuni autori presentavano questa posizione dottrinaia persino come prevalente¹³², ormai "la maggior parte degli autori si mostrano decisamente contrari, non solo a considerare il dovere della funzione come il bene giuridico protetto dai reati del pubblico ufficiale, ma neanche a considerarlo come elemento principale di configurazione della figura"¹³³, dato che si tratterebbe "di una categoria dogmatica propria di un approccio autoritario"¹³⁴ che "potrebbe giustificare l'imposizione di una sanzione amministrativa, ma in caso alcuno, essere elevato alla categoria di bene giuridico"¹³⁵.

Nondimeno, tra i primi critici della teoria dell'infrazione del dovere, è stato proprio Octavio de Toledo y Ubieto, a essere arrivato alla conclusione che, in realtà, ciò che proteggono i reati di corruzione pubblica, sarebbe la pubblica funzione concepita come l'amministrazione globalmente considerata e con esso il suo prestigio e decoro¹³⁶, posizione che assomiglierebbe parzialmente a

¹²⁸ Distinzione sistematica utilizzata da I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., p. 27.

¹²⁹ Nella dottrina spagnola, spiegando in profondità la posizione, senza condividerla, E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 254 s.

¹³⁰ A. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El código penal de 1870 Concordado y Comentado*, tomo IV, 3ª ed., Madrid, 1923, pp. 76 s.

¹³¹ In questo senso, ad esempio, R. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 2/1996, pp. 1454, che considera che la fedeltà alla funzione e la gerarchia sia il nucleo fondamentale dell'antigiuridicità dei reati di corruzione.

¹³² In questo senso, E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, cit., pp. 297 s.

¹³³ J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 88.

¹³⁴ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 18/1994-1995, p. 330; nello stesso senso, I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, p. 82.

¹³⁵ I. VALEIJE ÁLVAREZ, *Consideraciones sobre el bien jurídico*, cit., p. 330.

¹³⁶ E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, cit., pp. 213 s.

quella del Bacigalupo che, senza sconoscere la rilevanza dell'infrazione del dovere, attribuisce una rilevanza primordiale alla fiducia dei cittadini nella pubblica amministrazione, vale a dire, nell'esecuzione del potere amministrativo o giudiziario¹³⁷.

Queste due posizioni dottrinarie, senza essere identiche, condividono il problema di presentare un contenuto offensivo eccessivamente generico¹³⁸, che, così come abbiamo chiarito quando abbiamo affrontato la discussione in sede italiana, potrebbe giustificare l'intervento penale soltanto laddove si riconosca l'offesa come un bene giuridico maggiormente determinato e raggiungibile dal pubblico ufficiale nel suo agire, vale a dire, un bene che operi come strumento per determinare il modo in cui si lede o minaccia il prestigio o la fiducia nella pubblica amministrazione¹³⁹, permettendo di soddisfare, di conseguenza, lo *standard* di protezione della seriazione di beni giuridici giacché, alla luce delle categorie dello schema, potremmo concludere che le entità menzionate potrebbero considerarsi beni giuridici ultimi che non riescono a spiegare per conto proprio il contenuto offensivo dei reati corruttivi¹⁴⁰.

Appare, invece, come più plausibile e autorevole, la posizione dottrina che ritiene che il nucleo offensivo delle condotte di corruzione debba essere collegato alla relazione cittadino-pubblico ufficiale, affermando, di conseguenza, che il bene giuridico protetto sarebbe rappresentato dal “servizio che i pubblici poteri devono prestare alla comunità, con assoggettamento ai principi proclamati nella Costituzione, specialmente quello di obiettività o imparzialità”¹⁴¹. Dunque, e tale come si può subito apprezzare, il grande vantaggio di questa

¹³⁷ E. BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre la reforma de los delitos funcionarios*, in *Documentación Jurídica*, vol. II, n. 37-40/1983, pp. 1099 s.; nello stesso senso, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 913, il quale considera che nonostante esistere due reati diverso, cioè, la corruzione attiva e la corruzione passiva, il bene giuridico tutelato è lo stesso, ma si deve guardare da una diversa prospettiva, l'infrazione del dovere e la fiducia, dal punto di vista della corruzione passiva, e il rispetto al normale e corretto funzionamento degli organismi statali, dal punto di vista della corruzione attiva.

¹³⁸ Sul punto in dottrina, M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 431.

¹³⁹ In questo senso, ampiamente nella dottrina italiana, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, 10^a ed., vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 2004, pp. 8 s.

¹⁴⁰ Per consultare le riflessioni sul punto, sebbene in riferimento alla discussione in Italia, si veda *supra* capitolo II, titolo 6.3.

¹⁴¹ T. VIVES ANTÓN, *La responsabilidad de los jueves en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 9/1984-1985, p. 277; anche, E. ORTS BERENGUER, *Delitos contra la administración pública*, in J.L. GÓNZALEZ CUSSAC (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, 6^a ed., Valencia, 2019, pp. 690 s., il quale lo formula in spagnolo nella seguente formula: «*El bien jurídico protegido en estos casos se contrae a los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad o imparcialidad*»; a favore della posizione anche, I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., pp. 27 ss.; in senso conforme, ma con sottili

posizione è che situa l'oggetto di tutela, non più all'interno della pubblica amministrazione, ma piuttosto nella "tutela degli interessi dei cittadini particolari"¹⁴², precisamente perché sono questi i soggetti colpiti dalla realizzazione delle condotte di corruzione¹⁴³, ragionando nel senso di "rivendicare che lo svolgimento del servizio pubblico debba sottomettersi a canoni obiettivi e perciò esterni, come lo sono i principi e i criteri stabiliti nel testo costituzionale"¹⁴⁴.

La costruzione dottrina appena esposta sembra riuscire a superare i problemi che presenta la posizione dottrina maggioritaria in Spagna, secondo cui il bene giuridico tutelato sarebbe il corretto o buon andamento della pubblica amministrazione¹⁴⁵, precisamente perché evidenza che il buon andamento senza una finalità ulteriore, rimane vuoto e privo di contenuto¹⁴⁶. Dunque, secondo i critici del bene giuridico buon andamento, quale bene giuridico finale, sarebbe la propria Costituzione il luogo dove si consacrerebbe "il carattere strumentale della pubblica amministrazione al servizio degli interessi dei cittadini"¹⁴⁷, confermando quanto abbiamo già affermato nel secondo capitolo di questo lavoro, come conclusione in relazione ai reati di corruzione pubblica in Italia, cioè, che il buon andamento della pubblica amministrazione così come l'imparzialità, possono concepirsi soltanto come beni giuridici strumentali all'adempimento della finalità propria della pubblica amministrazione¹⁴⁸, qui identificata con gli interessi generali della società, ma non come beni giuridici finali.

È perciò interessante apprezzare come in Spagna, anche senza un riconoscimento espresso dal principio di offensività di beni giuridici a livello costituzionale, e nonostante la dottrina prenda certa una distanza dall'approccio costituzionalistico del bene giuridico, gli autori finiscano per cercare un bene giuridico protetto dai reati di corruzione, precisamente nel testo della Costituzione

differenze, I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 87, che considera che il bene giuridico protetto sia il buon andamento della pubblica amministrazione concepito come l'imparzialità, legalità e oggettività, cioè, l'attenzione agli interessi generali della società.

¹⁴² I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., p. 28.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ In questo senso, evidenziando i vantaggi della posizione esposta, *Ibid.*

¹⁴⁵ Indicando che si tratta della posizione maggioritaria, A.J. AOULAD LUCENA, *Reformas en el Delito de Cohecho*, cit., p. 182.

¹⁴⁶ In questo senso, E. ORTS BERENGUER, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 691. In senso ancora più critico al bene giuridico del buon andamento della pubblica amministrazione, affermando che serve poco e niente per la sua eccessiva genericità che non apporterebbe nulla all'ermeneutica della fattispecie, si veda, J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 42.

¹⁴⁷ A. ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la Administración pública*, País Vasco, 1997, pp. 13 s.

¹⁴⁸ Si veda *supra* capitolo II, titolo 7.3.

laddove definisce e delimita gli obiettivi della pubblica amministrazione, più specificamente attraverso l'articolo 103 del testo spagnolo, laddove afferma che la pubblica amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce secondo i principi di efficacia, gerarchia, e osservanza della legge e del diritto¹⁴⁹.

Seguendo parzialmente la formulazione dottrina appena esposta, parte della dottrina spagnola indica che il “principio di imparzialità viene a operare come limite esterno al buon andamento o l'efficacia dell'attuazione amministrativa”¹⁵⁰, questione che ci permette di mettere in evidenza, l'esistenza di alcune differenze -dal punto di vista del bene giuridico tutelato- tra le diverse figure di corruzione pubblica, precisamente perché l'imparzialità concepita come “l'obbligo dei poteri pubblici di agire con assoluta indipendenza e neutralità in relazione all'interferenze che potrebbero essere provocate da parte di interessi privati o un gruppo di essi”¹⁵¹, non può essere ugualmente colpita nel caso della corruzione propria che in quello della corruzione impropria, semplicemente perché risulterebbe complicato configurare una lesione all'imparzialità in presenza di attuazioni conformi ai doveri della funzione¹⁵².

La separazione, in materia di offensività, tra i reati di corruzione propria e quelli di corruzione impropria evidenzia come, in questo secondo caso, esisterebbe un problema di mancanza di offensività derivato dal fatto che, difficilmente, un atto che si conforma al diritto, può ledere o minacciare l'imparzialità e/o il buon andamento della pubblica amministrazione. Dunque, un settore della dottrina spagnola, tenendo presente questa assenza di offensività dei beni giuridici menzionati, ripristina le teorie che considerano offesa, in realtà, “l'onestà e integrità del pubblico

¹⁴⁹ Aggiunge l'articolo il principio di legalità di creazione e coordinamento degli organismi della pubblica amministrazione, e poi, l'art. 106 indica che sono i tribunali coloro controllano la potestà regolamentari e la legalità dell'attuazione amministrativa, ragione per cui alcuna dottrina menziona anche questo articolo come referente normativo del bene giuridico protetto, ad esempio, I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., p. 29. Il testo de la Costituzione se può consultare in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 30, la quale definisce l'imparzialità come una regola di comportamento per l'amministrazione di doppio significato, prima deve operare nel senso di garantire lo svolgimento della funzione con sostanziale oggettività in rapporto all'eventuali pressioni eseguite da diversi gruppi e forze politiche e anche in relazione agli interessi privati, e in secondo luogo, si deve svolgere la funzione assicurando che l'utilità o il sacrificio che deriva della amministrazione sia ugualmente distribuito in relazione ai legittimi interessi dei cittadini.

¹⁵¹ *Ivi*, p. 31.

¹⁵² In dottrina a favore dell'idea che la corruzione impropria anche protegga l'imparzialità, nonostante la differenza che avverrebbe dal punto di vista del contenuto dell'ingiusto, e perciò della sanzione, *ivi*, p. 33; anche a favore dell'offensività della corruzione impropria quando si possa identificare un atto, sebbene, considerando che ciò danneggiato sarebbe la vigenza e indennità dell'Amministrazione, I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 108.

ufficiale”¹⁵³, del tutto in linea con quella teoria italiana che considera danneggiato “il dovere di gratuità o non venalità degli atti di ufficio”¹⁵⁴, e che, come teorie, non fanno altro che confermare che le entità che vengono individuate come apparentemente offese dalla corruzione impropria, non riescono a soddisfare lo *standard* necessario a giustificare l’intervento in un sistema penale che riconosce la vigenza e rilevanza dei principi che hanno per scopo quello di proteggere il diritto penale da una espansione oltre l’intervenzione minima¹⁵⁵.

Prima di chiudere il discorso sui reati di corruzione nell’ordinamento giuridico spagnolo, dobbiamo dedicare speciale e separata attenzione al reato di cui l’art. 422 c.p., equivalente alla figura di corruzione per l’esercizio della funzione, che in Italia rappresenta l’evoluzione della corruzione impropria, ma che nel Paese ispano, viene affrontato separatamente, nonostante l’esistenza, in relazione a questa figura, degli stessi problemi di offensività che nel caso della corruzione impropria, proprio perché, difficilmente, si potrà trovare un problema di imparzialità o buon andamento nel caso in cui la dazione o promessa sia stata fatta in ragione dello svolgimento della funzione.

Quindi, tale figura viene, di solito, giustificata non perché la condotta vietata supponga un pericolo in se stessa, ma perché implicherebbe un pericolo di commissione futura di reati di corruzione propria o impropria, questione che si traduce, nella pratica, in un allontanamento eccessivo tra il bene giuridico tutelato e la condotta tipicizzata, ragione per cui, un settore della dottrina, in termini abbastanza simile a come succede in Italia con il reato di corruzione per l’esercizio della funzione, ritiene corretto considerare sufficiente l’applicazione di una sanzione amministrativa¹⁵⁶.

Un ultimo punto di vista che crediamo valga la pena sottolineare, considerandone specialmente il merito dottrinario, è rappresentato dalla posizione secondo cui risulterebbe fondamentale indagare un bene giuridico che contribuisca a spiegare contemporaneamente, non

¹⁵³ Facendo presente l’esistenza della posizione, ma indicando quanto sia insoddisfacente, J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 264.

¹⁵⁴ C.F. GROSSO, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettive di riforme*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 342.

¹⁵⁵ In questo senso, J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 264.

¹⁵⁶ In questo senso, in Spagna, I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 108, l’opinione è stata emessa in relazione all’antica figura dell’art. 426 c.p., ma che corrisponde del tutto con il nuovo art. 422 c.p. ragione per cui consideriamo la critica assolutamente applicabile.

solo il contenuto offensivo dei reati di corruzione pubblica, ma anche la nuova figura di corruzione tra privati o corruzione negli affari, prevista e sanzionata dall'art. 286 *bis* c.p. In questo senso, questo bene giuridico comune potrebbe identificarsi nel “corretto adempimento degli interessi propri di ognuna delle organizzazioni in cui il reato viene commesso”¹⁵⁷, questione che non appare come sostanzialmente diversa dalla concezione che identifica il buon andamento della pubblica amministrazione come bene giuridico strumentale all'adempimento degli interessi della comunità, e che potrebbe, senza problema, essere trasportata alla corruzione privata, sempre che sia concepito come strumentale -questa volta- all'adempimento dei fini propri dell'attività privata in cui succedono i fatti, questione che esamineremo di seguito.

3.2.- La giusta e onesta concorrenza quale bene giuridico finale nella figura di corruzione privata o corruzione negli affari di cui l'articolo 286 *bis* del c.p. spagnolo

Il reato di corruzione tra privati, anche denominato reato di corruzione tra particolari¹⁵⁸, come abbiamo già affermato, è stato introdotto nella legislazione spagnola attraverso la legge organica 5/2010 che, al fine di adempiere gli obblighi internazionali in materia, introduce un ‘nuovo’ art. 286 *bis* del c.p., all'interno del quale si distinguono le forme attiva e passiva di un reato¹⁵⁹, e che viene poi prematuramente riformato, attraverso la legge organica 1/2015¹⁶⁰, allo scopo di “risolvere alcuni difetti tecnici trovati nella tipizzazione precedente”¹⁶¹, che tra gli altri cambi, modifica la rubrica della fattispecie per corruzione negli affari («*corrupción en los negocios*»).

È importante tener presente che la norma, nella sua versione originale, sanzionava il direttore, l'amministratore, l'impiegato o il collaboratore di un'azienda mercantile oppure di una società, associazione, fondazione od organizzazione che, per sé o per interposta persona, riceveva,

¹⁵⁷ J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Cohecho*, in J. ÁLVAREZ GARCÍA (a cura di), *Tratado de derecho penal español, parte especial*, tomo III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia, Valencia, 2013, p. 383.

¹⁵⁸ I. BLANCO CORDERO, *Artículos 286 bis a 286 quater*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo V: Delitos de falsedades, contra la administración pública y contra la administración de justicia*, Pamplona, 2015, p. 540.

