

QUESITI

**FÁBIO RAMAZZINI BECHARA,
OLAVO EVANGELISTA PEZZOTTI,
REBECCA GIRANI,
MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS***

Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premierale riferita ai fenomeni corruttivi: da Tangentopoli a Lava Jato

Il presente elaborato si propone di indagare il tema della collaborazione premierale che in passato è stato oggetto di ampie discussioni in Italia con le indagini di «Mani Pulite» iniziate nel 1992 e in Brasile con l'operazione «Lava Jato» due decenni dopo. Oggi, la questione è stata riproiettata nell'attualità in seguito alla proposta e approvazione di recentissime riforme in entrambi gli Stati.

A Comparative Itinerary on the Cooperation Agreement Related to Corruption Offences from Tangentopoli to Lava Jato

This paper aims to investigate the theme of the cooperation agreement which in the past has been the subject of extensive discussions in Italy with reference to the "Mani Pulite" investigations that began in 1992 and in Brazil with the "Lava Jato" operation two decades later. Today, the issue has been re-projected into current events following the proposal and approval of very recent reforms in both States.

SOMMARIO: 1. L'indagine «Mani Pulite». - 2. L'indagine «Lava Jato». - 3. L'evoluzione normativa del diritto premierale in Brasile. - 3.1. La premialità in Brasile negli anni Novanta. - 3.2. La legge n. 9.099/95. - 3.3. La legge n. 12.850/13. - 4. Le iniziative legislative più recenti per rafforzare la lotta alla corruzione in Brasile. - 5. L'evoluzione normativa del diritto premierale in Italia. - 5.1. Il Progetto di Cernobbio. - 5.2. La legge n. 190 del 2012. 5.3. La legge 2015. - 6. La più recente modifica legislativa in Italia: la c.d. legge Spazza-corrotti. - 7. Alcune considerazioni conclusive sulla premialità nel diritto italiano.

1. *L'indagine «Mani Pulite».* Il punto di partenza della riflessione è costituito dai fatti emersi durante le indagini «Mani Pulite», svolte principalmente dalla Procura di Milano. È necessario per chiarezza espositiva definire i due termini chiave della vicenda: «Tangentopoli» e «Mani Pulite». Con la prima espressione, frutto della fantasia del giornalista Piero Colaprico¹, si indica un sistema

* Fábio Ramazzini Bechara è Professore nell'Università Presbiteriana Mackenzie, Dottore di ricerca in diritto processuale penale nell'Università di San Paolo, Coordinatore del gruppo di ricerca Diritto penale economico e Giustizia Internazionale nell'Università Presbiteriana Mackenzie e Pubblico Ministero a San Paolo.

Olavo Evangelista Pezzotti è Dottorando e Master in Diritto processuale penale presso l'Università di San Paolo e Pubblico Ministero a San Paolo.

Rebecca Girani è Dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna.

Matteo Leonida Mattheudakis è Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma.

L'intero lavoro rappresenta il frutto della riflessione comune degli Autori. Per la parte riguardante

largamente diffuso di pratiche illegali orientate al profitto nel mondo politico, imprenditoriale e della pubblica amministrazione². Con la seconda³, invece, si intende la risposta della giustizia penale non più limitata a singoli episodi casualmente emersi, ma programmaticamente orientata a penetrare nel sistema Tangentopoli mediante l'adozione di qualunque mezzo di cui la giustizia penale stessa dispone⁴.

In via preliminare, risulta utile ripercorrere a grandi linee alcune tappe fondamentali delle indagini.

Il 17 febbraio 1992 Mario Chiesa, esponente del Partito socialista milanese e presidente dell'ospizio Pio Albergo Trivulzio di Milano, viene arrestato in flagranza subito dopo aver incassato una tangente di sette milioni di lire in cambio della concessione di un appalto. È questo l'evento che segna l'inizio delle indagini.

La notizia viene riportata sulle prime pagine dei quotidiani e il Segretario del partito socialista italiano Bettino Craxi, impegnato nella campagna elettorale per le elezioni politiche nazionali, in un'intervista televisiva del 3 febbraio 1992 definisce l'ingegner Mario Chiesa un 'mariuolo isolato' e nega l'esistenza della corruzione a livello nazionale. Ben diverso risulterà l'esito delle indagini. Tra il 1992 e il 1995 il cosiddetto «Pool di Milano», costituito dal Procuratore Capo Francesco Saverio Borrelli e dai Pubblici Ministeri Antonio di Pietro, Gherardo Colombo e Piercamillo Davigo, fa emergere una numerosissima quantità di reati di concussione, corruzione e finanziamento illecito dei partiti politici. Viene alla luce un vero e proprio sistema di corruzione profondo e

l'ordinamento italiano deve comunque attribuirsi a Rebecca Girani la stesura dei paragrafi 5.2, 5.3, 6 e 7 e a Matteo Leonida Mattheudakis la stesura dei paragrafi 1 e 5.1. La parte riguardante l'ordinamento brasiliano deve essere attribuita a Fábio Ramazzini Bechara e Olavo Evangelista Pezzotti: in particolare, si fa riferimento ai paragrafi 2, 3, 3.1, 3.2, 3.3 e 4.

¹ Si veda la videointervista allo stesso giornalista *Mani Pulite 25 anni dopo, Colaprico: "Il termine Tangentopoli lo inventai pensando a Paperino"*, pubblicata il 16 febbraio 2017 e consultabile all'indirizzo: <https://video.repubblica.it/edizione/milano/mani-pulite-25-anni-dopo-colaprico-il-termini-tangentopoli-lo-inventai-pensando-a-paperino/267676/268063>. Dello stesso, si veda COLAPRICO, *Capire Tangentopoli*, Milano, 1996.

² PADOVANI, *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 2-3, 448 ss.

³ Per l'origine dell'espressione, che si basa curiosamente sulle lettere dell'alfabeto fonetico NATO Mike e Papa, impiegate in questo caso a scopo identificativo nelle comunicazioni in codice con i Carabinieri, si vedano le dichiarazioni di uno dei protagonisti delle indagini dell'epoca: *Di Pietro: «Codice Mike-Papa. Ecco come nacque Mani pulite»*, in *L'Eco di Bergamo*, 31 gennaio 2012, da cui si apprende che fu lo stesso Di Pietro (Papa) a trasformare poi la ricorrente sigla MP - Mike era il nome in codice dell'allora capitano dei Carabinieri Roberto Zuliani - in «Mani Pulite», così da attribuirle un significato pregnante.

⁴ PULITANO, *La giustizia penale alla prova del fuoco* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1, 3 ss.

ramificato, caratterizzato dal coinvolgimento di migliaia di politici, funzionari e imprenditori.

Sul piano politico, gli effetti delle indagini sono così dirompenti da segnare il passaggio dalla Prima alla Seconda Repubblica. Alle elezioni parlamentari del 1994, si registra la perdita di consenso dei partiti tradizionali che fino a quel momento hanno esercitato un ruolo predominante nella politica italiana: la Democrazia cristiana (che nel 1992 è il partito di maggioranza relativa), il Partito socialista italiano, il Partito socialdemocratico italiano, il Partito repubblicano italiano e il Partito liberale italiano scompaiono dal panorama politico.