¹⁵⁹ È importante avere presente che l'articolo di riferimento non regola soltanto la corruzione tra privati, contenendo anche nel comma 4 del precepto il reato di corruzione nello sport.

¹⁶⁰ La referenza è fatta alla legge organica del 20 marzo del 2015, si veda *supra* nota n. 122.

¹⁶¹ P. OTERO GONZÁLEZ, *Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)*, in M. VILLORIA MENDIETA, J.M. GIMENO FELIÚ, J.C. TEJEDOR BIELSA, R. JIMÉNEZ ASENSIO (a cura di), *La corrupción en España. Ámbito, causas y remedio jurídicos*, Barcelona, 2016, pp. 452.

richiedeva, o accettava un beneficio o un vantaggio non giustificato, di qualsiasi natura, infrangendo gli obblighi nell'acquisizione o vendita di beni o nella contrattazione di servizi, allo scopo di favorire, di fronte a terzi, a chi dà o da chi ci si aspetta il beneficio o il vantaggio (forma passiva)¹⁶², sanzionando persino chi prometteva, offriva o concedeva, per sé o per interposta persona, il beneficio o il vantaggio, non giustificato, ad alcuni dei soggetti prima enumerati, per essere favorito o per favorire un terzo di fronte ad altri (forma attiva)¹⁶³.

Tale e come espresso nell'esposizione dei motivi della legge che incorpora il reato nell'ordinamento giuridico spagnolo¹⁶⁴, l'obiettivo di tale incorporazione è stato quello di garantire una concorrenza giusta e onesta attraverso la repressione degli atti destinati a corrompere gli amministratori delle entità private, vale a dire, "rinforzare la sanzione all'inosservanza delle buone pratiche aziendali, facendo diventare la criminalizzazione della corruzione tra particolari una strategia prioritaria all'interno del buon governo imprenditoriale"¹⁶⁵. Tuttavia, la menzione espressa dalla concorrenza giusta e onesta nell'esposizione di motivi non può essere intesa come ragione sufficiente per assumere questa entità come il bene giuridico protetto dal reato di corruzione tra particolari, dovendo ponderare gli elementi del reato, al fine di verificare o meno se lo scopo menzionato, si è tradotto veramente in un interesse tutelato.

In questo senso, l'espressione presente nella descrizione tipica originale del reato, prima della riforma del 2015, secondo la quale era necessario agire per 'favorire infrangendo gli obblighi', oggi rimpiazzata dall'attuale e vigente 'favorire indebitamente', aveva portato a un settore della dottrina a indicare che il reato appariva come "un reato plurioffensivo, il cui scopo era tutelare la libera e leale concorrenza e anche il dovere di fedeltà verso l'imprenditore"¹⁶⁶, affermazione che ci fa intravedere, fin dall'inizio, quanto sia rilevante nella giustificazione della legittimità del precetto, "l'esistenza di un bene giuridico, ulteriore all'infrazione di doveri, che

¹⁶² Figura regolata nell'art. 286 *bis* numero 2, nella sua versione introdotta dalla legge organica 5/2010.

¹⁶³ La versione del reato menzionato corrisponde alla corruzione tra privati attiva, descritta nell'art. 286 *bis* numero 1, (nella sua versione prima della riforma del 2015).

¹⁶⁴ Più specificamente del numero XIX dell'esposizione di motivi della legge organica 5/2010, reperibile sul sito: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

¹⁶⁵ P. OTERO GONZÁLEZ, *Los nuevos delitos de corrupción*, cit., p. 457.

¹⁶⁶ S. BERENQUER, *La integración europea en la lucha contra la corrupción privada en torno a la cuestión del interés jurídico penalmente relevante*, in *Revista de Estudios Europeos del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid*, n. 71/2018, p. 56.

implica di per sé la corruzione”¹⁶⁷, il che, tuttavia, non può essere individuato soltanto attraverso una dichiarazione di obbiettivi, ma piuttosto attraverso la descrizione del reato in concreto.

Dunque, la maggioranza della dottrina spagnola considera che, dopo la riforma del 2015, si supererebbe la plurioffensività e si consoliderebbe alla corruzione tra privati, come un reato che gira esclusivamente intorno alla protezione della giusta e onesta concorrenza¹⁶⁸, precisamente perché la deroga del requisito di favorire ‘infrangendo gli obblighi’, avrebbe per scopo quello di “rinforzare un modello puro di incriminazione della concorrenza sleale, correggendo i problemi che si generavano all’ora di dare operatività al reato”¹⁶⁹, soprattutto per i problemi di interpretazione che l’espressione, ormai derogata, aveva generato in passato¹⁷⁰.

Tuttavia, un altro settore della dottrina spagnola che non esistono elementi letterali nell’art. 286 *bis* che permettano di dedurre quale sia l’aspetto della libera concorrenza che possa essere danneggiato o messo in pericolo dalla condotta di corruzione tra privati, e neanche quale sia l’elemento della fattispecie che comporterebbe un’aggressione rilevante al bene giuridico¹⁷¹, suggerendo che, se si vogliono osservare i principi di *extrema ratio* e proporzionalità, allora si dovrebbero incorporare nella descrizione tipica, elementi che chiariscono che, effettivamente, il reato ha per scopo la protezione della libera concorrenza, nella sua vertente collettiva istituzionale, oppure in quella formulata a protezione degli interessi patrimoniali dei concorrenti¹⁷².

¹⁶⁷ A. NIETO, *Delitos de corrupción en los negocios*, in N. DE LA MATA, D. GÓMEZ-ALLER, J. LASCURAÍN, A. NIETO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2018, p. 436.

¹⁶⁸ I. BLANCO CORDERO, *Artículos 286 bis a 286 quater*, cit., p. 542.

¹⁶⁹ P. OTERO GONZÁLEZ, *Los nuevos delitos de corrupción*, cit., p. 471, l’A. aggiunge, tra gli obbiettivi della riforma, il volere svincolare il reato di corruzione tra privati della figura di amministrazione sleale. In dottrina anche a favore della protezione esclusiva del bene giuridico della concorrenza, I. BLANCO CORDERO, *Artículos 286 bis a 286 quater*, cit., p. 542; a favore della protezione esclusiva della concorrenza, soprattutto a partire della riforma 2015, M.A. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016, pp. 272 ss.

¹⁷⁰ I problemi si erano provocati perché non era chiaro cosa doveva essere considerata obbligo per effetti di configurarne l’infrazione. Per uno studio più approfondito della discussione sulla correttezza della deroga dell’espressione ‘infrangendo gli obblighi’, si veda, P. OTERO GONZÁLEZ, *Los nuevos delitos de corrupción*, cit., pp. 466 s.

¹⁷¹ In questo senso, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *De la corrupción entre particulares (art. 286 bis)*, in ID., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 3^a ed., Valencia, 2011, p. 307.

¹⁷² In questo senso, *Ivi*, p. 308; in senso ancora più critico verso il reato di corruzione tra privati, M. CORCOY BIDASOLO, *Corrupción pública y privada: delimitación*, in *Revista de Ciencias Penales, Sexta época*, vol. XLVII, n. 1/2020, p. 84, la quale afferma che anche considerando la concorrenza come bene giuridico tutelato, si tratta di una figura che infrange flagrantemente i principi di *extrema ratio*, sussidiarietà e frammentarietà; in senso simile, A. VENTURA PÜSCHEL, *Corrupción entre particulares*, in F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (a cura di), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 321 s., il quale considera si tratta di un reato non giustificato che infrange il principio di sussidiarietà, offensività e protezione esclusiva di beni giuridici; in senso simile, considerando si tratta di un reato innecessario, E. NÚÑEZ CASTAÑO, *Sobre el bien jurídico protegido en el*

In questo modo, e come conseguenza sia della mancanza di riferimento espresso alla protezione della concorrenza, che dell'ubicazione sistematica del reato, un terzo settore della dottrina spagnola è tornato sulla possibilità di ricostruire dogmaticamente, anche dopo la riforma del 2015, il reato di corruzione tra privati o corruzione negli affari, come reato plurioffensivo¹⁷³, questione che ci permette di attivare l'utilizzazione analitica dello schema della seriazione di beni giuridici.

Così, una prima posizione dottrina a favore della plurioffensività, ritiene che la concorrenza giusta e onesta, viene protetta come mezzo per proteggere ulteriormente i consumatori, giacché, dopo l'eseguimento del comportamento corrotto, saranno loro a ricevere un "prodotto di qualità peggiore e più caro degli altri"¹⁷⁴. Tuttavia, nonostante possa sembrare una posizione costruita in modo ragionevole, il problema deriverebbe del fatto che non appare concordante con la descrizione della fattispecie, e avrebbe senso soltanto laddove, effettivamente, si verifici una lesione sul patrimonio del consumatore che finalmente acquisisce un prodotto peggiore di quello che doveva acquisire, elemento che nel caso in cui verrebbe richiesto per considerare configurato il reato, violerebbe del tutto il principio di legalità, poiché emerso assolutamente da una costruzione dottrina senza correlato normativo.

La seconda alternativa, invece, concepisce la plurioffensività della corruzione privata come un modo per vincolare la protezione dei concorrenti del corrotto (libera concorrenza) quale mezzo destinato alla protezione dell'azienda in cui il soggetto si lascia corrompere, non in senso patrimoniale, ma piuttosto in termini della lealtà che collega l'impiegato all'imprenditore¹⁷⁵. Tuttavia, questa posizione viene fortemente contrastata dalla dottrina, da una parte, perché se il reato proteggesse veramente gli interessi dell'azienda o il titolare della società, allora l'incorporazione nell'ordinamento giuridico non avrebbe senso, precisamente perché vi erano già

delito de corrupción entre particulares; legitimidad de la intervención penal, in A. MATALLÍN EVANGELIO (a cura di), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018, pp. 313 s., seguendo la posizione di questa autrice, J. GARCÍA CÁCERES, *Sobre la corrupción en los negocios: análisis del artículo 286 bis 1 y 2 CP*, in *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n. 37/2018-I, pp. 170 s.

¹⁷³ Considerando queste le ragioni che spiegherebbero la posizione dottrina della plurioffensività, C.E. SÁNCHEZ DE ROJAS, *Delito de corrupción entre particulares*, Madrid, 2013, p. 23.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ In questo senso, in modo minoritario in dottrina, M.J. RODRÍGUEZ PUERTA, E. MORÓN LERMA, *De la corrupción entre particulares*, in F. MORALES PRATS, G. QUINTERO OLIVARES (a cura di), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Madrid, 2011, p. 938.

in precedenza delle figure destinate a tutelare questi interessi¹⁷⁶, e dall'altra parte, perché il fatto che non sia stato incluso tra i reati perseguibili mediante denuncia, lascerebbe intravedere che ci troviamo davanti a una figura a tutela della concorrenza leale e non degli interessi dell'imprenditore¹⁷⁷.

Ora bene, esiste un'ultima dottrina che, a nostro avviso, appare come quella più autorevole, e che ripristinando la plurioffensività come concepita prima della riforma del 2015, considera che, anche oggi, il reato sia destinato a proteggere il dovere di lealtà dei dipendenti, ormai indicati attraverso l'espressione 'favorire indebitamente', quale equivalente funzionale della precedentemente vigente 'favorire infrangendo gli obblighi'. Così, secondo il principale esponente, Adán Nieto, ciò che verrebbe a fare il precetto di corruzione negli affari, è utilizzare un bene giuridico come "mezzo per eseguire l'attacco alla concorrenza"¹⁷⁸, vale a dire, a consolidare la configurazione di un reato plurioffensivo in senso ampio, dove la lealtà opera come bene giuridico strumentale alla protezione della concorrenza come bene giuridico finale, specificato in modo tale che si allontana in misura sufficiente dalla categoria di bene giuridico ultimo¹⁷⁹.

Prima di concludere, crediamo sia importante chiarire la differenza tra l'ultima dottrina sull'offensività e quella precedente, obiettivo per il cui raggiungimento è importante illustrare l'ubicazione e la sistemazione delle diverse entità tutelate all'interno della fattispecie plurioffensiva, giacché non è lo stesso proteggere la lealtà come bene strumentale alla protezione della concorrenza concepita come bene giuridico finale, *standard* che crediamo riesca a soddisfare, che proteggere la concorrenza come bene strumentale alla protezione della lealtà vista come bene giuridico finale, *standard* che invece, crediamo non sia soddisfatto, precisamente perché in questo caso si tornerebbe alla protezione di un bene che soddisfa soltanto la categoria di bene giuridico fittizio, troppo vicino alla condotta vietata per essere utilizzato come momento finale di tutela,

¹⁷⁶ Si menzionano, ad esempio, i reati degli articoli 295 o 252 del c.p. spagnolo, si veda in questo senso, B. MENDOZA BUERGO, *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)*, in J. DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, G. RODRÍGUEZ MOURULLO (a cura di), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, a cura di, Madrid, 2011, p. 440.

¹⁷⁷ Così, I. BLANCO CORDERO, *Artículos 286 bis a 286 quater*, cit., p. 542.

¹⁷⁸ A. NIETO, *Delitos de corrupción en los negocios*, cit., p. 437, questione che in opinione dell'autore spiegherebbe perché è rimasto fuori del cerchio di soggetti attivi al proprietario dell'azienda.

¹⁷⁹ Anche a favore di questa posizione, A.S. VALENZANO; D. SERRA, *El problema del bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia: un análisis a la luz de la evolución del tipo penal en Italia y en los países de la península ibérica*, in L. VÉLEZ RODRÍGUEZ (a cura di), *Racionalidad legislativa penal y cuestiones de política criminal. Viejos problemas y nuevas realidades en perspectiva comparada*, Bogotá, 2020, pp. 288 s.

questione che non succede se, invece, viene utilizzato come mezzo che permetterebbe alla condotta vietata, di colpire il bene giuridico concorrenza quale bene giuridico finale del reato di corruzione negli affari.

Per finire, è importante evidenziare che la concorrenza verrà protetta soltanto in caso di “una situazione di concorrenza effettiva”¹⁸⁰, avendo sempre presente che la concezione come oggetto di protezione “è possibile solo all’interno dei confini del testo costituzionale”¹⁸¹, dal quale derivano una serie di principi concorrenziali destinati a proteggere un sistema economico che funziona intorno alla libera concorrenza¹⁸², evidenziando - così come è successo in materia di corruzione pubblica -, che, finalmente, il modo di legittimare l’intervento penale in Spagna, anche in mancanza di un riconoscimento espresso del principio di offensività nella Costituzione, sia attraverso il riferimento alla rilevanza del bene protetto attraverso il testo supremo, che in questo caso, contribuisce nella definizione della concorrenza quale bene giuridico finale, cioè, come bene “la cui importanza per lo sviluppo economico e sociale giustifica la necessità e perciò meritevolezza di protezione per il diritto penale”¹⁸³.

4.- L’indifferenza verso la categoria del bene giuridico nei reati di ‘bribery’ regolati come fattispecie di corruzione generale a partire della ‘Bribery Act 2010’

Come vedremo a continuazione, l’Inghilterra, a differenza dell’Italia e della Spagna, rappresenta uno dei Paesi in cui non si distingue, all’ora di sanzionare penalmente, tra corruzione pubblica e corruzione privata, offrendo “un approccio unitario nei confronti di tutte le manifestazioni del fenomeno corruttivo”¹⁸⁴, precisamente perché l’ordinamento giuridico di riferimento, contiene, a partire dalla pubblicazione della ‘Bribery Act 2010’, una fattispecie che risulta applicabile a qualsiasi categoria di persone, nonostante la diversa qualifica pubblica o privata dei soggetti coinvolti. Tuttavia, e sebbene l’Inghilterra riconosca già dal 1906¹⁸⁵ la

¹⁸⁰ A. NIETO, *Delitos de corrupción en los negocios*, cit., p. 437.

¹⁸¹ M.A. ENCINA DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, cit., p. 274, il quale anche definisce con dettagli cosa deve considerarsi concorrenza allo scopo della sua protezione come bene giuridico, ma riconoscendo che la concorrenza perfetta non esiste.

¹⁸² In questo senso, *Ivi*, p. 275, che menziona come articoli rilevanti il 35, 38, 128 e 131 della Costituzione spagnola.

¹⁸³ M.A. ENCINA DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, cit., p. 276.

¹⁸⁴ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018, p. 76.

¹⁸⁵ Attraverso la ‘Prevention of Corruption Act’ dello stesso anno, che può essere consultata nel seguente sito web: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/34/enacted>

corruzione tra privati, è importante tener presente che il sorgere storico del fenomeno può essere situato in un momento diverso da quello referente alla corruzione pubblica, verificandosi perciò, fino alla dettazione dell'atto regolatorio del 2010, alcune differenze tra i reati di ogni settore.

In questo senso, è importante sapere che il primo atto regolatorio che emerge in materia di corruzione nel '*Statute law*' inglese¹⁸⁶, fu il '*Public Bodies Corrupt Practices Act*' del 1889, "emanato in risposta alle preoccupazioni nascenti nei governi del tempo"¹⁸⁷ e che si applicava soltanto agli enti pubblici dei governi locali o municipali¹⁸⁸, per sollecitare, ricevere o accettare di ricevere, un '*gift*' o qualsiasi compenso o vantaggio come incentivo o ricompensa per fare o tollerare qualsiasi cosa in relazione alla funzione in cui si trovava coinvolto il soggetto¹⁸⁹, e che sanzionava, inoltre, a chi dava, prometteva od offriva il '*gift*', compenso o vantaggio menzionato come incentivo o compenso¹⁹⁰, vale a dire, si trattava di una legge applicabile soltanto al settore pubblico e di portata assolutamente limitata agli organismi con competenze su temi locali o municipali, senza raggiungere la condotta dei soggetti privati¹⁹¹.

Pochi anni dopo, fu dettata, anche in sede di '*Statute law*', la seconda regolazione rilevante in materia di corruzione, questa volta dedicata a trattare i reati di corruzione nel settore privato, in particolare, "la condotta commissiva od omissiva tenuta dall'*agent*' in relazione al datore di

¹⁸⁶ È importante avere presente che nei Paesi anglosassoni bisogna distinguere tra le fonti del diritto, il '*common law*' stesso, maggiormente consuetudinario, e il '*statute law*', cioè, la legge scritta, che comunque dovrà essere sempre interpretata alla luce dei principi del '*common law*'. Per una spiegazione su come funziona il sistema del '*common law*' specialmente in Inghilterra, si può consultare, F.A.R. BENNION, *Understanding Common Law Legislation: Drafting and Interpretation*, New York, 2001, più specificamente il primo capitolo riferito ai concetti basilari, e intitolato "*Common law statutes, the enactment, legal meaning, factual outline and legal thrust, implied ancillary rules*", pp. 5-26.

¹⁸⁷ R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in R. ACQUAROLI, L. FOFFANI, *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, p. 161.

¹⁸⁸ Secondo ciò stabilito nel numero 7 del '*Public Bodies Corrupt Act*' del 1889 che tratta l'interpretazione dei reati da essa regolati, si indica che si dovrà considerare 'ente pubblico' per effetto dell'applicazione dei reati, qualsiasi consiglio di una città, un paese oppure una contea di un paese o città.

¹⁸⁹ Così come disposto nel numero 1.1 della '*Public Bodies Corrupt Act*' del 1889.

¹⁹⁰ Secondo ciò stabilito nel numero 1.2. della '*Public Bodies Corrupt Act*' del 1889.

¹⁹¹ In dottrina indicando che la '*Public Bodies Corrupt Practices Act*' del 1889 crea un reato diverso da quello emanato dalla '*Prevention of Corruption Act*' del 1906, precisamente perché contengono diversi specie di reati, il primo limitato ad organismi pubblici e il secondo meno limitato, dato l'utilizzo della parola '*agent*' e '*principal*' che abbraccerebbero concettualmente sia il linguaggio comune che quello legale, si può consultare, Commento di Giurisprudenza, *Corruption – Prevention of Corruption Act 1906*, in *Archbold Review*, n. 2/2016, pp. 1-2, nel caso di riferimento della divisione criminale della Corte di Appello del 15 gennaio del 2016, R. v AIL (A Company), ha evidenziato, allo scopo di sanzionare a un funzionario pubblico straniero, la chiara distinzione tra la portata limitata del Act del 1889 in confronto di quella del 1906, che non avrebbe una limitazione geografica quando descrive sia la qualità di agente che quella di principale.

lavoro”¹⁹². Si tratta della ‘*Prevention of Corrupt Act*’ del 1906 che sanzionava all’ ‘*agent*’ che accettava od otteneva, o accettava di accettare o tentava di ottenere, un ‘*gift*’ o un compenso come incentivo o ricompensa per aver fatto o sopportato di fare, qualsiasi atto in relazione agli affari o all’attività del suo principale, o per mostrare favore o sfavore, a qualsiasi persona in relazione agli affari o all’attività del suo principale¹⁹³, e anche alla persona che dà od offre il compenso¹⁹⁴.

Posteriormente, la ‘*Act and Prevention of Corruption*’ del 1916, dettata allo scopo di modificare alcuni aspetti in relazione alla prevenzione della corruzione, oltre a modificare il *maximum* delle pene sanzionate tanto dalla ‘*Public Bodies Corrupt Practices Act*’ del 1889, come dalla ‘*Prevention of Corrupt Act*’ del 1906, introduce un’importante novità in materia di accertamento dei fatti regolati in entrambe le ‘*Act*’, indicando che qualsiasi compenso o promessa di compenso, che sia stato pagato, dato o accettato da una persona impiegata a servizio di sua Maestà, un dipartimento del governo o un ente pubblico, si presumerà pagato, dato o ricevuto in modo corrotto, a meno che non sia dimostrato il contrario¹⁹⁵, mantenendosi invece, per i casi di corruzione privata, la regola generale secondo cui “l’onere della prova grava sull’accusa, prova che deve sempre fondarsi sul principio ‘*beyond any reasonable doubt*’”¹⁹⁶.

Tuttavia, come detto in precedenza, questa metodologia di regolazione in cui si riconosceva una differenza sebbene ambigua¹⁹⁷ fra corruzione pubblica e privata, non è stata ripresa dalla ‘*Bribery Act 2010*’, che invece “ha accentuato la tendenza dell’ordinamento inglese verso un trattamento omogeneo della corruzione privata rispetto della pubblica”¹⁹⁸, attraverso una regolazione unitaria che “rimpiazza la vecchia e frammentata struttura legale della corruzione in cui i reati erano sanzionati sotto il *common law* e le diverse leggi («acts») pubblicate tra il 1889 e il 1916”¹⁹⁹.

¹⁹² R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, cit., p. 161.

¹⁹³ La Referenza è fatta al reato descritto nel numero 1.1, comma 1 della ‘*Prevention of Corruption Act*’ del 1906, reperibile sul sito: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/34/enacted>

¹⁹⁴ La corruzione attiva del privato all’agente è descritta dal numero 1.1 comma 2 della ‘*Prevention of Corruption Act*’ del 1906.

¹⁹⁵ La presunzione descritta si incontra descritta nel numero 2 comma unica della ‘*Prevention of Corruption Act*’ del 1916, reperibile sul sito: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/6-7/64/enacted>

¹⁹⁶ R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, cit., p. 161.

¹⁹⁷ *Ivi*, 165.

¹⁹⁸ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 77.

¹⁹⁹ M. SOHLBERG, *United Kingdom Bribery Act 2010: Anti-Corruption Legislation with significant jurisdictional reach*, in *Law Library of Congress, Global Researcher Center*, 2011, p. 1; in senso simile, spiegando che la ‘*Bribery Act 2010*’ ha rimpiazzato sia i reati di corruzione del *common law* che i reati preesistenti a livello di statuti, si veda,

La ‘*Bribery Act 2010*’ è stata promulgata dopo più di un decennio di dibattito e deliberazione del Parlamento, e rappresenta la “culminazione degli sforzi dello U.K. per adempiere con la Convenzione OCSE del 1997”²⁰⁰, sulla corruzione a un pubblico ufficiale straniero nelle transazioni economiche internazionali, e perciò contiene “una completa revisione degli statuti sulla corruzione dello U.K., applicabili sia alla corruzione domestica che alla corruzione straniera («*domestic and foreign bribery*»)²⁰¹, nonostante noi ci concentreremo - in linea con quanto analizzato in sede italiana e spagnola - soltanto sullo studio del primo di questi fenomeni²⁰².

In questo senso, la prima questione che dobbiamo fare presente sulla ‘*Bribery Act 2010*’²⁰³, è che attraverso la formula dei reati di corruzione generale («*General Bribery Offences*»), così denominati in opposizione alla corruzione di funzionario pubblico straniero, si regolano diverse ipotesi di corruzione che, secondo la dottrina anglosassone, possono classificarsi in corruzione attiva, per i casi descritti nella prima *section* e denominati ‘reati relativi a corrompere un’altra persona’ («*Offences of bribing another person*») e corruzione passiva, per i casi descritti dalla seconda *section* e denominati ‘reati relativi a essere corrotto’ («*Offences relating to being bribed*»)²⁰⁴.

La prima di queste figure, ovvero la corruzione attiva, sanziona chiunque direttamente o attraverso un agente, offra, prometta o dia ad altri, un vantaggio, sia per indurre una persona a svolgere impropriamente una funzione o un’attività rilevante, oppure per premiare una persona per lo svolgimento improprio di tale funzione o attività²⁰⁵, risultando irrilevante se la persona a cui viene offerto, promesso o concesso il vantaggio sia la stessa persona che deve svolgere, o ha svolto

O. POWELL, K. SYDOW, *Bribery and corruption - what are the remedies available to those affected?*, in *Trusts & Trustees*, Vol. 23, 2017, p. 273.

²⁰⁰ In questo senso, B. WINFIELD, E.H. MACGUIDWIN, *Expansive Reach – Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, n. 2/2012, p. 324.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Sulla corruzione a un pubblico ufficiale straniero, tratta il numero 6 della ‘*Bribery Act 2010*’, titolato precisamente “*Bribery of foreign public officials*”.

²⁰³ Il cui testo completo può essere consultato nel seguente sito: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23>

²⁰⁴ In questo senso, B. WINFIELD, E.H. MACGUIDWIN, *An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*, cit., pp. 325 s., lavoro in cui si denominano i casi della prima *section*, casi di corruzione attiva ed a quelli della seconda *section*, casi di corruzione passiva; un’altra posizione dottrinarica preferisce utilizzare la divisione tra reati di pagamento («*payment offences*») e reati di ricezione («*recipient offences*»), in questo senso, J. MATON, *The UK Bribery Act 2010*, in *Employee Relations Law Journal*, vol. 36, n. 3/2010, p. 39.

²⁰⁵ Si tratta del caso 1 descritto nella prima *section* della ‘*Bribery Act 2010*’.

la funzione o l'attività²⁰⁶, riconoscendo, poi, una seconda ipotesi di corruzione attiva lì dove chi offre, promette o dà, sa o ritiene che l'accettazione del vantaggio costituirebbe, di per sé l'adempimento improprio di una funzione o attività rilevante²⁰⁷. È importante tener presente che la configurazione del reato “non si limita ai pagamenti in soldi, includendo anche la offerta, promessa o dazione di vantaggi finanziari o di altro tipo”²⁰⁸, e si perfeziona anche se il pagamento o il vantaggio offerto o promesso non si porta a termine²⁰⁹.

La funzione o attività rilevante a cui fa riferimento la prima *section*, può essere qualsiasi funzione di natura pubblica, qualsiasi attività collegata a un'impresa²¹⁰, qualsiasi attività svolta nel corso dell'attività lavorativa, o qualsiasi attività svolta da, o per conto, di un organismo di persone (sia esso societario che non societario), e deve anche adempiere a una o più tra le condizioni stabilite dalla legge, vale a dire, deve trattarsi di una attività o funzione in cui ci si aspetta uno svolgimento in buona fede, imparziale, oppure che nell'esercizio della stessa, la persona che deve svolgere la funzione o l'attività lo faccia in virtù di una posizione di fiducia²¹¹.

La ‘*Bribery Act 2010*’ indica addizionalmente che, allo scopo di considerarsi perfezionato il reato di corruzione, lo svolgimento improprio della funzione, o dell'attività, deve essere stato eseguito in violazione di un'aspettativa rilevante, oppure, nel caso in cui ci sia una mancata esecuzione della funzione o dell'attività, tale mancanza costituisca, di per sé, una violazione di un'aspettativa rilevante, dovendosi considerare come aspettativa rilevante lo svolgimento in buona fede o imparzialmente, oppure per il caso in cui si debba svolgere la funzione o l'attività in virtù di una posizione di fiducia, qualsiasi aspettativa sul modo in cui o le ragioni per cui la funzione o l'attività debba essere eseguita e che derivi esattamente da quella posizione di fiducia²¹².

Commette, inoltre, il reato di corruzione passiva, chiunque richieda, accetti di ricevere o accetti un vantaggio finanziario o di altro tipo con l'intenzione di svolgere, di conseguenza, una

²⁰⁶ L'elemento appartiene soltanto al primo caso di corruzione attiva descritto dalla prima *section*, indicato nel numero 1.4 della ‘*Bribery Act 2010*’.

²⁰⁷ Il caso descritto costituisce il caso 2 della prima *section* della ‘*Bribery Act 2010*’.

²⁰⁸ B. WINFIELD, E.H. MACGUIDWIN, *An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*, cit., p. 326.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ La parola utilizzata dalla ‘*Bribery Act 2010*’ è «*business*» e la stessa legge chiarisce che nella *section business* si deve includere sia commercio «*trade*» che professione «*profession*».

²¹¹ ‘*Bribery Act 2010*’ stabilisce nella terza *section* cosa si deve considerare funzione o attività rilevante per effetti dei reati di essa regolati e quali sono le condizioni aggiuntive che deve adempiere per considerarla tale.

²¹² La quarta *section* della ‘*Bribery Act 2010*’ spiega cosa deve considerarsi svolgimento improprio della funzione o attività per effetto della configurazione del reato di corruzione.

funzione o un'attività rilevante in modo improprio, sia da solo o attraverso un'altra persona, sanzionando, anche, il caso in cui si richieda, accetti di ricevere o accetti il vantaggio se la richiesta, l'accordo o l'accettazione costituiscono lo svolgimento improprio dalla funzione o dall'attività rilevante²¹³, vale a dire, si descrivono in primo luogo l'ipotesi di corruzione passiva antecedente, per poi, aggiungere i casi di corruzione passiva susseguente, in cui viene sanzionato chiunque richieda, accetti di ricevere o accetti un vantaggio, come ricompensa per l'adempimento improprio di una funzione o attività rilevante, oppure chiunque svolga una funzione o attività rilevante in modo improprio, sia in anticipo che come conseguenza della richiesta, l'accettazione di ricevere o l'accettazione del vantaggio²¹⁴.

Come possiamo apprezzare dalla lettura dei diversi casi descritti di corruzione passiva, non è necessario ricevere effettivamente il vantaggio per considerare che il reato è stato perfezionato, bastando soltanto chiederlo o accettarne la ricezione²¹⁵, sempre che si soddisfino gli altri requisiti previsti per la configurazione della fattispecie, tra cui quello che prevede che il menzionato vantaggio sia collegato allo svolgimento improprio di una funzione o attività rilevante, negli stessi termini appena spiegati in rapporto al reato di corruzione attiva.

Così, sembrerebbe che la nuova regolazione della corruzione in Inghilterra abbia incorporato, in un unico statuto, sia la corruzione pubblica che la corruzione privata, creando figure di reato che risultano applicabili ad attività e funzioni tanto dell'ambito pubblico come del settore privato²¹⁶. Tuttavia, l'unificazione di statuto non è stata l'unica novità della '*Bribery Act 2010*' che, inoltre, ha eliminato "la modalità agente/principale che definiva la corruzione come il tradimento di una lealtà verso una persona identificata, in favore di un modello focalizzato all'intenzione di indurre una condotta impropria"²¹⁷, ciò che interpretato da solo, potrebbe implicare una riduzione significativa dello *standard* di protezione, proprio perché la nozione di tradimento ora potrebbe essere soddisfatta mediante la violazione di un dovere in generale²¹⁸.