Il principale personaggio politico di questa stagione della storia italiana è Bettino Craxi, segretario del Partito socialista, già Presidente del Consiglio, figura centrale della scena politica a partire dagli anni Ottanta. Il 3 luglio 1992 il leader del Psi - ancora non direttamente coinvolto nelle indagini - tiene un celebre discorso alla Camera dei Deputati in cui sostanzialmente "chiama in correità" tutti i parlamentari sul finanziamento illegale alla politica. Nessuno dei deputati presenti in aula rivendica la propria estraneità e il proprio disdegno. Alcuni mesi dopo, il 29 aprile 1993, Craxi è costretto a ripetere gli argomenti già trattati nel 1992. Questa volta non tanto per salvare il sistema in generale ma, più che altro, per salvare se stesso. Infatti, il leader del Psi ha già ricevuto un avviso di garanzia e chiede alla Camera di respingere le richieste di autorizzazione a procedere contro di lui della Procura di Milano nell'ambito dell'inchiesta Mani Pulite. Si tratta di un discorso fortemente critico nei confronti della magistratura inquirente in cui si contestano gli ingiustificati eccessi nell'utilizzo dei provvedimenti cautelari da parte dei Pubblici Ministeri e si evidenzia come l'intera classe politica italiana abbia beneficiato di finanziamenti illeciti.

La maggioranza dell'Aula respinge la richiesta dei Pubblici Ministeri per quattro imputazioni su sei formulate a suo carico. Tuttavia, il 30 aprile 1993 Craxi esce dalla porta principale dell'Hotel Raphael a Roma ed entra nella sua auto di servizio sotto una pioggia di monetine. Questa è senz'altro una delle scene simbolo di Mani Pulite.

Il leader del Psi è quindi costretto a dimettersi dal ruolo di Segretario e perde nel 1994 l'immunità parlamentare. Prima di poter essere arrestato, lascia l'Italia per Hammamet in Tunisia, dove muore il 19 gennaio 2000.

Dal punto di vista processuale, la vicenda Enimont costituisce il caso più noto dell'inchiesta Mani Pulite. Il complicato procedimento si può riassumere con

le parole di Raffaele Cantone e Francesco Caringella³:

«Il Gruppo Ferruzzi, uno dei principali gruppi industriali privati italiani - attivo, fra l'altro, nel settore chimico e titolare del marchio storico Montedison dopo la sua fusione con l'altro polo della chimica, quello pubblico, rappresentato dall'Eni -, fallito il tentativo di scalare la società, si era ritirato dalla *joint-venture* e aveva ottenuto una cospicua plusvalenza sulla quale voleva ottenere una defiscalizzazione. Il manager di punta del Gruppo Ferruzzi era in quel momento un imprenditore di successo, Raul Gardini, che aveva sposato la figlia del capostipite, ma si era imposto alle cronache mondane anche e soprattutto per aver lanciato la sfida, con il suo Moro di Venezia, alle imbarcazioni statunitensi nell'America's Cup, il massimo della mondanità internazionale. Gardini, evidentemente ben conoscendo come funzionavano i rapporti tra potere economico e politica, aveva pensato di avvicinare quest'ultima, elargendo a partiti, ministri e leader vari cospicui contributi economici che potessero rendere il Parlamento disponibile ad accondiscendere alla sua richiesta. A tale scopo venne architettata una complessa operazione finanziaria, di cui si occupò in particolare, anche se non solo, Sergio Cusani, che passò tramite la famosa Banca vaticana dello IOR e si concretizzò con la creazione di una disponibilità in titoli di Stato (in gran parte Cct) per un valore di circa 90 miliardi di lire, ma la somma versata complessivamente si aggirò sulla stratosferica cifra di 150 miliardi. Beneficiari di enormi erogazioni furono i segretari e i leader dei partiti politici che allora rappresentavano la maggioranza di governo, ma non furono esclusi nemmeno i partiti di opposizione. Persino la neoformazione della Lega nord, nata per contrapporsi alla politica romanocentrica della Prima Repubblica, fu coinvolta in una vicenda dai risvolti tra il comico e il patetico, relativa a una valigia contenente 200 milioni di lire consegnata al segretario amministrativo».

Il processo si svolge tra il 1993 e il 2000 e coinvolge i più importanti esponenti politici della maggioranza e dell'opposizione della Prima Repubblica accusati insieme ad alcuni imprenditori di aver versato e ricevuto una maxi tangente di circa 150 miliardi di lire. Questo denaro era stato utilizzato per finanziare illegalmente i partiti.

Il dibattito viene seguito in diretta tv da tutta l'Italia. Da un lato, emerge l'incalzante procedere del p.m. Antonio Di Pietro, dall'altro le difficoltà di articolare risposte compiute e convincenti da parte di leader ed ex ministri trasforma alcuni "interrogatori" in un vero e proprio processo alla classe poli-

³ CANTONE, CARINGELLA, *La corruzione spuzza*, Milano, 2017, 151.

tica italiana.

Il caso Enimont è emblematico perché ha consentito di delineare in modo limpido lo schema corruttivo tra imprese e politica che emerge in tutte le vicende processuali di Mani Pulite. Infatti, tutti gli operatori economici hanno chiaro il *modus operandi*: qualunque appalto, commessa o finanziamento richiede una mediazione con la politica a cui segue l'erogazione a favore dei partiti di somme di denaro. Addirittura, in alcuni casi, gli esponenti politici si impegnano a raccogliere le dazioni non solo a favore del proprio gruppo di appartenenza ma anche a favore degli altri partiti spartendo le somme secondo percentuali che rispecchiano il peso elettorale, spesso non distinguendo tra maggioranza e opposizione. È questo il caso, ad esempio, di Luigi Carnevale, consigliere di Metropolitana Milanese per conto del Pds, che riferisce ai magistrati milanesi che ogni somma ricevuta pari al 3 % dell'importo degli appalti assegnati era suddivisa secondo precise percentuali tra Psi, Pci e Dc con somme minori versate anche al Pri e al Psdi⁶. Sono numerosi i processi che giungono a compimento, spesso con riti alternativi. Nella maggior parte dei casi si concludono con affermazioni di responsabilità per fatti di rilevanza penale inquadrabili nelle fattispecie di corruzione, concussione, illecito finanziamento ai partiti politici o di reati strumentali a queste, come le false comunicazioni sociali.

In generale, il risultato delle indagini è strettamente collegato all'enorme debito pubblico accumulato fino a quel momento in Italia e alla crisi economica del 1992. Da un lato, la grave recessione economica favorisce una maggiore reattività dell'opinione pubblica verso le vicende corruttive; dall'altro, si riduce la spesa pubblica per l'acquisto di beni e servizi e di conseguenza risulta limitata la possibilità per i corruttori di trasferire il costo delle tangenti sul bilancio della Pubblica Amministrazione e di ottenere appalti lucrosi in futuro, generando contrasti all'interno del patto corruttivo tra imprese e settore pubblico⁷. A ciò si deve aggiungere il ruolo di primo piano svolto dalla giustizia penale. Si assiste nel corso delle indagini a prassi volte ad ottenere il massimo risultato in termini di efficacia inquisitoria. In particolare, massiccio è il ricorso agli strumenti più invasivi dell'arsenale del diritto processuale, tra i quali la coercizione cautelare, le intercettazioni telefoniche e ambientali, le perquisizioni, i sequestri e le consulenze ad amplissimo spettro.

Il plauso dell'opinione pubblica per il raggiungimento di inediti successi in termini di "controllo" della legalità è però presto bilanciato da una diffusa de-

⁶ CARLUCCI, 1992. *L'anno che cambiò tutto*, Milano, 2015, 125.

⁷ DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Bari-Roma, 2017, 7.

nuncia dell'eccessività dei mezzi impiegati. Infatti, proprio la natura invasiva degli strumenti utilizzati solleva la questione del rispetto delle garanzie individuali: anche questa, a ben vedere, è un'istanza di legalità.

Si assiste effettivamente all'ennesima frizione tra efficacia dell'azione giudiziaria e garanzie individuali, cioè tra "valori" in immanente tensione negli ordinamenti liberali. Come ebbe a dire Domenico Pulitanò nel 1997:

«[...] il garantismo liberale e la funzionalità repressiva sono strutturalmente in equilibrio precario. [...] È difficile e non può mai ritenersi assicurato una volta per tutte l'equilibrio sul crinale che separa la burocratica inefficienza dalla tentazione di forzare le regole in vista di possibili risultati. O forse dobbiamo ammettere che più equilibri sono possibili; che sia le scelte del legislatore che le prassi applicative (là dove sia in gioco l'esercizio di poteri discrezionali) debbono potersi legittimamente muovere entro una fascia di possibilità – ferma ovviamente l'esigenza di rispetto intransigente dei diritti inviolabili – privilegiando ora il polo dell'efficienza inquisitoria, ora l'attenzione agli interessi coinvolti dall'inquisizione processuale»⁸.

Nella stagione di Mani Pulite, il concetto di collaborazione premiale non trova corrispondenza in istituti giuridici *ad hoc*, cioè concepiti apposta per vicende corruttive, e appare quanto mai legato intimamente allo spettro della privazione della libertà personale. Secondo una narrazione ancora oggi assai diffusa, le confessioni e le dichiarazioni eteroaccusatorie dell'epoca vengono "sollecitate" attraverso un ricorso strumentale alla custodia cautelare in carcere. Qualcuno però si suicida, come Gabriele Cagliari, presidente dell'Eni, il quale si toglie la vita soffocandosi con una busta di plastica a San Vittore il 20 luglio 1993⁹. Molti, da un certo momento in avanti, si recano "spontaneamente" presso gli uffici giudiziari in modo da evitare di ritrovarsi improvvisamente detenuti nelle strutture penitenziarie in custodia cautelare: una forma di prevenzione della carcerazione preventiva.

In buona parte dei casi, le posizioni individuali vengono formalmente definite ricorrendo al patteggiamento oppure al giudizio abbreviato: queste, dunque,

⁸ PULITANÒ, *La giustizia penale*, cit., 20 ss.

⁹ Per una testimonianza recente e da una prospettiva in un certo senso privilegiata della vicenda di Gabriele Cagliari, il quale prima di morire lascia una nota lettera con durissime accuse nei confronti dei magistrati del pool di Milano, si veda il libro del figlio Stefano: CAGLIARI, *Storia di mio padre*, Milano, 2018. Anche Raul Gardini (almeno secondo la ricostruzione "ufficiale") si toglie la vita tre giorni dopo, presso la propria abitazione di Milano, una volta intensificatosi nei suoi confronti l'"interesse" degli inquirenti. In argomento, di recente, l'articolo (a firma di Roberta Caiano) *Mani pulite, la stagione dei suicidi*, in *Il Riformista*, 19 novembre 2019, in cui si sostiene che «furono 41 le persone che si tolsero la vita a causa di queste indagini. La maggior parte lo fece al di fuori del carcere o ancora prima di essere ufficialmente indagati».

le strade percorse al fine di ottenere un contenimento della pena; a completamento di un quadro che, come appena detto, è condizionato da una sorta di criptopremialità già con riferimento alle misure cautelari.

Una vicenda giudiziaria altrettanto di ampia portata e con talune significative assonanze rispetto a quella finora tratteggiata si è verificata due decenni dopo in Brasile e prende il nome di «Operação Lava Jato». Ci si accinge a descriverla e a dare conto della dimensione della collaborazione premiale in tale contesto, evidenziando analogie e differenze rispetto all'esperienza italiana.

2. *L'indagine «Lava Jato».* All'inizio di giugno 2005, in un'intervista con una rivista nazionale¹⁰, l'allora deputato federale Roberto Jefferson (PTB) denuncia l'esistenza di un sistema di acquisto di voti per i parlamentari che, al tempo, costituiscono la base alleata del governo del presidente Luis Inacio Lula da Silva (PT). Il riferimento al pagamento di indennità ai deputati per un importo di R \$ 30.000,00 (trentamila reais) ispira nella lingua popolare il neologismo *Mensalão*, che allude a questo scandalo della corruzione politica. Secondo l'accusa, il nucleo politico del partito, formato dai leader del Partito dei Lavoratori (PT), indica al nucleo economico, controllato da Marcos Valério, le necessità di contributi finanziari. L'imprenditore, socio dirigente di agenzie pubblicitarie che ha diversi contratti con agenzie pubbliche, ottiene ingenti prestiti dalla Banca rurale e da BMG con il consenso dei rispettivi amministratori che fanno parte del nucleo finanziario. Si tratta di prestiti fraudolenti che non verranno mai pagati. All'epoca non vengono accertate le fonti esatte di tali risorse. Gli importi, tuttavia, sono destinati al pagamento di parlamentari, leader di partito e pubblicitari responsabili della conduzione di campagne elettorali per vari politici.

A seguito di questo processo, sono apportate importanti modifiche legislative nel quadro della lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata. Nel 2012 vengono modificate le disposizioni della legge sul riciclaggio di denaro (legge n. 9.613/98). Nel 2013 grazie anche all'energia irradiata dalle manifestazioni popolari, si registrano due importanti cambiamenti legislativi. Il primo, cristallizzato dalla legge n. 12.846/13, ha posto una pietra miliare per il confronto con il fenomeno corruttivo stabilendo la responsabilità civile e amministrativa oggettiva delle persone giuridiche per atti illeciti commessi contro la Pubblica Amministrazione. Inoltre, nella lotta contro la criminalità organizzata, la legge n. 12.850/13 ha portato significativi progressi nella regolamentazione dei

¹⁰ L'intervista è stata rilasciata al quotidiano Folha de São Paulo e pubblicata il 6 giugno 2005. Disponibile su: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u69403.shtml>.

meccanismi di indagine. La formula ora adottata si ispira ai documenti internazionali in materia e rappresenta un passo cruciale verso la delimitazione della portata dei mezzi per ottenere le prove. Sotto questo aspetto, oltre ai mezzi già regolamentati (intercettazione delle comunicazioni telefoniche, telematica e violazione del segreto bancario) il legislatore ha ulteriormente dettagliato le procedure di *colaboração premiada*, *infiltração de agentes policiais* e *ação controlada*.