²¹³ Si tratta dei casi 3 e 4 di corruzione definiti dalla seconda *section* della '*Bribery Act 2010*'.

²¹⁴ Questi ultimi due casi rappresentano l'ipotesi 5 e 6 regolati dalla seconda *section* della '*Bribery Act 2010*'.

²¹⁵ B. WINFIELD, E.H. MACGUIDWIN, *An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*, cit., p. 331.

²¹⁶ S.H. DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law*, Oxford, 2014, p. 126.

²¹⁷ M. SOHLBERG, *United Kingdom Bribery Act 2010*, cit., p. 4.

²¹⁸ *Ibid.*

Ci troviamo di fronte a una regolazione ‘eccessivamente complessa’, e sebbene obbedisca a un suggerimento della ‘*Law Commission*’, al fine di “garantire che le fattispecie coprano tutti i diversi modi di corruzione”²¹⁹, genera alcuni problemi dal punto di vista dell’analisi che a noi più interessa, cioè, in relazione al bene giuridico tutelato dai reati di corruzione nel sistema inglese, giacché, al di là degli obiettivi perseguiti dalla legge, come potrebbero essere la dissuasione “degli atti di corruzione che sono dannosi per lo sviluppo”²²⁰, oppure la repressione e prevenzione degli atti che “distorcono la concorrenza, leale, compromettono la parità di accesso ai beni e ai servizi o, persino, minano la legittimità del governo”²²¹, non è chiaro quale sia il bene giuridico preso in considerazione dalle figure, ragione per cui dovremmo ancora approfondire per comprendere se si tratta di un reato strutturato intorno a qualche modalità di danno o pericolo, o se invece ci troviamo davanti a un reato di mera attività.

In questo senso, la prima questione che dobbiamo rilevare e che, nonostante appaia come evidente il fatto che i reati di corruzione nel sistema inglese, specialmente a partire della dettazione della ‘*Bribery Act 2010*’, obbediscano a un modello di persecuzione in cui l’evento di danno su un determinato interesse non è stato incluso tra i requisiti necessari per configurare il reato, ciò che viene confermata dal fatto che, né il pagamento offerto o promesso, né la ricezione del vantaggio si devono portare a termine per perfezionare le fattispecie, risulta ancora possibile sviluppare un’analisi destinata a determinare se si tratta di un reato configurato come figura di mera condotta, e se sia plausibile considerare che ci troviamo di fronte a figure di pericolo, e in questo caso, quali sarebbero i beni giuridici rilevanti, sia per i reati di corruzione attiva che per i reati di corruzione passiva.

Così, è importante tenere presente che l’interpretazione prevalente su come veniva configurato il danno («*harm*») all’interno dei reati di corruzione nell’ordinamento giuridico inglese in precedenza alla ‘*Bribery Act 2010*’, denominata dalla dottrina come ‘del dovere’ («*the duty view*»), concepiva il danno come un effetto prodotto tra due personalità giuridiche individuali²²²,

²¹⁹ J. MATON, *The UK Bribery Act 2010*, cit. p. 38.

²²⁰ P. YEOH, *The UK Bribery Act 2010: contents and implications*, in *Journal of Financial Crime*, vol. 19, n. 1/2012, p. 38.

²²¹ M. GORSIRA, A. DENKERS, W. HUISMAN, *Both sides of the Coin: Motives for Corruption Among Public Officials and Business Employees*, in *J Bus Ethics*, n. 151/2018, p. 179.

²²² Spiegando questo punto di vista, nonostante non condividerlo, P. ALLDRIDGE, *Reforming the Criminal Law of Corruption*, in *Criminal Law Forum*, n. 11, p. 289, il quale fa pure presente che uno sguardo alternativo sarebbe

facendo coincidere, in qualche modo, la corruzione con una violazione relativamente minore di un contratto di lavoro o di un dovere di fiducia²²³. Tuttavia, contro questa concezione, si alzavano, già in precedenza alla dettazione della nuova regolazione, voci critiche che affermavano che se questa fosse veramente l'entità del danno, di conseguenza risulterebbe del tutto difficile comprendere come potesse avere - la corruzione - il significato che gli veniva in quel momento già attribuito²²⁴, soprattutto perché risulterebbe - almeno - “artificioso collocare il danno in una categoria legale piuttosto che in un danno identificabile nel mondo reale”²²⁵.

Ad ogni modo, la concezione secondo cui il reato di corruzione si costruisce principalmente intorno alla violazione di un dovere («*breach of duty*»), emanato dal diritto civile, e che opera tra un agente e un principale, si è vista parzialmente modificata a partire dell'entrata in vigore della ‘*Bribery Act 2010*’, che allontanandosi del modello principale/agente²²⁶, crea nuove figure di reato che, conservando l'elemento di dare e ricevere una tangente, concentrano il *focus* principale dell'illecito intorno all'intenzione di indurre una condotta impropria, invece di enuclearsi intorno alla violazione di un dovere²²⁷. Tuttavia, l'incorporazione di questo concetto, comporta problemi interpretativi causati dalla portata eccessivamente ampia, all'interno di cui potrebbero considerarsi persino tutte le attività commerciali destinate a influire sul comportamento altrui²²⁸, ragione per cui, appare come ineludibile un'analisi che permetta di contrastare l'enunciato attraverso la ponderazione di alcune condizioni che possano chiarire quando l'attività o funzione a svolgere, qualifica come elemento costitutivo della fattispecie.

Queste condizioni rappresentano, come abbiamo già spiegato, l'aspettativa secondo la quale l'attività o la funzione debba essere svolta *in buona fede, imparzialità, oppure in virtù di una relazione di fiducia*, e che ci suggerisce quali potrebbero essere i beni giuridici o gli interesse

considerare che il danno prodotto dalla corruzione, in realtà, si vincola con i suoi effetti remoti e cataclismici, ma perché compromette alcuni tipi di mercati e l'economia globale governata a livello internazionale.

²²³ P. ALLDRIDGE, *Reforming the Criminal Law of Corruption*, cit., p. 289.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ivi*, p. 291.

²²⁶ House of Lords, *The Bribery Act 2010: post-legislative scrutiny*, 4 marzo 2010, reperibile sul sito web: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldbriact/303/303.pdf>, p. 15.

²²⁷ Il proprio Ministero di Giustizia inglese, nel documento ‘*Quick start guide*’ sulla ‘*Bribery Act 2010*’, reperibile sul sito: www.justice.gov.uk/guidance/bribery.htm, p. 4, definisce corruzione («*bribery*»), in termini generali, come dare a qualcuno un vantaggio finanziario o di altro tipo, per incoraggiarlo a svolgere le sue funzioni o attività impropriamente o come ricompensa per averlo già fatto. In dottrina nello stesso senso, M. SOHLBERG, *United Kingdom Bribery Act 2010*, cit., p. 4.

²²⁸ P. ALLDRIDGE, *Reforming the Criminal Law of Corruption*, cit., p. 293.

minacciati dai reati di corruzione a seguito della pubblicazione della *'Bribery Act 2010'*, giacché prima di essa, appariva come unico bene giuridico tutelato, il corretto esercizio della funzione che, dal punto di vista dello schema della seriazione di beni giuridici, non è che un bene giuridico fittizio, poiché troppo vicino alla condotta vietata nella sua versione lecita.

Tuttavia, per comprendere quali siano effettivamente i beni giuridici considerati dalle fattispecie di corruzione domestiche in Inghilterra dopo il 2010, e in che modo vengono offesi dalle condotte vietate, dobbiamo tornare ancora su alcuni dettagli in relazione alla configurazione delle fattispecie. A questo scopo, dobbiamo tenere presente che la *'Bribery Act 2010'*, ha creato un reato di dazione di tangente e un altro reato di ricezione della stessa, i quali possono configurarsi come reati bilaterali nel caso in cui ci sia accordo di volontà, ma che potrebbero operare e perciò sanzionarsi - a titolo di *'Bribery'*- persino se si verificasse soltanto la sollecitazione o l'offerta di una tangente, operando in questo caso come fattispecie unilaterale in cui, a differenza della corruzione nel sistema italiano, "non è necessario un incontro di volontà tra le parti"²²⁹ per parlare di corruzione, soprattutto perché anche la figura di istigazione alla corruzione viene considerata *'Bribery'* ed equiparata dal punto di vista della pena, alla condotta quando configurata come bilaterale²³⁰.

Dunque, tenendo presente queste considerazioni, crediamo che sia possibile concludere che, in realtà, ci troviamo davanti a delle fattispecie che si muovono sottilmente tra il pericolo astratto, e la configurazione di reati di mera attività, la cui inclinazione in uno o nell'altro senso dipenderà dall'ipotesi verificata tra le diverse possibilità regolate dalla *'Bribery Act 2010'*. Così, nel caso in cui venga accertata un'ipotesi unilaterale di corruzione, piuttosto conosciuta nel sistema italiano come istigazione alla corruzione, dove l'unico elemento rilevante sarà l'indurre un altro a svolgere una funzione o attività in modo improprio, in cui l'accettazione o l'accordo sulla commissione stessa appare come del tutto irrilevante, allora sarà più corretto parlare di reato di mera attività, a differenza dei casi in cui si arrivi all'accordo di volontà, nel senso di svolgere in modo improprio una funzione o attività rilevante, sempre che si verifichi anche la condizione di aspettativa di svolgimento in buona fede, imparzialità o in virtù di una relazione di fiducia, caso

²²⁹ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 78.

²³⁰ *Ibid.*

in cui queste tre categorie opereranno come beni giuridici messi in pericolo astratto o, soltanto, eventualmente danneggiati, quando la funzione sia effettivamente esercitata in modo improprio.

Ora bene, così come succede in Italia con i reati di corruzione pubblica, se configurati come figure di pericolo astratto dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, in questo caso sembrerebbe che ci troviamo davanti a beni giuridici che non riescono a soddisfare lo *standard* di bene giuridico finale, funzionando piuttosto come beni giuridici strumentali all'adempimento delle finalità per cui è contemplata ognuna delle attività in cui si possano verificare i reati, vale a dire, nel caso della corruzione pubblica, la finalità per cui è stata contemplata la pubblica amministrazione e che coincide con il servizio sviluppato a favore dei cittadini e la comunità, e nel caso della corruzione privata, la finalità per cui è stata prevista l'attività dell'entità privata in cui viene commesso il reato.

Per concludere, possiamo affermare che, così com'è stato affermato dalla propria dottrina inglese in precedenza alla '*Bribery Act 2010*', risulta fondamentale, davanti a un eventuale intervento penale, iniziare per realizzare un resoconto delle carenze del diritto civile, oppure delle altre aree del diritto, precisamente perché potrebbero fornire delle risposte adeguate e appropriate per affrontare il problema sociale a cui si cerca risposta²³¹.

Tuttavia, sembra che nel caso della corruzione in Inghilterra, questo esercizio di valutazione non sia stato fatto, e si sia arrivati a proteggere interessi che da soli non riescono a giustificare l'intervento penale, salvo se configurati in relazione alla protezione dei fini stessi della pubblica amministrazione o ai fini propri dell'attività del settore privato in cui svolge la funzione il particolare coinvolto, precisamente perché da soli assomigliano troppo all'apparentemente superata visione della corruzione come reato, il cui disvalore coincide con la violazione di un dovere e perciò il bene protetto con il suo corretto esercizio, provocando - nuovamente - che il diritto penale reagisca lì dove ancora potrebbero essere utili altre aree del diritto, violando non solo la necessaria offensività dei fatti, ma anche la concezione del diritto penale come *extrema ratio*, concepita come principio anche nel sistema anglosassone²³², e utilizzando il diritto penale,

²³¹ P. ALLDRIDGE, *Reforming the Criminal Law of Corruption*, cit., p. 289.

²³² Il principio nella sua versione anglosassone si denomina '*the principle of minimal criminalization*', e viene definito come il principio secondo cui il diritto penale dovrebbe proibire soltanto quando sia assolutamente necessario, e si giustificerebbe perché il diritto penale ha una funzione stigmatizzante che non hanno le altre aree, e che si perderebbe

soltanto, come una piattaforma per inviare un messaggio di “tolleranza zero contro la corruzione”²³³.

5.- Rilievi conclusivi sulla convenienza di riconoscere un principio di offensività a livello costituzionale

Nei capitoli precedenti, abbiamo potuto osservare come, davanti alla disgiuntiva tra una concezione del diritto penale autoreferenziale o una etero referenziale, ovvero, un diritto penale destinato a proteggere se stesso *versus* la possibilità di concepirlo come un’area destinata a proteggere valori antecedenti, come sarebbero i beni giuridici, ciò che è riuscito a fare l’ordinamento giuridico italiano, attraverso la costituzionalizzazione del principio di offensività, è risolvere il quesito mediante un’uscita che implica allo stesso tempo un sistema destinato a proteggere qualcosa precedentemente determinata, ma che, tuttavia, conserva il certificato di appartenenza al diritto positivo attraverso la Costituzione, e che perciò permette di mettere in pratica il principio sia come criterio di politica criminale nella scelta legislativa, che come criterio ermeneutico interpretativo nell’applicazione del diritto, questione che negli ordinamenti giuridici in cui il principio di offensività non ha riconoscimento costituzionale, neanche implicito, si sviluppa in gran parte grazie ai contributi della dottrina.

In relazione al sistema spagnolo, abbiamo potuto apprezzare come, in assenza di riconoscimento espresso dal principio di offensività a livello Costituzionale, la tendenza della dottrina è quella di attribuire comunque un’importanza fondamentale alla protezione di beni giuridici, nonostante si costruisca, in realtà, attraverso la libertà quale valore supremo dell’ordinamento, oppure, in modo più sviluppato e autorevole, attraverso la sua riconduzione al principio di proporzionalità, posizione seguita, inoltre, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

Da un altro punto di vista, abbiamo potuto osservare come l’apparente indifferenza verso l’offensività o lesività di beni giuridici in sede di principi costituzionali, salvo per la riconduzione fatta attraverso la proporzionalità, sembra essere stata bilanciata, sebbene ancora in sede dottrinarie, attraverso il processo di attribuzione di contenuto materiale al reato, giacché la sua definizione come lesione di beni giuridici, permette di riprendere la discussione sulla necessaria

se si cominciassero a punire attraverso questa via le condotte di gravità minore, si veda in questo senso, J. HERRING, *Criminal Law*, cit., pp. 12 s.

²³³ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 80.

offensività dei fatti sanzionati come un elemento dal quale emanerebbe un principio superiore che, inoltre, avrebbe il vantaggio di collegare la missione del diritto penale con una caratteristica visibile della condotta, cioè, il principio di protezione esclusiva di beni giuridici e la relativa necessaria lesività od offensività della condotta.

Ora bene, tornando al modo in cui si considera riconosciuto il principio di proporzionalità in Spagna, elemento fondamentale per la nostra indagine, precisamente perché la dottrina è arrivata al punto di affermare che la lesività, quale correlato logico del principio di protezione di beni giuridici, non sarebbe altro che una derivazione del principio di proporzionalità, il che deriverebbe dalla regolazione stessa dei diritti fondamentali nel testo Costituzionale, e oltrepassando ampiamente il semplice rapporto tra condotta e pena, opererebbe specialmente nei casi di trattamento di diritti fondamentali.

Tuttavia, un altro settore della dottrina - seguendo, in questo, il filosofo Tedesco Robert Alexy - considera che il rapporto esistente tra diritti fondamentali e principio di proporzionalità deriverebbe dalla natura stessa dei diritti e non dipenderebbe in assoluto dalle decisioni che può adottare il legislatore.