Nonostante le iniziative legislative, uno dei punti chiave del fenomeno della corruzione aperto dal *Mensalão* non è stato affrontato: la riforma del sistema politico e la ristrutturazione del modello di campagna elettorale e il suo finanziamento. Gli eventi successivi confermano questa percezione.

Nel marzo 2014 diverse azioni di polizia danno origine a quella che viene comunemente chiamata «*Operação Lava Jato*»¹¹. L'uso di una rete di stazioni di servizio per riciclare risorse illecite ha ispirato il nome dell'operazione. Le prime indagini rivelano che Alberto Youssef, un emittente di denaro, è in affari illeciti con Paulo Roberto Costa, ex direttore di Petrobras. Arrestato, Costa firma mesi dopo un pluripremiato accordo di collaborazione. I rapporti tra i due e le loro informazioni aprono un'enorme indagine su numerose diversioni di risorse delle compagnie petrolifere negli ultimi dieci anni. L'operazione, già considerata emblematica, assume proporzioni gigantesche.

Le procedure investigative, le accuse e le sentenze emesse identificano uno scenario complesso e strutturato di appropriazione indebita di risorse pubbliche attraverso vari contratti stipulati tra Petrobras e le società di servizi, in particolare grandi appaltatori. Come rilevato, gli appaltatori agiscono nell'ambito di un sistema di cartello all'interno degli appalti pubblici. Tangenti e vincitori sono decisi in incontri segreti con la conoscenza dei dirigenti petroliferi. Ciò consente il pagamento di commissioni in quantità variabile dall'1 % al 20 %. La nomina a cariche dirigenziali all'interno dell'azienda soddisfa criteri politici, garantendo così la continuità del piano criminale e mantenendo la congiunzione delle forze politiche a supporto del governo. I valori estremamente elevati dei contratti arricchiscono un'oligarchia aziendale che, in cambio, fa donazioni - contabilizzate o meno - alle campagne elettorali. A tal fine, gli operatori finanziari, nominati dalle direzioni dei partiti politici, assicurano la consegna di tangenti attraverso complesse operazioni di riciclaggio. Dalle ac-

¹¹ In realtà, le più antiche origini della *Operação Lava Jato* risalgono al 2009, quando sono iniziate le indagini a carico dell'allora deputato José Janene. Durante le operazioni si è scoperto che al di là di numerosi parlamentari era coinvolto anche Alberto Youssef che, a sua volta, era stato indagato in precedenza dal Pubblico Ministero federale nel caso che è diventato noto come il *caso Banestado*.

cuse presentate, in base ai calcoli realizzati, si ipotizza il pagamento di 6,4 miliardi di dollari in tangenti¹².

L'operazione avviata dinanzi al Tribunale federale di Curitiba ha ampliato i suoi orizzonti man mano che venivano rivelati nuovi fatti e identificati nuovi funzionari. Ci sono anche sviluppi di fronte al Tribunale Federale di Rio de Janeiro, ma questi non riguardano la diversione delle risorse da Petrobras. In effetti, tali processi si basano sulle accuse sollevate durante le indagini dell'operazione Lava Jato a proposito di irregolarità nei contratti di costruzione della centrale nucleare di Angra 3. Con l'approfondimento delle indagini, si è rilevata l'esistenza di un'organizzazione criminale sotto il comando dell'ex governatore di quello stato. Infine, a San Paolo è stata istituita una *task force* per accertare i fatti rivelati negli accordi pluripremiati di collaborazione, firmati dai dirigenti di Odebrecht e approvati dallo STF. La maggior parte dei fatti riguarda il pagamento di vantaggi non contabilizzati in diverse campagne elettorali.

Esiste chiaramente una disputa sulle narrazioni politiche che bramano la consacrazione storica. In questo ambito, le analisi diventano manichee poiché sono contaminate dal dibattito politico, compromettendo ovviamente le conclusioni.

3. *L'evoluzione normativa del diritto premiale in Brasile.* Il diritto premiale brasiliano è stato fortemente influenzato dagli eventi registrati in Italia durante l'Operazione Mani Pulite. Infatti, analizzando i documenti disponibili al Congresso Nazionale, vi è espressa menzione dell'influenza italiana nelle previsioni della collaborazione premiata in Brasile dal 1990¹³.

Le prime norme relative al premio¹⁴ inserite nell'ordinamento giuridico brasiliano all'inizio degli anni '90 miravano a promuovere un efficace lotta a reati

¹² A valori correnti, circa due miliardi di dollari.

¹³ Si veda sul punto il *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação no Projeto de Lei 4.353/1993*. «La legislazione di paesi stranieri, infatti, è stata molto efficace nel consentire ai membri della banda, pentiti, di confessare la propria responsabilità e quella di altri. Un esempio tipico e attuale è quello che sta accadendo in Italia con la cosiddetta Operazione Mani Pulite, che è iniziata con la confessione degli indagati e oggi, in un flusso, ha liberato lo Stato dalla corruzione e dal degrado». BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação no Projeto de Lei 4.353/1993*. Rel. Dep. José Burnett. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, 18 out. 1994, Brasília, p. 12.802/12.804.

¹⁴ L'uso del termine *premiato* è stato evitato da alcuni studiosi in quanto tale espressione non è in grado di tradurre l'intera estensione dell'istituto a cui si riferisce. Si veda ARAS, *Técnicas especiais de investigação*, in *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*, a cura di Veríssimo, Porto Alegre, 2011, 426. Questa tendenza si è riflessa anche nella scelta legislativa espressa dall'articolo 4 della legge n. 12.850/11 che si riferisce alla pluripremiata collaborazione.

considerati di elevata gravità. Da questo punto di vista, la legge sui crimini efferati (legge n. 8.072/90) prevede, sin dal suo concepimento, una riduzione della pena da un terzo a due terzi (art. 8, unico comma) per il partecipante o associato che denuncia all'autorità la banda, permettendo il suo smantellamento.

Come è noto, il premio non presenta alcuna caratteristica della giustizia consensuale perché la legge sui crimini efferati è stata concepita secondo la logica *paleorepressiva* del modello politico-criminale brasiliano¹⁵. Pertanto, l'assegnazione del premio si concretizza in una semplice riduzione della pena mediante una norma essenzialmente penale. L'incidenza della disposizione è obiettiva e chiara. Il premio dipende unilateralmente dalla collaborazione spontanea dell'imputato e dai risultati materiali raggiunti. Il vantaggio derivante dalla collaborazione è un diritto soggettivo dell'imputato. Una volta soddisfatti i requisiti legali, viene concesso il premio, indipendentemente dall'acquiescenza dell'organo ministeriale¹⁶.

La collaborazione premiata della legge sui crimini efferati non rappresenta in alcun modo un'eccezione al principio dell'accusa obbligatoria o un'ipotesi di disponibilità dell'azione penale. Questo perché il sistema legale brasiliano, di tradizione romano-germanica, affonda le sue radici nel modello inquisitorio del processo criminale, che tende a onorare questi principi.

Tale logica sembra essere stata superata nella legge n. 12.850/13, l'ultima e più completa disciplina della *colaboração premiada* in Brasile. La legge n. 12.850/13 conferisce alla premialità le caratteristiche di un tipico strumento di giustizia penale consensuale. Pertanto, la negoziazione tra accusa e difesa de-

¹⁵ Termine coniato da GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, São Paulo, 2005, 5^a ed., 47.

¹⁶ PEZZOTTI, *Colaboração Premiada: uma perspectiva de direito comparado*, São Paulo, 2020. Questo era ciò che la Corte Suprema Federale sembrava sostenere anche nella valutazione delle condizioni di incidenza della causa della riduzione della pena prevista dall'art. 14 della legge n. 9.807/99 che ha conservato la stessa essenza del pluripremiato rapporto istituito dalla legge n. 8.072/90. Ad esempio, è significativo il passaggio: «[...] la legge ammette il premio assegnato (art. 14 della legge 9.807 / 1999) come causa di riduzione della pena e come modo per rendere efficaci i procedimenti penali, al contrario, [...] negando all'esecutore l'esame del grado di pertinenza della sua cooperazione o persino creando altri imbarazzi ingiustificati al fine di non irrogare la sanzione anticipata della causa di riduzione della pena, il giudice statale stesso assume prima di lui una condotta sleale» (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* HC 99.736, Rel.: Min. AYRES BRITTO, julgamento em 27/4/2010, Primeira Turma, DJe de 21/5/2010). Tuttavia, la Corte Suprema Federale non assume la stessa prospettiva quando analizza la natura giuridica della collaborazione premiata come stabilita dalla legge n. 12.850/13. Sotto l'egida di questa legge, la Corte concepisce la collaborazione premiata come un'attività *giuridica procedurale*, inserendola nell'ambito del processo penale consensuale (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016).

ve culminare in un accordo che dovrà essere approvato dal giudice¹⁷.

In un'analisi comparata, si registra un'influenza anglo-americana sul nuovo regime giuridico della premialità disciplinato dall'art. 4, § 4, della legge n. 12.850/13, che prevede la possibilità del Pubblico Ministero di rinunciare all'azione penale. In questo caso, il legislatore brasiliano utilizza un istituto presente nella legge anglosassone sino dal *sistema dei testimoni della corona* (*Crown witness system*) che risale alla prima metà del XVI secolo¹⁸.

Il nuovo regime giuridico della *colaboração premiada* in Brasile è caratterizzato da una premessa teorica: le parti possono risolvere le controversie penali attraverso il consenso, offrendo all'organo di accusa un ampio potere discrezionale sulla necessità o meno di avviare procedimenti penali contro il collaboratore di giustizia.

È proprio con riferimento a questi due aspetti - il consenso e il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità per il Pubblico Ministero - che il regime giuridico previsto dalla legge n. 12.850/13 è completamente diverso da quello della norma precedente che, si ripete, era di ispirazione italiana.

Da questa constatazione, si deve analizzare sia sul piano dei principi sia sul piano normativo come si è sviluppata la relazione di causa ed effetto che è culminata nella configurazione della *colaboração premiada* come negozio giuridico procedurale in Brasile¹⁹.

3.1 La premialità in Brasile negli anni Novanta. Prima della consacrazione delle normative vigenti, si sono susseguite differenti discipline dell'istituto della *colaboração premiada* in Brasile. Così come la legge sui crimini efferati n. 8.072/90, i tre successivi atti giuridici che si occupavano dell'assegnazione del premio erano limitati all'istituzione di una causa di riduzione della pena a favore del collaboratore di giustizia. In particolare, ci si riferisce a *The Crimes Against Tax Order Act* (legge n. 8.137/90), alla prima legge che si occupa del crimine organizzato in Brasile (legge n. 9.034/90) e alla legge sul crimine contro il sistema finanziario operato dalla legge (n. 9.080/95). Successivamente, è intervenuta la legge n. 9.269/96 che consente una riduzione della pena specifica per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione nel caso in cui la collaborazione degli accusati faciliti il rilascio della vittima. Si noti che nessuna

¹⁷ La stesura dell'accordo e la sua approvazione sono formalità indispensabili che tutelano i diritti del collaboratore. Se non osservato, ci sarà l'assoluta nullità delle prove risultanti dall'accordo.

¹⁸ PEZZOTTI, *Colaboração Premiada*, cit.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* HC 127.483/PR. Tribunal Pleno. Rel: Min. DIAS TOFFI. julgado em 27/08/2015; DJe: 03/02/2016.

di queste disposizioni ha accolto con favore la possibilità del perdono giudiziario nei casi di collaborazione premiata, mantenendosi fedele al modello inaugurato dalla legge sui crimini efferati (legge n. 8.072/90).

Un importante passo evolutivo si è registrato nel contenuto della legge n. 9.807/99, cioè la legge sulla protezione delle vittime e dei testimoni. Gli articoli 13 e 14 di questa normativa sottolineano che alla persona imputata che ha effettivamente collaborato il giudice può o ridurre la pena da 1/3 a 2/3 o applicare il perdono giudiziario con l'estinzione della pena. L'efficacia della collaborazione è misurata attraverso l'analisi obiettiva dei risultati ottenuti grazie alla stessa collaborazione fornita. La riduzione della pena o il perdono giudiziale sono applicabili se, in alternativa, si identificano coautori o partecipanti ai crimini, l'ubicazione della vittima del crimine e il recupero totale o parziale dei proventi del crimine. Soprattutto per il perdono giudiziario, il premio deve essere compatibile con la personalità del beneficiario, le circostanze, la gravità e le ripercussioni sociali del reato. Infine, se il risultato che giustifica il riconoscimento del premio riguarda l'ubicazione della vittima non è sufficiente che sia stata preservata la sua vita, ma che sia stata tutelata la sua integrità fisica intesa in senso ampio. In ogni caso, dalla legge n. 9.807/99 non emerge alcun elemento di giustizia negoziata o soluzione del processo mediante il consenso delle parti, sebbene tale normativa abbia conferito un trattamento più dettagliato al premio, regolando chiaramente le circostanze che potrebbero caratterizzare l'efficacia della collaborazione e inserendo la possibilità di applicare il perdono giudiziario. L'unico margine di discrezionalità riscontrato nella regolamentazione legale è gestito dal giudice. Il perdono giudiziario può essere richiesto al magistrato, che è autorizzato dal legislatore a concederlo o negarlo sulla base di circostanze soggettive, come la personalità del beneficiario²⁰.

Ovviamente, la legge sui premi viene proiettata esclusivamente nella sfera del diritto sostanziale e non è il risultato di una costruzione differente inaugurata dalla figura della *delação premiada*. Ad esempio, potrebbero essere conseguiti notevoli benefici attraverso l'*arrepentimento eficaz* e l'*arrepentimento posterior* che, al fine di rafforzare la protezione del patrimonio, offrono una riduzione della pena per coloro che, rispettivamente, impediscono il verificarsi di un danno o riparano il danno causato (articoli 15 e 16 del codice penale)²¹.

²⁰ ZILLI, *A Colaboração Premiada nos Trópicos. Autonomia das Partes e o Imperativo do Controle Judicial. Leituras Sobre a Lei 12.850/13 à luz da eficiência e do garantismo*, in *48 Visões sobre a Corrupção*, a cura di CUNHA FILHO (et. al), São Paulo, 2016, 867.

²¹ ZILLI, *A Colaboração Premiada*, cit., 862.