Dunque, è sorta, nella dottrina spagnola, una posizione che ispirata ad Alexy nei termini appena indicati, pretende superare l'approccio costituzionalista del bene giuridico, attraverso una formula che riposa sul quadro referenziale dei diritti umani, e perciò anteposta alla Costituzione e al diritto positivo, questione che, a nostro avviso, implica - nonostante i meriti come teoria - il suo maggiore problema, e lascia intravedere che, né lo sguardo del bene giuridico nell'alveo di riferimento dei diritti umani, né il principio di proporzionalità in senso ampio, riescono a risolvere il quesito fondamentale al quale ci espone la discussione sulla protezione di beni giuridici in sede penale, cioè, cercare una soluzione che adempia due scopi fondamentali: operare come limite pre-positivo della scelta legislativa, ma appartenendo allo stesso tempo al diritto positivo.

Seguendo questa linea, uno dei grandi problemi di ricondurre l'offensività attraverso la proporzionalità, è che non permette di delimitare la nozione di bene giuridico rispetto a quella di bene giuridico penale, rendendo evidente la necessità di incorporare criteri o parametri complementari che contribuiscano alla dotazione di contenuto di un principio, quando utilizzato per rintracciare un principio di portata penale come l'offensività. Quindi, un modo per risolvere il

quesito viene offerto dalla teoria procedimentale del bene giuridico che, senza manifestarlo, si avvicina abbastanza alla concezione costituzionalistica del bene giuridico, in quanto afferma, precisamente, che, a partire dalla Costituzione e dal contenuto dei diritti fondamentali, si può decidere fino a che punto una determinata proibizione penale possa risultare costituzionalmente legittima, tenendo sempre presente gli altri principi di rilevanza penale, come sono la sussidiarietà, la frammentarietà e l'*extrema ratio*.

Quanto appena detto, conferma la conclusione raggiunta durante lo studio del principio di offensività in sede italiana, vale a dire, che il concetto di bene giuridico e il principio di offensività, se riconosciuto a livello costituzionale, non sono strumenti magici mediante i quali possano essere immediatamente separabili le condotte penalizzabili da quelle non penalizzabili, bensì direttive programmatiche destinate a offrire un quadro di orientamento sulla decisione legislativa che, inoltre, non risolve tutti i problemi in modo automatico, ma li riduce in modo considerabile, questione che crediamo non riesca a fare la proporzionalità, precisamente perché, al di là di ciò già espresso, opera come correttivo di qualsiasi decisione legislativa e non necessariamente come criterio destinato a orientare la scelta penale, lasciando intravedere il suo vero merito esattamente laddove contribuisce a risolvere problemi che il legislatore originario sembra non avere considerato, vale a dire, serve a introdurre l'elemento della ragionevolezza in assenza di una regola limitatrice destinata a indirizzare il legislatore.

D'altro canto, l'ordinamento giuridico inglese, sebbene basato su una tradizione giuridica completamente diversa, ci dimostra che anche tra loro, il concetto di danno ('*harm*') gioca un ruolo fondamentale per delimitare normativamente il comportamento in società. Così, la prima questione che abbiamo potuto osservare, è che nella tradizione anglosassone si è fondato un principio del danno, lo '*harm principle*', che nella formulazione originale del Mill, proponeva che a ogni persona fosse permesso fare e dire ciò che volesse, a condizione che non danneggiasse l'interesse degli altri.

Tuttavia, trattandosi di un principio generale e non di un principio di diritto penale, la prima questione che abbiamo potuto capire, in relazione al principio, è che la presenza di danno non giustifica di per sé, l'intervento penale, precisamente perché lo Stato ha diversi modi di reagire, tra i quali, il diritto penale è soltanto uno, confermando così che anche nella tradizione

anglosassone, il principio di sussidiarietà e *extrema ratio*, hanno riconoscimento e vigenza attraverso il loro '*principle of minimal criminalization*'.

In questo modo, cercando di comprendere quali siano le conseguenze dello '*harm principle*' sia a livello generale, che in materia penale, ci siamo trovati con il problema che l'autore non abbia mai indicato cosa intende per danno, avallandosi la dottrina di diversi criteri che pretendono, *a posteriori*, definire cosa volesse indicare l'autore quando ha scritto la sua opera, tra cui emerge come autorevole interpretazione, quella secondo cui manca la definizione precisamente perché il Mill ha utilizzato il concetto semplicemente come sinonimo di '*bad consequences*', vale a dire, avrebbe deciso di utilizzare una nozione che gli permettesse di elaborare una spiegazione sulla concezione del danno nella quale il concetto gioca un ruolo limitato, ma cruciale, nella difesa globale della libertà individuale, e dove il danno rappresenterebbe soltanto uno degli aspetti considerati, al fine di escludere le ragioni paternaliste della giustificazione dell'interferenza sociale.

Dunque, spostato il principio verso l'ambito penale, possiamo concludere che, in questo caso, la concezione come sinonimo di '*bad consequences*' appare del tutto insufficiente, precisamente perché lo scopo continua a essere esattamente quello di determinare, con chiarezza che un'attività non può essere sanzionata semplicemente perché si considera immorale, ragione per cui la dottrina penale anglosassone, facendo fronte all'ambiguità fondante del concetto di danno, prova a dotarlo di contenuto, al fine di renderlo operativo in sede penale, compito in cui la definizione della parola '*harm*' appare come essenziale, scartando a questo scopo, in primo luogo, gli usi quotidiani e generali della parola, per poi distinguere tra l'uso normativo del termine e quello non normativo.

In questo senso, il Feinberg fornisce una definizione di danno che implica una combinazione tra '*harm*' in senso non normativo, come frustrazione, incidenza negativa o distruzione di un interesse, e '*harm*' in senso normativo, vale a dire, in quanto illecito, sviluppando una teoria che oltre a definire il danno, in realtà, prova a giustificare quando, al di là del danno, si può considerare legittimo l'intervento penale, attraverso la proposta dell'*'offense principle*', che invece di contribuire a delimitare i confini del diritto penale, pretende di estendere l'ambito di ciò che è punibile.

Perciò, abbiamo approfondito altre posizioni dottrinarie che hanno lavorato anche a una possibile ristrutturazione del concetto di *'harm'*. Tuttavia, sembra che, alla fine, anche i teorici che provano a indagare tra le diverse categorie utilizzate dal Feinberg, al fine di rintracciare tra loro qualche indizio di danno effettivo, finiscono per utilizzare il ricorso concettuale alla probabilità di avvenimento di *'danno finale'* («*ultimate harm*»), attraverso il concetto di *'danno remoto'* («*remote harm*»), ciò che rappresenterebbe l'elemento intorno al quale si riuscirebbero a omologare diverse categorie di reato, vale a dire, si tratta nuovamente di una costruzione dottrina che, approfittando della mancanza di una definizione di danno, prova a inserire all'interno della sua accezione, ciò che sotto il principio di offensività non qualificerebbe come danno e - a volta - nemmeno come ipotesi di pericolo.

Infine, sorge nella stessa dottrina inglese l'idea di risolvere i problemi appena descritti mediante un riconoscimento costituzionale dello *'harm principle'*, ciò che gli permetterebbe di agire come criterio di illegittimità in rapporto ai reati che non soddisfano lo *standard* fissato dalla norma suprema, assicurando che le persone non siano inviate in prigione, a meno che non lo meritino, proprio perché, nella misura in cui la prigione implica sempre trattamenti severi, che portano conseguenze seriamente dannose per il prigioniero, allora lo *'harm to others'* dovrebbe operare - contrariamente a quanto succede - come unica conseguenza negativa capace di giustificare, in misura sufficiente, una sentenza di prigione, questione che non succede perché esiste invece un'utilizzazione privilegiata del ricorso argomentale alla prevenzione in materia penale, ciò che non favorisce in assoluto un ambiente propenso al riconoscimento di un principio come lo *'harm principle'*, sia come criterio di politica criminale, che come criterio di interpretazione giudiziale.

Quanto appena esposto, in relazione al sistema spagnolo e al sistema inglese, ci permette di concludere, riguardo al principio di offensività che, effettivamente, la sua costituzionalizzazione semplifica i problemi collegati alla protezione di beni giuridici, offrendo una soluzione istituzionale che permette di confrontare la tendenza moderna di creare nuovi reati che non rispondono sempre alla logica del diritto penale, cioè, concordante con l'osservanza dei diversi principi penale a protezione del cittadino, tra cui, l'offensività, questione che non significa che l'approccio costituzionale risolva tutto, ma si che riduce notevolmente il numero di problemi,

giacché esisterebbero nel testo costituzionale gli strumenti destinati a opporsi all'estensione irragionevole del diritto penale.

Ora bene, la nostra analisi non sarebbe completa se non fossimo capaci di confrontare lo *standard* teorico di protezione o mancanza di essa, con il gruppo di reati selezionati in questo lavoro come parametro di riferimento utilizzabile per determinare come opera, nella pratica, l'analisi di protezione di beni giuridici e di offensività, attraverso una figura che ha confrontato storicamente, e più specificamente negli ultimi trenta anni, gli argomenti di efficienza ed efficacia persecutoria con gli argomenti di osservanza e rispetto dei principi essenziali del diritto penale, cioè, i reati di corruzione.

In questo senso, abbiamo potuto vedere, prima, che l'ordinamento giuridico spagnolo, in linea con quello italiano, regola separatamente i reati di corruzione pubblica e corruzione privata, così come che all'ora di determinare quale sia il bene giuridico protetto, il criterio costituzionale sia stato più presente che quanto si potrebbe pensare in un ordinamento giuridico che, come abbiamo affermato, non riconosce a livello costituzionale l'offensività, salvo per l'ammissione indiretta del principio di proporzionalità, ciò che crediamo potrebbe spiegarsi per il ruolo fondamentale che assume la dottrina penalista, permettendo, nella pratica, sussidiare la mancanza di riconoscimenti espressi, attraverso l'utilizzazione e l'incorporazione nelle risoluzioni, dei criteri costruiti in sede dogmatica.

Abbiamo visto così, come nel caso della corruzione pubblica, così come succede anche in Italia, esista grande confusione su quale sia il bene giuridico tutelato dai reati, facendo sorgere due grandi approcci che pretendono risolvere la questione attraverso una risposta unica per tutte le figure, la prima che mette l'enfasi sulla relazione amministrazione-pubblico ufficiale, e che viene immediatamente scartata perché utilizza un bene giuridico di contenuto offensivo eccessivamente generico e proprio di un approccio autoritario, e la seconda che enfatizza, invece, il rapporto cittadino-funzionario, più autorevole perché, alla luce della Costituzione, considera bene giuridico dei reati di corruzione, il servizio che i pubblici poteri devono prestare alla comunità, con assoggettamento ai principi proclamati nella Costituzione, specialmente quello di obbiettività o imparzialità.

In questo modo, si consolida in Spagna una posizione dottrinarica che, del tutto in linea con le conclusioni raggiunte alla luce dello schema della seriazione di beni giuridici, riconosce che, sia il buon andamento della pubblica amministrazione che l'imparzialità, possono concepirsi soltanto come beni giuridici strumentali all'adempimento della finalità propria della pubblica amministrazione qui ben identificata con gli interessi generali della società.

Tuttavia, questa conclusione che appare come del tutto corretta e plausibile a livello dottrinario, poi anche giustificata attraverso il testo Costituzionale, ammette una distinzione data dalla diversa portata dei reati di corruzione propria e impropria, giacché difficilmente potremmo assumere come offensivo dell'imparzialità, o il buon andamento, nel caso di fatti che si conformano con l'ordinamento giuridico, situazione davanti alla cui dottrina ripristina teorie di offensività su beni che non soddisfanno nessun *standard*, confermando che si tratta di un reato che non giustifica l'intervento penale in un sistema che riconosce il principio di sussidiarietà e frammentarietà, in termini simile a quanto succede con il reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui l'art. 422 del c.p. spagnolo, anche difettoso dal punto di vista offensivo.

Dall'altra canto, il reato di corruzione tra privati o particolari, introdotto in Spagna appena il 2010, e poi riformato il 2015 per cambiare la rubrica del reato per corruzione negli affari, ha attraversato, anche, un processo di difficile definizione su quale sia il bene o i beni giuridici che protegge la norma, discussione per la quale appare come fondamentale l'eliminazione nella fattispecie del concetto di 'favorire infrangendo gli obblighi', poi rimpiazzata per l'espressione 'favorire indebitamente'.

Dunque, abbiamo potuto apprezzare come la dottrina maggioritaria, anche in assenza di una menzione espressa nella descrizione del reato, ma considerando quanto affermato dal legislatore nell'esposizione di motivi della legge, e l'ubicazione del reato nel codice penale, considera la giusta e onesta concorrenza come il bene giuridico protetto in esclusiva dal reato di corruzione negli affari. Opinione che viene fortemente contrastata in dottrina per la posizione che a noi sembra la più autorevole al riguardo, e che, ripristinando la equivalenza funzionale dell'espressione 'favorire indebitamente' in relazione alla precedente 'favorire infrangendo gli obblighi', considera ci troviamo davanti a una figura plurioffensiva, che protegge i doveri di lealtà dell'impiegato con l'imprenditore come mezzo di attacco al bene giuridico finale della giusta e onesta concorrenza.

Infine, abbiamo visto che in Spagna, anche in materia di corruzione privata, così come è successo in materia di corruzione pubblica, il modo per legittimare l'intervento penale, persino in mancanza di un riconoscimento espresso del principio di offensività nella Costituzione, riferisce la rilevanza del bene protetto attraverso il testo supremo, che contribuisce alla definizione della concorrenza quale bene giuridico finale, cioè, come bene la cui importanza per lo sviluppo economico e sociale giustifica la sua necessità e meritevole di protezione per il diritto penale.

In un paradigma del tutto diverso, abbiamo visto come l'Inghilterra, a differenza dell'Italia e la Spagna, rappresenta uno dei Paesi in cui non si distingue, al momento di sanzionare penalmente, tra corruzione pubblica e corruzione privata, offrendo un approccio unitario nei confronti di tutte le manifestazioni del fenomeno corruttivo, più specificamente a partire dal 2010 e la dettazione della '*Bribery Act 2010*' che regola un regime comune di corruzione che risulta applicabile a qualsiasi categoria di persone, nonostante la diversa qualifica pubblica o privata dei soggetti coinvolti, a differenze delle leggi precedenti che presentavano un modello di protezione che, senza fare distinzioni fondamentali, regolava separatamente la corruzione pubblica da quella privata, ciò che si spiegava storicamente.

Una delle novità più importanti della '*Bribery Act 2010*', è stata quella di sopprimere la modalità agente/principale che definiva la corruzione come il tradimento di una lealtà verso una persona identificata, in favore di un modello che pone il *focus* sull'intenzione di indurre una condotta impropria su un altro soggetto, ciò che alla fine determina un cambiamento sullo *standard* di protezione, precisamente perché la nozione di tradimento ora può essere soddisfatta mediante la violazione di un dovere in generale, e che porta a diversi problemi dal punto di vista del bene giuridico protetto dal reato, nonostante sia un concetto non utilizzato in questo modo nella tradizione anglosassone.

Così, per interpretare correttamente il nuovo concetto incorporato di 'induzione di una condotta impropria', risulta fondamentale l'utilizzazione delle condizioni che lo stesso reato include come elementi, e che hanno come funzione, quella di chiarire quando l'attività o funzione da svolgere possa essere sussumibile nella fattispecie. Queste condizioni sono l'aspettativa secondo cui l'attività o funzione deve essere svolta in buona fede, imparzialità, oppure in virtù di una relazione di fiducia, ciò che ci suggerisce quali potrebbero essere i beni giuridici o interessi minacciati dai reati di corruzione dopo la pubblicazione della '*Bribery Act 2010*', giacché prima

di essa, appariva come unico bene giuridico tutelato, il corretto esercizio della funzione che, dal punto di vista dello schema della seriazione di beni giuridici, non è più che un bene giuridico fittizio perché troppo vicino alla condotta vietata nella sua versione lecita.