L'esistenza di questi istituti è giustificata dall'intenzione di promuovere una protezione maggiore del bene giuridico, oltre a quella che viene già accordata dalla norma penale incriminatrice. A tal fine, la riduzione della pena è un elemento di persuasione astratta diretta al trasgressore della norma penale in modo che quest'ultimo sia incoraggiato a evitare la realizzazione del danno al bene giuridico o almeno a ripararlo. Non ci sono ripercussioni procedurali. Al contrario, la *confissão* e la *delação premiada*, come inizialmente dichiarato nella legge n. 8.072/90 e nelle altre norme precedenti alla legge n. 12.850/13, non si prestano alla protezione del bene giuridico, ma possono facilitare la ricerca e la conservazione di prove fornendo elementi che, insieme ad altri, possono giustificare una condanna. Il punto centrale di interesse, tuttavia, è che nessuno degli istituti citati, sebbene nell'ambito del diritto premiale, trova proiezione sul processo per consentire soluzioni consensuali – come, ad esempio, con la decisione del Pubblico Ministero di non esercitare l'azione penale in cambio della collaborazione dell'imputato – con ripercussioni al massimo probabili²².

3.2 *La legge n. 9.099/95*. La stretta aderenza del sistema legale brasiliano ai principi di obbligatorietà e indisponibilità dell'azione penale ha cominciato ad allentarsi con la legge n. 9.099/95, che ha introdotto nel processo penale brasiliano l'ipotesi di *discrecionalidade regrada* (o *controlada*) dell'azione criminale. Sebbene il suddetto atto legislativo abbia mantenuto in sostanza i principi di cui sopra, le eccezioni che ne derivano determinano nel processo penale brasiliano una leggera flessione verso il modello del contraddittorio²³. La possibilità di una transazione tra accusa e difesa, con l'eventuale disponibilità dell'azione penale, si collega a una concezione del procedimento penale come una disputa tra due parti davanti a un giudice più passivo. È intuitivo che nel *modello conflict-solving*, tipico del sistema del contraddittorio, è lecita la composizione tra le parti sui fatti, sulla capitolazione legale e sulle conseguenze criminali²⁴. Tuttavia, l'influenza anglosassone sulle disposizioni della legge

²² PEZZOTTI, *Colaboração Premiada*, cit.

²³ Nello stesso senso si veda LANGER, *From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure*, in *Harvard International Law Journal*, 2004, 45, 1, 38: «l'introduzione di meccanismi di negoziazione consensuale è stata un modo per rendere più flessibile il rigido sistema inquisitorio».

²⁴ LANGER, *From legal transplants to legal translation*, cit., 36. Nello stesso senso si veda anche DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven, 1986, 109 ss: «The parties decide upon the commencement of the lawsuit is necessarily implied by the objective of conflict resolution: until a party complains, there is no indication of a conflict ripe for resolution. At least this much has been generally conceded from the earliest theoretical reflections on

n. 9.099/95 non è stata così ampia. Gli strumenti di disponibilità regolamentati ivi previsti sono soggetti a rigidi limiti legali. In questo senso, secondo Marcos Alexandre Coelho Zilli²⁵, per l'introduzione degli istituti di *composição civil dos danos*, della *transação penal* e della *suspensão condicional do processo*, l'esperienza americana è servita da modello, ma la legge n. 9.099/95 non ha adottato una posizione semplicistica di mera trasposizione degli istituti. In altre parole, si può dire che l'influenza anglosassone su di essa non è avvenuta attraverso il procedimento del *trapianto*²⁶ perché ciò avrebbe incontrato ostacoli di principio.

Questa prima grande influenza anglosassone sul processo penale brasiliano ha attraversato due procedimenti di importazione e il sistema giuridico italiano ha assunto il ruolo di intermediario.

Nella motivazione del progetto²⁷ che ha portato alla legge n. 9099/95 si dice espressamente che sono state scartate tutte le soluzioni adottate dai sistemi caratterizzati dal principio di opportunità dell'azione, come la *plea bargaining* negli Stati Uniti. Ancora, lo stesso testo legislativo afferma che il progetto ha adottato il sistema italiano, che è fedele ai criteri di obbligatorietà e indisponibilità dell'azione penale, ma presenta eccezionali ipotesi di discrezionalità governata. Ammettendo che il progetto è stato influenzato dalla legge italiana, si chiarisce quindi che la legge n. 9.099/95 riflette alcuni valori del *processo adversarial*, in particolare quelli che rientrano nel quadro del modello di controversia. Questo perché il sistema italiano è stato influenzato dalla *plea bargaining* attraverso il procedimento di *traduzione*, dando luogo a istituti come

forms of justice devoted to the resolution of disputes. Similarly, it would seem that party control over termination of the lawsuit is implied by the procedural objective: if, having been apprised of a civil or a criminal charge, the adverse party decides to concede it in full, a process designed to settle disputes loses its reason for being and the court must accept the declaration of no contest. [...] party control over the determination of constitutive facts cannot be challenged in a conflict-solving mode of proceeding».

²⁵ ZILLI, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, São Paulo, 2003, 24, nota de rodapé n. 2.

²⁶ Studiando la tendenza moderna della globalizzazione legale, Alan Watson ha concepito il termine *trapianto* legalmente. Esso indica il recepimento di una metafora dalla medicina e dalla botanica per designare il movimento di circolazione degli istituti legali tra organi giuridici distinti (cfr. LANGER, *From legal transplants to legal translation*, cit., 1). Come in medicina e botanica, il *trapianto* legale presuppone l'esistenza di un ente (sistema giuridico) o ambiente (pratica legale) originale e di un ente giuridico ricevente. Inoltre, le norme trapiantate possono essere respinte dall'organismo ricevente o potrebbero essere incompatibili con esso, come nel campo della medicina e della biologia. Questi sono alcuni dei motivi per cui Max Langer ritiene che la metafora di Watson abbia avuto successo tra gli studiosi di diritto comparato.

²⁷ Sottoscritto da Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Carlos Viana Santos, Manuel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves. Testo disponibile in GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, *Juizados especiais criminais*, cit., 415 ss.

il *patteggiamento*, il *giudizio abbreviato* e il *procedimento per decreto*²⁸.

Nel momento in cui la nozione di transazione tra le parti del procedimento penale tipica della *plea bargaining* viene importata dagli Stati Uniti all'Italia il legislatore italiano ha dovuto effettuare delle modifiche all'istituto al fine di renderlo compatibile con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale dando origine a nuovi strumenti procedurali. Pertanto, le distinte radici giuridiche del sistema genitore e del sistema ricevente hanno imposto che l'influenza venisse esercitata attraverso il procedimento di traduzione, mentre il semplice trapianto si è rivelato impraticabile. È stata importata un'idea - la transazione tra le parti nel procedimento penale - ma vi è stata una ricostruzione di principio poiché nell'ordinamento di origine prevale il principio di opportunità dell'azione penale, mentre in Italia vige l'art. 112 della Costituzione italiana che impone l'obbligatorietà dell'azione penale.

Successivamente, il sistema giudiziario brasiliano ha assorbito tali strutture italiane, già *tradotte* in una realtà normativa compatibile con la tradizione *romano-germanica* attraverso un procedimento che ricorda più da vicino l'idea del *trapianto*, senza notevoli cambiamenti strutturali.

Da questi due movimenti successivi sono emersi gli istituti della legge n. 9.099/95.

La *transação penal* e la *suspensão condicional do processo*, sebbene già note nel modello del contraddittorio, sono ancora molto lontane dalla consacrazione della *logica del modello di controversia* e, ugualmente, distanti *dall'istituto del patteggiamento* nordamericano²⁹. Gli studiosi della comparazione tra procedimenti penali, tuttavia, hanno già sottolineato che gli istituti criminali consensuali del modello del *contraddittorio* potrebbero costituire un cavallo di Troia nei sistemi inquisitori che li traducono. Gli strumenti procedurali importati sotto l'influenza della *plea bargaining*, per esempio, potrebbero inserirsi nel sistema accusatorio, determinando la necessità di ripensare i ruoli degli attori nel processo³⁰. Sulla base di questa logica, si può affermare che

²⁸ LANGER, *From legal transplants to legal translation*, cit., 38.

²⁹ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, *Juizados especiais criminais*, cit., 68.

³⁰ LANGER, *From legal transplants to legal translation*, cit., 38: «one could think about *plea bargaining* as a Trojan horse that can potentially bring, concealed within it, the logic of the adversarial system to the inquisitorial one. [...] inquisitorial systems that translate *plea bargaining* would gradually become *Americanized* by adopting an adversarial conception of criminal procedure». Sulle influenze che una particolare tradizione giuridica può avere in un sistema procedurale, Patrick Glenn insegna che un istituto, assorbito da alcune informazioni normative di una determinata tradizione legale, si comporta insidiosamente, resistendo agli sforzi di esclusione o controllo. Si veda, in particolare, GLENN, *Legal Families and Legal Traditions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di Reimann, Zimmermann, New York, 2006, 432.

l'effettiva introduzione di metodi consensuali per la risoluzione delle controversie penali nella legge brasiliana ha aperto la strada a una nuova concezione del procedimento penale e del ruolo degli attori del processo³¹.

3.3 *La legge n. 12.850/13*. Gli istituti esaminati nel paragrafo precedente costituiscono il fondamento delle novità che sono state introdotte dalla legge n. 12.850/13 diciotto anni dopo³². Si tratta di un regolamento di collaborazione pluripremiata che sembra presupporre l'accettazione del *modello procedurale di controversia*, con caratteristiche che sono più in linea con la tradizione del processo americano che con le radici procedurali brasiliane. Contrariamente al sistema giuridico italiano, che contiene una clausola costituzionale per contenere l'espansione degli spazi di consenso nei procedimenti penali (articolo 112 della *Costituzione della Repubblica Italiana*), il sistema legale brasiliano è stato un terreno molto fertile per lo sviluppo del seme della *richiesta di contrattazione*, nascosto negli istituti italiani che hanno ispirato la legge n. 9.099/95. È opportuno sottolineare che gli autori del progetto di legge del 1995, che chiaramente non persegue il fine di aprire le strade verso *la plea bargaining*, avevano elaborato barriere simili all'art. 112 della Costituzione italiana, tuttavia gli sforzi dottrinali di contenimento non si sono rivelati così stabili come i limiti costituzionali.

Va notato che l'importazione di istituti disciplinati in normative straniere può portare a cambiamenti strutturali imprevisti nel sistema legale di importazione.

³¹ Si veda GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, *Juizados especiais criminais*, cit., 50 ss: «La legge 9.099/95 costituisce una vera rivoluzione nel sistema del diritto processuale penale brasiliano. L'apertura alla risoluzione delle controversie penali con il metodo consensuale e all'adozione della procedura orale [...] è una vera rivoluzione (legale e di mentalità), perché la rigidità del classico principio dell'azione criminale obbligatoria è stata interrotta. Un certo spazio per il consenso è stato aperto in campo penale».

³² Prima dell'entrata in vigore della legge n. 12.850/13, la legge n. 10.409/2002 prevedeva un modello negoziato della collaborazione premiata, a differenza di tutte le previsioni che l'hanno preceduta (ad esempio la legge n. 8.137 / 90, art. 16, comma unico; la legge n. 8.072/90, articolo 8, comma unico; l'articolo 159, paragrafo 4 del codice penale; la legge n. 9.807/99, articolo 13). Tuttavia, ben presto ci si rende conto che le disposizioni della legge n. 10.409/2002 sono poco dettagliate. Inoltre, la legge n. 10.409/2002 è rimasta in vigore poco più di quattro anni, fino a quando è stata abrogata dalla legge n. 11.343/2006 che, trattando il premio assegnato all'articolo 41, ha istituito una semplice causa di riduzione della pena in modo superficiale. Nello stesso senso si veda SILVA, *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*, São Paulo, 2014, 55: «Nella legge brasiliana, il primo tentativo di disciplinare la collaborazione procedurale nella sua dimensione reale - non semplicemente come un istituto di diritto penale che porta al perdono giudiziario o alla riduzione della pena - [...] si è verificato con l'emaneazione della legge n. 10.409, dell'11 gennaio 2002 [...]. Questa legge, tuttavia, è stata espressamente abrogata dall'attuale Drug Law (11.343 / 06) e, in ogni caso, la semplicità di questi istituti era incompatibile con l'entità del pluripremiato istituto di collaborazione».

ne³³. Certamente, non si poteva prevedere che l'apertura di spazi di consenso strettamente regolamentati avrebbe avuto un impatto sulla *colaboração premiada*. Le ripercussioni imprevedibili di fronte a cambiamenti di principio quasi rivoluzionari sono naturali. Una volta introdotta nell'ordinamento destinatario, la tradizione giuridica importata acquisisce forza autonoma e si sviluppa attraverso processi di rifiuto o consolidamento condotti in epoca successiva. I limiti imposti all'importazione diventano inefficaci. In questa linea di ragionamento, non è neppure concettualmente possibile promuovere l'importazione di una particolare tradizione giuridica limitando la sua influenza sul diritto nazionale solo a determinati punti. Incorporati nella tradizione, gli sforzi per l'esclusione o la moderazione possono essere futili e il loro sviluppo pratico e teorico va alla deriva³⁴.

Contrariamente alle prime previsioni legislative brasiliane, la legge n. 12.850/13 conferisce alla *colaboração premiada* le caratteristiche di un tipico strumento di giustizia penale consensuale. Nel nuovo regime il consenso tra le parti diviene un elemento essenziale. Si noti che la formulazione dall'articolo 4 comma 4 della legge n. 12.850/13 prevede che la collaborazione dell'imputato o dell'indagato, unitamente all'accordo ministeriale sulla concessione del perdono giudiziario, può rendere il conflitto tra accusa e difesa non più esistente³⁵. In tal caso, l'assenza di conflitto comporterà il mancato esercizio dell'azione da parte del *dominus litis* - se i negoziati sono stati conclusi nel corso dell'indagine - in evidente eccezione al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. È prevista anche la disponibilità dell'azione penale nel caso in cui i negoziati si siano conclusi dopo la fine delle indagini³⁶. Importanti conseguenze derivano dal fatto che la concessione del perdono giudiziar-

³³ GRAZIADEI, *Comparative Law as The Study of Transplants and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di Reimann, Zimmermann, New York, 2006, 442: «*The comparative study of transplants and receptions investigates contacts of legal cultures and explores the complex patterns of change triggered by them*». Nello stesso modo si esprime LANGER, *From legal transplants to legal translation*, cit., 32: «*The transference of legal rules, ideas and practices, may produce a deep transformation not only in the transferred practice itself but also in the receiving legal system as a whole*».