Tuttavia, tenendo in conto che i reati regolati dalla '*Bribery Act 2010*' si configurano anche se si verifica soltanto la sollecitazione o l'offerta di una tangente, operando in questo caso come fattispecie unilaterali, crediamo si tratti di figure di reato che si muovono sottilmente tra il pericolo astratto e la mera attività, la cui inclinazione in uno o in un altro senso dipenderà dell'ipotesi verificata tra le diverse possibilità. Dunque, nel caso in cui venga accertata un'ipotesi unilaterale di corruzione, sarà quindi più corretto parlare di reato di mera attività, a differenza dei casi in cui si arriva all'accordo di volontà, nel senso di svolgere in modo improprio una funzione o un'attività rilevante, sempre che si verifichi anche la condizione di buona fede, di imparzialità o di una relazione di fiducia, caso in cui queste tre categorie opereranno come beni giuridici messi in pericolo astratto o, soltanto, eventualmente danneggiati quando la funzione sia effettivamente esercitata in modo improprio.

CONCLUSIONI GENERALI

“La scienza del diritto penale si è costantemente impegnata a sostenere che l’uso della potestà punitiva deve essere realizzazione del diritto secondo ragione e non può essere invece prevaricazione dell’apparato statale sull’individuo”.

(Fabrizio Ramacci, Corso di diritto penale I, 1991)

Come abbiamo affermato nella premessa generale, l’obiettivo principale che ci eravamo proposti, e crediamo di essere riusciti a raggiungere, era quello di ravvivare la discussione sulla rilevanza della categoria del bene giuridico, e del principio di necessaria offensività dei beni tutelati, quale criterio determinante nella delimitazione dell’ambito di ciò che è penalmente sanzionabile, tenendo presente la profonda crisi che attraversa tale paradigma di protezione dei beni giuridici che è storicamente, ma non unanimemente, considerato equivalente alla finalità principale del diritto penale. L’indagine ha dimostrato quali sono le ragioni per le quali si tratta di concetti ancora oggi fondamentali per contenere il diritto penale nei confini del c.d. diritto penale minimo, trattandosi dell’unico modo che consente allo strumento penale di agire con efficacia, ma allo stesso tempo nel rispetto delle garanzie proprie del diritto penale sostanziale, tra cui la sussidiarietà, la frammentarietà, l’*extrema ratio* e, senza dubbio la protagonista di questo lavoro, l’offensività.

Il problema che attraversa attualmente il diritto penale è dato dalla proliferazione continua di fattispecie che non sempre vengono giustificate dai criteri stabiliti dalla scienza penale, ma dalla necessità di aumentare, sempre più, la sicurezza e l’efficienza persecutoria, senza tuttavia soddisfare, nella costruzione di nuove figure di reato, i requisiti che corrispondono ai principi di materialità e offensività, quali pilastri fondamentali che riguardano il profilo esteriore del reato, dimenticando l’osservanza di altri principi costruiti come garanzie di un diritto penale ragionevole, tra cui, in particolare, l’offensività, quale corollario di altre garanzie fondamentali in materia penale.

Dunque, una delle acquisizioni più interessanti che abbiamo potuto raggiungere sin dall'inizio della nostra ricerca, e non appena superata l'analisi storica, è stata che l'offensività dei fatti sanzionati, inscindibilmente collegata al concetto stesso di bene giuridico e sviluppata come principio di diritto positivo in Italia a partire della Costituzione del 1948, era stata precedentemente messa in evidenza come criterio orientatore sia da parte dei difensori delle teorie critiche del bene giuridico, come, ad esempio, le teorie liberali e personali sul bene giuridico, che da parte di alcuni esponenti di teorie invece identificabili mediante uno sguardo acritico sul bene giuridico, come, ad esempio, la teoria funzionalista di Amelung, lasciando intravedere, già prematuramente, come non sia sufficiente identificare all'interno di una norma penale un bene giuridico, ma si debba invece determinare chiaramente il modo in cui quel bene deve essere offeso dal comportamento vietato che dà luogo alla fattispecie.

In modo simile, abbiamo potuto osservare come, nonostante le formulazioni alternative della dottrina, l'orientamento del diritto penale a proteggere beni giuridici, concepito anche come la finalità primordiale della materia, non sia mai stato superato come paradigma, esattamente poiché la teoria alternativa più sviluppata, ovvero quella che propone di mettere in primo luogo la protezione della vigenza della norma, ci conduce a una formulazione tautologica del diritto penale che lo definisce semplicemente come destinato a proteggere se stesso e in chiara opposizione ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, data la sua distinzione tra cittadino e nemico, in aperta contraddizione con il principio di uguaglianza e quindi incapace di spiegare in modo soddisfacente il contenuto gravoso e punitivo del diritto penale.

Tuttavia, ciò che abbiamo ritenuto maggiormente interessante e conclusivo è stato il constatare che, anche negli ordinamenti giuridici comparati analizzati, pur di fronte alla mancanza di una risposta di diritto positivo all'altezza di quella formulata in Italia nel testo costituzionale, si sia svolta comunque una ricerca destinata a trovare un modo per attribuire e riconoscere uno spazio al principio di offensività che gli permettesse di produrre effetti sulla scelta legislativa e sull'attività interpretativa, il che è comprensibile poiché non si può negare che la protezione dei beni giuridici rappresenti, molto probabilmente, la più importante funzione della materia penale, la quale, nonostante sia stata messa in discussione, non è stata mai superata, poiché il farlo metterebbe a rischio la ragionevolezza stessa su cui riposa la struttura stessa del diritto penale

come lo conosciamo, cioè, con vocazione di sussidiarietà, frammentarietà ed espressione dell'*extrema ratio* dell'ordinamento giuridico.

Abbiamo, quindi, potuto apprezzare che, al di là delle scelte legislative e delle denominazioni teoriche adottate nei diversi ordinamenti giuridici, ciò che appare evidente, dopo una riflessione profonda sul quesito posto, è che esiste un collegamento stretto tra offensività, sussidiarietà e frammentarietà e, dunque, la mancata verifica di un'aggressione significativa a un bene giuridico di rilevanza costituzionale potrebbe suggerire l'inosservanza degli altri criteri menzionati, nel senso che, molto spesso, la regolazione di un reato che non adempie ai parametri di offensività costituisce una fattispecie introdotta nel sistema pur in presenza della possibilità di intervento efficace da parte degli altri rami dell'ordinamento, il che incide negativamente sul coordinamento del sistema nel suo complesso e trasgredisce il principio generale di libertà, ragione per cui nessuno dovrebbe sopportare una sanzione penale se non ove leda un valore non necessariamente simile a essa ma, quanto meno, di rilevanza costituzionale.

Così, in Spagna, oltre alla definizione materiale del reato come lesione di beni giuridici, ciò che ha permesso di collegare lo scopo del diritto penale a una caratteristica visibile della condotta, da parte della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza costituzionale, in mancanza di un riconoscimento espresso a livello costituzionale del principio di offensività, è stato il tentativo di ricavarlo dal principio di proporzionalità concepito come criterio di interpretazione che si può inferire da diversi precetti costituzionali, specialmente dalle disposizioni che prevedono i diritti fondamentali, e destinato a operare specialmente nei casi di raffronto tra diritti, orientando l'esercizio del potere punitivo statale, precisamente nei casi in cui si devono prendere decisioni che implicano una ponderazione tra diritto.

Tuttavia, la posizione dottrinale spagnola che a noi è parsa come quella più interessante, data la grande similitudine con la teoria costituzionale del bene giuridico secondo la formulazione italiana, corrisponde alla teoria procedimentale, secondo la quale la nozione di bene giuridico si plasmerebbe a partire dalla Costituzione e, più nello specifico, dal contenuto dei diritti fondamentali, vale a dire, la Costituzione opererebbe come limite nella determinazione di quali siano i beni giuridici penalmente rilevanti, nonostante non sia possibile formulare un concetto di bene, perché risponderebbe più a un orientamento che non a un elemento, confermando che ci

troviamo di fronte a una direttiva programmatica destinata a offrire un quadro di orientamento sulla decisione legislativa e non davanti a una formula matematica esatta.

D'altro canto, anche in Inghilterra, ordinamento giuridico che sta a fondamento della tradizione anglosassone, il danno provocato dalle condotte è stato identificato come criterio utile non solo per decidere se criminalizzare o meno, ma come principio generale di portata liberale formulato come una regola di comportamento che suggerisce agli individui di non danneggiare gli altri con i propri atti. Tuttavia, sembra che l'origine dello *'harm principle'* sia stata la necessità di separare radicalmente il diritto dalla morale, ragione che spiegherebbe che la parola *'harm'* sia stata utilizzata semplicemente come sinonimo di *'bad consequences'*, il che non soddisfa in assoluto lo *standard* di protezione penale, portando gli autori a cercare diverse metodologie per definire *'harm'*, al fine di distinguere chiaramente l'ambito di ciò che è penalmente punibile.

In questo senso, e nonostante i criteri impiegati dalla dottrina anglosassone siano abbastanza più ampi di quelli a cui si arriva attraverso il principio di offensività per come formulato in Italia, che impone il limite attraverso la figura di reati di pericolo astratto, la questione che a noi interessa è sottolineare che, anche per estendere la linea punitiva, viene adottato un criterio che, comunque, riposa sulla nozione di danno, sebbene attraverso una definizione più ampia del concetto che ammette l'inclusione persino dei danni remoti, mettendo in evidenza che, nonostante restino ferme le differenze tra ordinamenti giuridici, la tendenza sia quella di collegare in modo stringente il diritto penale alla dannosità delle condotte, non solo nei paesi di tradizione continentale, ma anche nella tradizione anglosassone, quale correlato evidente e inscindibile dalla logica su cui riposa la materia.

Orbene, questa conclusione, che potrebbe non ancora convincere del tutto dal punto di vista puramente teorico, è stata confermata attraverso l'interessante esercizio che abbiamo svolto in rapporto ai reati di corruzione pubblica e privata, sia nell'ordinamento giuridico italiano che negli altri ordinamenti giuridici oggetto della comparazione, poiché abbiamo evidenziato che il criterio di offensività dei beni giuridici, coordinato con uno schema di analisi ben strutturato come quello della seriazione dei beni giuridici, possa dimostrare, al di là del tema della necessità repressiva, quali siano i comportamenti realmente sanzionabili, per la loro gravosità fondata sulla dannosità o pericolosità delle condotte e quali, nonostante siano stati individuati come vincolati a un bene

rilevante, non riescono in realtà a colpirlo, e perciò non soddisfano, in nessun senso, lo *standard* necessario per giustificare un intervento penale ragionevole e proporzionale.

Nonostante quanto appena detto, sembra che esistano ancora posizioni dottrinarie che criticano l'intervento penale nei termini qui descritti, giustificando l'intervento penale per il fine dell'adempimento alle esigenze di prevenzione generale, sia in relazione ai terzi che in rapporto all'individuo sanzionato, il che a nostro avviso appare in contrasto non solo con un diritto penale del fatto, in quanto tendente a un diritto penale dell'autore, ma anche con le finalità della pena stabilite nel testo della Costituzione che, nel regolare un sistema a doppio binario, ha attribuito espressamente finalità di rieducazione alla sanzione penale nell'articolo 27 comma 3, a partire dal quale si è costruito il principio di offensività in Italia. Per questa ragione un altro settore della dottrina ha rilevato l'esigenza di una riforma della materia che chiarisca, ancora una volta, che l'offensività deve essere un criterio destinato a operare in tutte le ipotesi, quale unico modo per contenere il diritto penale nei confini del diritto penale del fatto.

Ad ogni modo, uno degli obiettivi principali di questa indagine è stato quello di provare a dimostrare che, anche senza una riforma come quella qui suggerita, l'utilizzo di uno schema di analisi efficace come quello della seriazione di beni giuridici può apportare dei criteri che permettono di risolvere dubbi, soprattutto nei casi complicati di plurioffensività in senso ampio, data la sua capacità di distinzione tra beni giuridici realmente offesi dalla condotta e beni giuridici soltanto apparentemente offesi dalla medesima condotta, grazie alla corretta sistematizzazione delle entità, secondo la maggiore o minore distanza del bene dalla condotta vietata.

Dunque, abbiamo potuto osservare come l'utilizzo dello schema ha evidenziato che non basta menzionare un bene o collegarlo apparentemente a una fattispecie attraverso una dichiarazione di scopi o finalità, ma bisogna invece individuare un bene abbastanza rilevante per giustificare un intervento penale in sé, vale a dire, un bene giuridico finale, che, inoltre, deve essere raggiungibile dalla capacità offensiva della condotta, perché non situato lontano, ma neanche troppo vicino in modo tale da identificarsi con la versione lecita della stessa, giacché una menzione non tradotta in una situazione sussumibile nella descrizione del reato potrebbe semplicemente nascondere situazioni di mancata offensività e perciò di illegittimità costituzionale.

A valle dell'indagine, siamo giunti alla conclusione per la quale il principio di offensività dei beni giuridici incontra la massima potenzialità attraverso il riconoscimento costituzionale, che gli consente di agire quale criterio di illegittimità costituzionale in relazione alle norme che non lo rispettano.

In questo senso, in Spagna abbiamo trovato una conferma del rilievo della Costituzione nella protezione dei beni giuridici, seppur in mancanza di un riconoscimento espresso del principio di offensività, là dove la dottrina ha provato ad agganciare la rilevanza del bene giuridico protetto dai reati di corruzione pubblica e privata al testo costituzionale, rintracciando nelle sue disposizioni quei valori che potrebbero operare come beni giuridici finali e perciò come entità che giustificano, da sole, l'intervento penale.

Anche in Inghilterra abbiamo potuto avere conferma di quanto sia importante il riconoscimento del principio nella Carta fondamentale, poiché lo '*harm principle*' non gode del rango sovralegale che gli permetterebbe di operare come criterio di illegittimità in rapporto ai reati che non soddisfino lo *standard* fissato, non riuscendo quindi a generare l'effetto di controllo sulla scelta legislativa che ci si potrebbe attendere, trattandosi di un profilo che proprio la dottrina inglese ha messo in evidenza indicando che una costituzionalizzazione dello '*harm principle*' potrebbe assicurare che le persone non siano inviate in prigione a meno che non lo meritino.

Crediamo, infine, che l'indagine sin qui condotta ci abbia permesso di evidenziare che, lungi dall'essere nel cuore di una crisi che dimostri l'inutilità della teoria del bene giuridico, al contrario, ci troviamo in un momento storico in cui sorge con forza la necessità di tornare a riflettere sul concetto, anche in assenza di una riforma che chiarisca ulteriormente la portata del principio di offensività, perché costituisce uno strumento in pieno vigore, capace di rendere possibile un'opposizione all'espansione irragionevole del diritto penale, permettendo di eliminare dal sistema ogni fattispecie che oltrepassi i margini fissati, o almeno di propendere per un'interpretazione entro i cui confini venga assicurato al diritto penale non solo di essere più garantista, ma allo stesso tempo più efficace, poiché concentrato nella persecuzione soltanto dei comportamenti più gravi dell'ordinamento giuridico e soltanto laddove le altre vie di soluzione abbiamo già fallito o dimostrato la loro inefficienza.

Orbene, prima di concludere, vorremmo esporre un'ultima riflessione quale conclusione logica del nostro lavoro, evidenziando la circostanza per la quale il vero potenziale di queste riflessioni dovrebbe esprimersi in una più ampia prospettiva di riforma, specialmente negli ordinamenti giuridici in cui si riconosce il paradigma di protezione dei beni giuridici come finalità primordiale del diritto penale, nonostante risulti assai complesso farlo osservare a fronte di riforme della parte speciale che considerano necessario estendere il diritto penale oltre i propri confini.

In questo senso, il processo costituente che sta prendendo forma in Cile potrebbe diventare un esempio di riferimento nella misura in cui venga riconosciuto un rilievo costituzionale esplicito al principio di offensività, in ossequio alle lezioni sapientemente ricavabili dall'esperienza comparata, oltre che ai suggerimenti della dottrina che, ormai, in mancanza di una regolazione, cerca di rintracciarlo nella definizione materiale del reato, con tutte le difficoltà insite in un simile, seppur condivisibile, procedimento ermeneutico. Nel concludere, si evidenzia quindi, in definitiva, la necessità di un riconoscimento esplicito del principio di offensività di rango costituzionale anche in quegli ordinamenti che, come quello cileno, possono cogliere questa opportunità-necessità in sede costituente, trattandosi, come detto, di un principio cardinale che opera quale corollario fondamentale del corretto rispetto di altre garanzie costituzionali nella materia del diritto penale sostanziale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE DI RIFERIMENTO

- ACALE SÁNCHEZ M., *Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción*, in PUENTE ABA L.M. (a cura di), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Granada, 2017, pp. 3-40.
- ACKER J.R., *The General Principles of the Criminal Law*, in ACKER J.R., MALATESTA J., *Introduction to Law and Criminal Justice*, Sudbury Massachusetts, 2012, pp. 23-66.
- ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003.
- ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*", in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 1-28.
- AGUIRRE E.L., *Barata y el bien jurídico penal*, in PÉREZ ÁLVAREZ F. (a cura di), *SERTA in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 149-164.
- ALCÁCER GUIRAO R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003.
- ALDROVANI P., *Commento all'art. 2635 c.c. Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in LANZI A., CADOPPI A. (a cura di), *I reati societari*.

Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio, Padova, 2007, pp. 209-220.

- ALESSANDRI A., *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, pp. 3-34.
- ALEXY R., *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad* (traduzione dell'opera '*Constitutional Rights and Proportionality*'), in *Rev. Española de Derecho Constitucional*, n. 91/2011, pp. 11-29.
- ALLDRIDGE P., *Reforming the Criminal Law of Corruption*, in *Criminal Law Forum*, n. 11/2000, pp. 287-322.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALONSO M., *Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 15/2011, pp. 1-33.
- ÁLVAREZ GARCÍA J., *Introducción a los delitos contra la Administración Pública*, in ÁLVAREZ GARCÍA J. (a cura di), *Tratado de derecho penal español, parte especial, Tomo III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia, 2013.
- AMELUNG K. *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, in HEFENDEHL R., VON HIRSCH A., WOHLERS W. (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, pp. 221-257.

- ANGIONE F, STILE F., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.* XI, 1939, pp. 3-36.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1980.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, a cura di GROSSO C.F., 15^a ed., vol. II, Milano, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di GROSSO C.F., 15^a ed., Milano, 2018.
- AOULAD LUCENA A.J., *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, Madrid, 2018, pp. 161.
- ARMONE G., *La corruzione nel settore privato (Capitolo XIII)*, in PIOLETTI A., CIMINI B.R., GANDINI F., IUZZOLINO G., ARMONE G., NICASTRO G. (a cura di), *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, pp. 265-283.
- ARTAZA O., *La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho*, in *Revista Política Criminal*, vol. 11, n. 21/2016, pp. 307-339.

- ASÚA BATARRITA A., *Delitos contra la Administración pública*, País Vasco, 1997.
- BACIGALUPO E., *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO E., *Sobre la reforma de los delitos funcionarios*, in *Documentación Jurídica*, vol. II, n. 37-40/1983, pp. 1093-1105.
- BAGEHOT W., *The English Constitution*, a cura di TAYLOR M., Oxford-New York, 2001.
- BAKER D., *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Criminal Justice Ethics*, vol. 27, n. 2/2008, pp. 3-28.
- BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2012, pp. 5-12.
- BALBI G., *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003.
- BARTIOLI R., *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2013, pp. 346-356.
- BELLACOSA M., *La corruzione privata societaria*, in DEL VECCHIO A., SEVERINO P. (a cura di), *Il contratto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Milano, 2014, pp. 11-69.

- BENNION F.A.R., *Understanding Common Law Legislation: Drafting and Interpretation*, New York, 2001.
- BERENGUER S., *La integración europea en la lucha contra la corrupción privada en torno a la cuestión del interés jurídico penalmente relevante*, in *Revista de Estudios Europeos del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid*, n. 71/2018, pp. 48-58.
- BERNAL PULIDO C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, 2014.
- BERNARDI A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, n. XXXI/2002, pp. 461-576.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, I, Padova, 1963.
- BINDING K., *Compendio di diritto penale (parte generale)*, Roma, 1927.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Uebertretung*, I, 3ª ed., Leipzig, 1914.
- BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885.
- BLANCO CORDERO I., *Artículos 286 bis a 286 quater*, in GÓMEZ TOMILLO M. (a cura di), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo III: Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos, Pamplona, 2015, pp. 539-560.
- BLANCO CORDERO I., *Comentario previo a los artículos 419 a 427 bis*, in GÓMEZ TOMILLO M. (a cura di), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo V: Delitos de falsedades, contra la administración pública y contra la administración de justicia*, Pamplona, 2015, pp. 281-283.

- BLANCO CORDERO I., *La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional*, in PÉREZ ÁLVAREZ F. (a cura di), *SERTA in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 267-296.
- BONFIGLI S., *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in Astrid-online, reperibile sul sito web: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Bonf/Bonfigli.pdf>
- BRICCHETTI R., *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida al diritto*, n. 48/2012, inserto n. 13, pp. XXXIV-XXXIX.
- BRICCHETTI R., *La struttura del reato (commentario al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 38)*, in *Guida al diritto*, n. 19/2017, pp. 21-23.
- BRICOLA F., *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, in BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, pp. 189-220.
- BRICOLA F., *Teoria generale del Reato*, in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI S., MELCHIONDA A., vol. I: Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, tomo I, Milano, 1997, pp. 541-809.
- BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 123-150.
- BROWN D.G., *Mill on harm to others' interest*, in *Political Studies*, vol. 26, issue 3, 1978, pp. 395-399.

- BUCCELLATI A., *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884.
- BUXO A., *Le origini sociali della corruzione*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, pp. 23-40.
- CANCIO MELIÀ M., PÉREZ MANZANO M., *Principios del derecho penal (capítulo III)*, in LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A. (a cura di), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2019, pp. 69-90.
- CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930.
- CARNEVALI R., ARTAZA, O., *La naturaleza pluriofensiva y trasnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal*, in *Revista Ius et Praxis*, Chile, anno 22, n. 2/2016, pp. 53-90.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto penale. parte generale, 3^a ed.*, Pisa, 1867.
- CATENACCI M., *Reati contro la pubblica amministrazione e contra l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016.
- CINGARI F., *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 405 – 418.
- CINGARI F., *La dimensione criminologica della corruzione*, in CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012.

- CINGARI F., *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2015, pp. 7-12.
- CIVOLI C., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900.
- COBO DEL ROSAL M., VIVES ANTÓN T., *Derecho penal, parte general*, 5^a ed., Valencia, 1999.
- COCCO P., *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*, in *Archivio penale*, n. 1/2018, pp. 1-45.
- COPPOLA F., *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" dal confronto con il Sentencing System inglese*, in *Archivio penale*, n. 3/2018, pp. 1-23.
- CORCOY BIDASOLO M., *Corrupción pública y privada: delimitación*, in *Revista de Ciencias Penales, Sexta época*, vol. XLVII, n. 1/2020, pp. 73-98.
- CRESPI A., *Il nuovo testo dell'art. 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/1992, pp. 1239-1254.
- DE ANGELIS P., JANNONE A., *D.L. Anticorruzione. La corruzione tra privati e la tentazione del "panpenalismo". Cosa cambia nel modello*, in *Resp. amm. soc. e enti*, n. 4/2012, pp. 61-78.
- DE FRANCESCO G., MORGANTE G., *Il diritto penale di fronte alle sfide della -società del rischio-: Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Torino, 2018.

- DE LA CUESTA J.L., BLANCO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 43-74.
- DE LA CUESTA J.L., *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, in *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, España, Instituto Vasco de Criminología, n. 17/2003, pp. 5-26.
- DE WOLF L., *From Retribution to Prevention and Social Restoration*, in *Jurist*, vol. 33, n. 1/1973, pp. 25-48.
- DELLA PORTA D., VANNUCI A., *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di mani pulite*, Roma-Bari, 1999.
- DEMING S.H., *Anti-Bribery Laws in Common Law*, Oxford, 2014.
- DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, 5^a ed., Milano, 2008.
- DIMANT, E., TOSATO G., *Causes and effects of corruption: what has past decades's empirical research taught us? A survey*, in *Journal of economic surveys*, 2017, pp. 1-22.
- DOLCINI E., *Appunti su corruzione e legge anticorruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2013, pp. 527- 557.
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 802-820.

- DOLCINI E., *Principi Costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 10-31.
- DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, pp. 1-18.
- DONINI M., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, pp. 37-79.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2013, pp. 4-43.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2001, vol. 126, fasc. 2, pp. 29-45.
- DONINI M., *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia Annuario di scienze penalistiche*, 2010, pp. 127-178.
- DRESSLER J., STEPHEN P.G., *Cases and materials on Criminal Law*, 6^a ed, New York, 2012.
- DUFF R.A., *Responsability, Citizenship, and Criminal Law*, in DUFF R.A., GREEN S., *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, pp. 125-148.
- ENCINA DEL POZO M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016.

- ESSER A., *Bene giuridico e vittima del reato. Prevalenza dell'uno sull'altra? Riflessione sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 39/1997, pp. 1061-1084.
- ESSER A., *The Principle of Harm in the Concept of Crime: A comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interest*, in *Duquesne University Law Review*, vol. 4, n. 3/1965, pp. 345-418.
- FAIELLA S., *La corruzione tra privati* (capitolo xvii), in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., MICHELE PAPA V. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, tomo I: reati societari, finanziari e bancari, Milano, 2017, pp. 255-275.
- FEINBERG J., *The moral limits of the criminal law*, vol 1: Harm to others, New York, 1987.
- FEINBERG J., *The moral limits of the criminal law*, vol 2: Offence to others, New York, 1988.
- FERRAJOLI L., *Cosa è il garantismo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, pp. 129-141.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI L., *El principio de lesividad como garantía penal*, in *Rev. Nuevo Foro Penal*, n. 8/79, 2012, pp. 100-114.
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, pp. 493-523.

- FERRAJOLI L., *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Il Foro Italiano*, vol. 123, n. 4/2000, pp. 126-131.
- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1832.
- FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 836-880.
- FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 42-81.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2012.
- FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 103-157.
- FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Palermo, 1984.
- FIORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa* (Capitolo II: I principi di offensività e materialità), in CONTI L. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2001, pp. 3-150.
- FIORELLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018.

- FIORELLA A., *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, n. 6/2015, pp. 173-204.
- FIORELLA A., *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 193-221.
- FIORELLA A., voce “*Reato in generale*”, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, pp. 789-803.
- FLICK G.M., *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in *Federalismi.it: Rivista de dir. pub. italiano, comunitario e comparato*, n.21/2010, pp. 1-15.
- FOFFANI L., ACQUAROLI R., *La corruzione tra privati: Note introduttive sull'esperienza italiana*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 1-28.
- FOFFANI L., *La «corruzione tra privati» nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 377-403.
- FOFFANI L., *Le infedeltà*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, pp. 345-379.

- FURNARI F., *Sociologia della corruzione: aspetti epistemologici e teorici*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, pp. 41-55.
- FORTI G., *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 287-348.
- FUENTES OSORIO J., *Formas de anticipación de la tutela penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 8/2006, pp. 1-40.
- GALLO D., *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari delle organizzazioni internazionali: considerazioni critiche sulla Convenzione OCSE del 1997*, in DEL VECCHIO A., SEVERINO P. (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Milano, 2014, pp. 375-400.
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro Penale*, 1969, pp. 1-10.
- GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018.
- GAMBARDELLA M., *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Archivio Penale*, n. 1/2013, anno LXV, pp. 15-35.
- GAMBARDELLA M., *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, n. 1/2019, pp. 44-73.

- GARCÍA CÁCERES J., *Sobre la corrupción en los negocios: análisis del artículo 286 bis 1 y 2 CP*, in *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n. 37/2018-I, pp. 161-184.
- GENNAIO V., CALZONE C., *La corruzione tra privati.*, in *La resp. amm. soc. e enti.*, gennaio-marzo 2013, pp. 43-59.
- GERBER J., MCANANY P., *Contemporary punishment: views, explanations and justificatios*, Notre Dame-Indiana, 1972.
- GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1976.
- GIUNTA F., *Lineamenti generali dell'economia*, vol. I., Torino, 2004.
- GIUNTA F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2000, pp. 265-282.
- GORSIRA M., DENKERS A., HUISMAN W., *Both sides of the Coin: Motives for Corruption Among Public Officials and Business Employees*, in *J Bus Ethics*, n. 151/2018, pp. 179-194.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA A., *El código penal de 1870 Concordado y Comentado*, tomo IV, 3ª ed., Madrid, 1923.
- GROSSO C.F., *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettive di riforme*, in STILE A.M. (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, pp. 335-358.

- GROSSO C.F., *Sub artt. 318-322*, in PADOVANI T. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1996, pp. 168-225.
- GUÉREZ TRICARICO P., *Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Jurídica*, n. 10/2004, pp. 53-108.
- GUERINI T., *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Archivio penale*, n. 3/2019, pp. 1-40.
- HABERMAS J., *Facticidad y validez*, Madrid, 1998.
- HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.
- HASSEMER W., MUÑOZ CONDE F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ R., *Malversación*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 2/1996, pp. 1451-1455.
- HERRING J., *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, 9th edizione, Oxford, 2020.
- HONIG R., *Die Einwilligung des Verletzten*, t.1, Keip, 1919.
- HORMAZÁBAL H., *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in PÉREZ F. (a cura

- di), SERTA in memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004, pp. 1083-1093.
- HUBER B., *Introduzione*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 31-42.
 - IELO P., *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, n. 1/2013, pp. 9-34 (9).
 - IGLESIAS M.A., MEDINA T., *Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, tomo II, pp. 49-69.
 - INSOLERA G., *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in INSOLERA G., MAZZACUVA P., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 2^a ed., Torino, 2000, pp. 31-45.
 - JAKOBS G., *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Traduzione di CANCIO MELIÁ M.), in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 7, n. 11/2001, pp. 23-42.
 - JAKOBS G., *La pena estatal: significado y finalidad* (Traduzione di CANCIO MELIÁ M., FEJOO SÁNCHEZ B.), Navarra, 2006.
 - JAKOBS G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (Traduzione di CANCIO MELIÁ M.), Madrid, 2003.

- JAKOBS G., *Sobre la teoría de la pena* (Traduzione di CANCIO MELIÁ M.), in *Cuadernos de conferencias y artículos*, Bogotá, n. 16/1998, pp. 9-34.
- KINDHÄUSER U., *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, in *Revista Política Criminal*, n. 3/2007, pp. 1-18.
- LA ROSA E., *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.
- LA ROSA E., *La repressione penale della “corruzione privata”, punti fermi e questione aperte*, Messina, 2011.
- LA ROSA E., *Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealistico”*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 23 dicembre 2016, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it,
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A., *Cuándo penar, cuánto penar*, in LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A., ADOLFO RUSCONI M. (a cura di), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 285- 328.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A., *La proporcionalidad de la norma penal*, in *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5/1998, pp. 159-189.
- LEVI N., *Trattato di diritto penale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1935.

- LUCAS DE LEYSSAC M.P., *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 101-109.
- MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale*, vol. II: Delitti e contravvenzioni, 4^a ed., Bologna, 1958.
- MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 86 – 100.
- MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, pp. 1-17.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANES V., *L'atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, vol. 43, fasc. 3, pp. 924-965.
- MANNA A., *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, in *Archivio penale*, n. 3/2018, pp. 1-10.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 10^a ed., Milano, 2017.
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, vol. IV, pp. 447-473.

- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 313-337.
- MANZINI V., *Istituzioni di diritto penale italiano*, vol. II: Parte Speciale, Padova, 1941.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, a cura di PISAPIA G.D., Torino, 1961.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1994, pp. 333-373.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2017.
- MARINUCCI G., *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 463-498.
- MAROTTA G., *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, pp. 101-122.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*, 5ª ed., Valencia, 2016.
- MARX M., *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenhre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972.

- MASSI S., *«Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur». “Offesa” e “infedeltà” nella struttura della corruzione propria*, Torino, 2004.
- MASSI S., *Tutela penale della concorrenza ‘globale’ e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione. Sulle vicende modificative dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2013.
- MATON J., *The UK Bribery Act 2010*, in *Employee Relations Law Journal*, vol. 36, n. 3/2010, pp. 37-46.
- MAZZACUVA N., *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettiva di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 498-509.
- MAZZOTTA G., *Il delitto di corruzione tra privati*, in D’AVIRRO A. (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, Milano, 2013, pp. 345-446.
- MELCHIONDA A., *La nuova dimensione tipica del delitto di ‘corruzione tra privati’ dopo la riforma ‘spazza corrotti’: l’esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta*, in *Sistema penale*, n. 12/2019, pp. 57-76.
- MÉNDEZ C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO B., *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)*, in DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J., RODRÍGUEZ MOURULLO G. (a cura di), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, 2011, pp. 425-452.

- MILITELLO V., *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 355-375.
- MILITELLO V., *Fondi Neri e corruzione tra privati in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 4/2012, pp. 907-924.
- MILITELLO V., *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, pp. 564 – 596.
- MILL J.S., *Sulla libertà* (traduzione dell'opera 'On Liberty', di Ornella Sardo), Cambridge- New York, 1989.
- MINERVINI M., *Il controverso rapporto tra i delitti di corruzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 12/2017, pp. 93-107.
- MIR PUIG S., *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del Ius puniendi*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 14/1990, pp. 203-216.
- MIR PUIG S., *Derecho penal, parte general*, 10ª ed., Barcelona, 2016.
- MIR PUIG S., *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in CUERDA ARNAU M.L. (a cura di), *Constitución, derechos fundamentales y sistema social*, Valencia, 2009, pp. 1357-1382.
- MIRRI M.B., *Corruzione propria e corruzione impropria tra costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 427 – 444.

- MIRRI M.B., *I delitti di corruzione: disciplina positiva e prospettiva di riforma*, in *Giust. Pen.*, n. II/1987, pp. 129-142.
- MIRRI M.B., voce *Corruzione*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, pp. 1-8.
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343-374.
- MOCCIA S., *Riflessioni sui nodi problematici della normativa italiana in materia di criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1-2/1997, pp. 9- 27.
- MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Roma-Napoli, 2012.
- MONGILLO V., *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/219, pp. 231-311.
- MONGILLO V., *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 15 dicembre 2015, pp. 1-17.
- MONTANARI M., *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 1° luglio 2012, pp. 1-33.
- MUELLER G.O., *Criminal theory: An appraisal of Jerome hall’s studies*, in *Indiana Law Journal*, vol. 34, issue 2, 1959, pp. 206-229.

- MUÑOZ CONDE F., *Derecho penal, parte especial*, 22ª ed., Valencia, 2019.
- MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Valencia, 2010.
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
- MUSCO E., *I delitti di corruzione nel codice penale italiano*, in FERRÉ OLIVÉ, J.C. (a cura di), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, Salamanca, 2002, pp. 27-39.
- MUSCO E., *I nuovi reato societari*, 3ª ed., Milano, 2007.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NIETO A., *Delitos de corrupción en los negocios*, in DE LA MATA N., GÓMEZ-ALLER D., LASCURAÍN J., NIETO A. (a cura di), *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2018, pp. 415-446.
- NIETO A., *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*, in *Revista Penal*, España, n. 12/2003, pp. 3-26.
- NÚÑEZ CASTAÑO E., *Sobre le bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares; legitimidad de la intervención penal*, in MATA LLÍN EVANGELIO A. (a cura di), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018, pp. 289-324.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1982.

- OCTAVIO DE TOLEDO E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980.
- OLAIZOLA NOGALES I., *El delito de cohecho*, Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER E., *Delitos contra la administración pública*, in GÓNZALEZ CUSSAC J.L. (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, 6ª ed., Valencia, 2019, pp. 689-710.
- OTERO GONZÁLEZ P., *Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)*, in VILLORIA MENDIETA M., GIMENO FELIÚ J.M., TEJEDOR BIELSA J.C., JIMÉNEZ ASENSIO R. (a cura di), *La corrupción en España. Ámbito, causas y remedio jurídicos*, Barcelona, 2016, pp. 451-496.
- PADOVANI T., *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, n. 48/2012, inserto 13, pp. IX-XII.
- PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio Penale*, n. 3/2018, pp. 1-11.
- PADOVANI T., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Archivio Penale*, n. 3/2012, anno LXIV, pp. 783-794.
- PAGLIARO A., *La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, pp. 57-71.
- PAGLIARO A., MANFREDI PARODI G., *Principi di diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008.

- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, 2^a ed., Milano, 1980.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte speciale*, 10^a ed., vol. 1: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2004.
- PALAZZO F., *Corruzione, concussione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, pp. 227-231.
- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1992, pp. 453-482.
- PALAZZO F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in CONTE G., LANDINI S. (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, pp. 311-327.
- PALAZZO F., *Le norme penale contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in BORSARI R. (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, pp. 61-75.
- PALIERO C.E., *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in STORTONI L., FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, pp. 239-284.
- PANAGIA S., *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1124- 1162.
- PARODI C., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2017.

- PASCULLI L., *The harm principle between statutory criminalisation and judicial interpretation: lesson from Italy*, in Annual Conference, University of Oxford, 6-9 September 2016, pp. 1- 59.
- PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Milano, 1993.
- PELISSERO M., *Gli accordi corruttivi tra atto e funzioni*, in BORSARI R. (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, pp. 153 – 166.
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008.
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882.
- PICOTTI L., *Le «nuove» definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, anno V, 1988, pp. 264-323.
- PISAPIA D., *Studi di diritto penale*, Padova, 1956.
- PISTORELLI L., ANDREAZZA G., *Novità legislativa: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, pp. 1-21.
- PORTILLA CONTRERAS G., *L’influenza delle scienze sociali nel diritto penale: la difesa del modello ideologico neoliberale nelle teorie funzionaliste e nel discorso di Habermas sulla selezione degli interessi penali*, in STORTONI L., FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, pp. 207-237.

- POWELL O., SYDOW K., *Bribery and corruption – what are the remedies available to those affected?*, in *Trusts & Trustees*, vol. 23, 2017, pp. 273-279.
- PULITANÒ D., *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in *La Questione criminale*, 1981, pp. 111-121.
- PULITANO D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484-531.
- PUSTORINO P., *In tema de applicazione nell'ordinamento italiano delle Convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in DEL VECCHIO A., SEVERINO P. (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Milano, 2014, pp. 473-484.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale I, Principi costituzionali e interpretazione della legge penale*, Torino, 1991.
- RAMPIONI R., *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A. (Capitolo 6)*, in FIORELLA A. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2013, pp. 339-432.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.
- RAZZANTE R., TARTAGLIA G., *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di rating e le moderne strategie di contrasto*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, n. 1/2017, pp. 5-11.
- RILEY J., *Mill on liberty*, London-New York, 2003.

- RIONDATO S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia «influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 117 T.CE., questioni di costituzionalità*, in *Riv. trim. dell'economia*, anno X, n.4/1997, pp. 1135-1172.
- RÍOS RÍOS P., *Il costo della corruzione pubblica e privata* (Traduzione di MARCHESONI M.), Milano, 2017.
- RIPPA F., *Induzione indebita e condotte fraudolente, tra vecchi e nuovi assetti normativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10/2018, pp. 207-239.
- RIPSTEIN A., *Beyond the Harm Principle*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 34, n. 3/2006, pp. 215-245.
- ROBINSON P., DUBBER M., «*The American Model Penal Code: A brief Overview*», in *New Criminal Law Review*, vol. 10, n. 3/2007, pp. 319-341.
- ROBINSON P.H., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should be Punished How Much*, Pennsylvania, 2008
- ROBINSON P.H., *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford, 1997.
- ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, fasc. I, pp. 497-521, 561-582.
- ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932-X.

- RODRÍGUEZ L., *Delimitación del concepto penal de corrupción*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. XXV/2004, pp. 339-359.
- RODRÍGUEZ PUERTA M.J., MORÓN LERMA E., *De la corrupción entre particulares*, in Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (a cura di), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Madrid, 2011, pp. 930-945.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 3ª ed., Milano, 2003.
- ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 477-508.
- ROXIN C., *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, in HEFENDEHL R., VON HIRSCH A., WOHLERS W., (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, pp. 433-438.
- ROXIN C., *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15/2013, <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>, pp. 1-27.
- ROXIN C., *Fran von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, in ROXIN C., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008, pp. 239-290.

- RUDOLPHI J., *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, in *FS-Honig zum*, 80, Göttingen, 1970, pp. 151-167.
- RUGANI A., *Riforma della “corruzione tra privati” (D. lg. n. 38/2017): L’ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, n. 12/2017, pp. 4638-4664.
- SÁNCHEZ DE ROJAS C.E., *Delito de corrupción entre particulares*, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ TOMÁS J.M., *Cohecho*, in ÁLVAREZ GARCÍA J. (a cura di), *Tratado de derecho penal español, parte especial*, tomo III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia, Valencia, 2013, pp. 375-459.
- SCHÜNEMAN B., *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, in HEFENDEHL R., VON HIRSCH A., WOHLERS W., (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, pp. 191-219.
- SCHWINGE E., *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930.
- SCOLETTA M.M., *Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l’impatto della riforma sul sistema del d. lgs. 231*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, pp. 467-491.
- SEMINARA S., *D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 38. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Diritto penale e processo*, vol. 23, n. 6/2017, pp. 712-729.

- SEMINARA S., *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/1993, pp. 951-993.
- SEMINARA S., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 381 – 404.
- SEMINARA S., *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le società*, vol. 32, n. 1/2013, pp. 61-70.
- SEMINARA S., *Intervento (senza titolo)*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 271-280.
- SEMINARA S., *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2012, pp. 1235-1245.
- SEMINARA S., *Spunti di riflessione sui nuovi reati di corruzione e concussione*, in CASTALDO A., DE FRANCESCO V., DEL TUFO M., MANACORDA S., MONACO L. (a cura di), *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, pp. 1027 – 1045.
- SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2013, pp. 7-12.
- SEVERINO P., *Sub artt. 357 e 358*, in PADOVANI T. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1996, pp. 448-482.

- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Del derecho abstracto al derecho “real”. Recensión a Günther Jackobs, La pena estatal: significado y finalidad*, in *InDret*, n. 4/2006, pp. 1-6
- SIMESTER A.P., VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and Wrong: On the Principles of Criminalisation*, Oxford, 2014.
- SIMESTER A.P., VON HIRSCH A., *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, in *Criminal Justice Ethics*, vol. 28, n. 1/2009, pp. 89-107.
- SOHLBERG M., *United Kingdom Bribery Act 2010: Anti-Corruption Legislation with significant jurisdictional reach*, in *Law Library of Congress, Global Researcher Center*, 2011, pp. 1-6.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2012, pp. 117-128.
- SPENA A., *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003.
- SPENA A., *La corruzione privata e la riforma dell’art. 2635 C.C.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 56, n. 2/2013, pp. 690-714.
- SPENA A., *Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell’ennesima riforma della corruzione privata*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, vol. 34, n. 3-4/2018, pp. 643-675.
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* n. XVI/1973, pp. 3-37.

- STEWART H., *The limits of the harm principle*, in *Crim Law and Philos*, n. 4/2010, pp. 17-35.
- STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.
- SULLIVAN R., *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 156-173.
- SUMAH S., *Corruption, causes and consequences*, in BOBEK V., *Trade and Global Market*, 2018, pp. 63-80.
- TADROS V., *The Ends of the Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.
- TAGLIARINI F., *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973.
- TORTORELLI M., *Le qualifiche soggettive*, in AMARELLI G., STEFANO F. (a cura di), *I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2018, pp. 17-35.
- TRONCONE P., *Il nuovo delitto di corruzione tra privati – adeguamenti eurounitari e riflessi del passato*, in *Indice Penale*, Novissima Serie, anno IV, n. 1/2018, pp. 93-118.
- TURNER P.N., *“Harm” and Mill’s Harm Principle*, in *The University of Chicago press journals*, vol. 124, n. 2/2014, p. 299-326.

- VALEIJE ÁLVAREZ I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 18/1994-1995, pp. 295-369.
- VALEIJE ÁLVAREZ I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1995.
- VALENZANO A.S., SERRA D., *El problema del bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia: un análisis a la luz de la evolución del tipo penal en Italia y en los países de la península ibérica*, in VÉLEZ RODRÍGUEZ L. (a cura di), *Racionalidad legislativa penal y cuestiones de política criminal. Viejos problemas y nuevas realidades en perspectiva comparada*, Bogotá, 2020, pp. 273-298.
- VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, Torino, 2017.
- VANNUCCI A., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in MATTARELLA B., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 25 – 58.
- VASALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, pp. 617-680.
- VASSALLI G., *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Gius. Pen.*, n. II/1979, pp. 306 – 338.
- VASSALLI G., *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.

- VENTURA PÜSCHEL A., *Corrupción entre particulares*, in ÁLVAREZ GARCÍA F.J., GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (a cura di), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 316-329.
- VIGANÒ F., *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in Libro dell'anno del diritto Treccani 2012, Roma, 2012.
- VILLAMERIEL L., *La Legislación penal europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración y armonización: Tercer pilar, Directivas y Decisiones Marco*, in ÁLVAREZ GARCÍA J. (a cura di), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la unión europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, pp. 19-36.
- VIVES ANTÓN T., *La responsabilidad de los jueves en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 9/1984-1985, pp. 257-280.
- VIVES ANTÓN T., *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*, in *Rivista Lusíada Direito*, n. 4-5/2007, pp. 157-187.
- VIVES ANTÓN T., *Sistemas democráticos y concepciones del bien jurídicos: el problema de la apología del terrorismo*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 25/2004, pp. 399-441.
- VIZUETA FERNÁNDEZ J., *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003.
- VOGEL J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in ACQUAROLI R., FOFFANI L., *La corruzione tra privati, esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Esperienze*

comparatistiche e prospettive di riforma, (Atti del Convegno Jesi 12-13 aprile 2012), Milano, 2003, pp. 75-99.

- VON LISZT F., *La idea de fin en el derecho penal* (Traduzione dell'Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad de Valparaíso de Chile), Valparaíso, 1984.
- WINFIELD B., MACGUIDWIN E.H., *Expansive Reach – Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, n. 2/2012, pp. 323-346.
- YEOH P., *The UK Bribery Act 2010: contents and implications*, in *Journal of Financial Crime*, vol. 19, n. 1/2012, pp. 37-53.
- ZANNOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985.
- ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 3ª ed., Milano, 2017.
- ZUCCALÀ G., *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1225-1255.

SITI WEB CONSULTATI.

- <http://www.astrid-online.it>
- <http://www.boe.es>
- <http://www.giurcost.org/decisioni/>
- <http://www.oecd.org/>
- <http://www.treccani.it>
- <http://www.unric.org>
- <https://eur-lex.europa.eu/>
- https://europa.eu/european-union/index_it
- <https://www.bcn.cl/>
- <https://www.camara.cl/>
- <https://www.coe.int/it/>
- <https://www.coe.int/web/greco/home>
- <https://www.cortedivassazione.it>
- <https://www.europarl.europa.eu/portal/it>
- <https://www.imf.org/external/index.htm>
- <https://www.legislation.gov.uk/>
- <https://www.oecd.org>
- <https://www.transparency.org/>
- <https://www.worldbank.org/>