³⁴ GLENN, *Legal Families*, cit., 432: «*Traditions, by their nature rub against one another, and overlap. They are more, or less, influential, in different places and with different peoples. In that respect, they are insidious since they will persist in spite of all efforts of exclusion and control*».

³⁵ Ciò potrebbe riaccendere nella nostra legge la discussione sull'eventuale disputa nei procedimenti penali.

³⁶ Per questo motivo, il perdono giudiziario derivante dalla collaborazione premiata, ai sensi della legge n. 12.850/13, ha una natura giuridica che non si limita alla sola causa di estinzione della pena. Dopo che la sentenza sarà resa, ci sarà ancora la collaborazione premiata, ma non sarà possibile concedere il perdono giudiziario.

rio mediante accordo tra le parti è un'ipotesi di disponibilità regolamentata dell'azione penale. In primo luogo, deve essere chiaro che solo il *dominus litis* può *negoziare* l'azione penale. Se il giudice non può partecipare ai negoziati (secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 6, legge n. 12.850/13), naturalmente, non può applicarsi *ex officio* il perdono giudiziario senza una proposta del Pubblico ministero in tal senso, pena la violazione del principio di *autonomia della volontà dell'accusatore*³⁷.

Dalla natura negoziale insita nei benefici concessi dalla collaborazione degli indagati o degli imputati deriva anche che non esiste alcun diritto soggettivo del collaboratore a richiedere un determinato *premio*. Se l'imputato non è soddisfatto della proposta del Pubblico Ministero, spetta al primo semplicemente respingerla o avanzare una controfferta. L'imputato ha come strumenti di negoziazione le sue conoscenze sull'organizzazione criminale e le sue attività, mentre il Pubblico Ministero ha la possibilità di offrire benefici legali al collaboratore. A titolo di esempio, supponiamo che l'organo giudiziario offra inizialmente una semplice riduzione della pena in cambio della rivelazione da parte dell'indagato dell'ubicazione dei beni criminali. Ora, il collaboratore può avanzare una controproposta richiedendo il perdono giudiziario in cambio della consegna dei leader dell'organizzazione. È evidente che c'è più spazio per la contrattazione tra le parti nel regime della legge n. 12.850/13 rispetto alle ipotesi di disponibilità regolamentata dell'azione penale previste dalla legge n. 9.099/95. Nella legge del 2013 vi sono segni più marcati del modello consensuale di risoluzione delle controversie penali. Inoltre, vi è un trasferimento di discrezionalità giudiziaria preservato dalla legge n. 9.807/99 per il *dominus litis*, che ora deve decidere quale beneficio applicare.

Queste conclusioni evidenziano la natura giuridica *sui generis* del perdono giudiziario concesso a seguito della *colaboração premiada*. A differenza di altre cause di perdono giudiziario previste dal sistema legale brasiliano³⁸, il perdono motivato dalla collaborazione³⁹ è non solo una causa di estinzione della pena ma anche *uno strumento di negoziazione* messo a disposizione del Pubblico Ministero. Ciò implica, quindi, una certa flessibilità del principio di azione penale obbligatoria⁴⁰ e materializza l'ipotesi di *disponibilità regolata*

³⁷ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, *Juizados especiais criminais*, cit., 154. I querelanti invocano il suddetto principio per giustificare il fatto che il giudice non sarà in grado di offrire una proposta di sospensione condizionale dei procedimenti qualora il Pubblico Ministero non riesca a farlo.

³⁸ Come, ad esempio, quello contenuto nell'art. 121, §5, del codice penale

³⁹ Concetto di *perdono giudiziario* definito da MIRABETE, *Manual de Direito Penal. Parte General*, São Paulo, 2011, 27^a ed, 383.

⁴⁰ SILVA, *Organizações Criminosas*, cit., 64.

dell'azione penale. Mentre le disposizioni che prevedono altre ipotesi di perdono giudiziario sono dirette al giudice, il perdono giudiziario della collaborazione premiata è regolato dall'organo ministeriale. Pertanto, nel caso in cui il Pubblico Ministero decida di non esercitare l'azione penale, ai sensi dell'art. 4, § 4 della legge n. 12.850/13⁴¹, purché siano rispettate le disposizioni di questa legge, il giudice non potrà semplicemente rifiutare di concedere il perdono giudiziario richiesto dal Pubblico Ministero. È un'intesa che riflette i valori del sistema accusatorio disciplinato dalla Costituzione federale del 1988 (art. 129, I). Il controllo del magistrato è quindi strettamente di legalità non di convenienza. Il giudice può rifiutare di approvare l'accordo solo nei casi in cui si registri una violazione delle disposizioni legali che impongono criteri oggettivi⁴². Questo punto rappresenta un'altra rottura di paradigma nel processo criminale brasiliano. È implicita l'idea che le parti saranno libere, nei limiti della legge, di negoziare come riterranno opportuno senza un intervento del giudice.

In un'analisi sistematica della nuova legge, non vi è dubbio che la collaborazione pluripremiata presenta due radici legali. La logica del diritto premiale insita nelle prime formule risalenti al periodo compreso tra il 1990 e il 2013 proveniva dalla legge italiana ed è quindi ispirata alla legislazione estera di emergenza emessa per combattere la criminalità organizzata e il terrorismo. La logica del consenso e la rottura con il principio di obbligatorietà dell'azione penale derivano, in modi diversi, dal sistema anglo-americano che a sua volta ha esercitato un'influenza enorme sul *Codice di Procedura Penale del 1988 italiano* e, di conseguenza, sulla legge brasiliana. L'importazione degli istituti di *patteggiamento* e *giudizio abbreviato*, quindi, implicava l'importazione dei semi del processo anglo-americano in relazione alla soluzione del processo attraverso il consenso delle parti. Questi valori, incorporati come nuove tradizioni giuridiche nella pratica dei procedimenti penali brasiliani, si intrecciano nella redazione della legge n. 12.850/13.

Questo è l'ambito procedurale in cui la *colaboração premiada* ai sensi della legge brasiliana è stata utilizzata dal Pubblico Ministero con grande autonomia, fungendo da strumento efficace per perseguire penalmente i principali casi di corruzione e reati commessi attraverso organizzazioni criminali. La

⁴¹ § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

⁴² I criteri di cui all'art. 4, § 4.

colaboração premiada è stata lo strumento più utile nella conduzione delle indagini relative al caso «Lava Jato».

4. *Le iniziative legislative più recenti per rafforzare la lotta alla corruzione in Brasile.* Il 20 marzo 2015 il Pubblico Ministero Federale (MPF) ha presentato una serie di proposte per rafforzare la lotta alla corruzione in Brasile. Il 27 luglio 2015 il MPF ha iniziato presso la sede degli uffici del Pubblico Ministero nazionale in tutto il paese la raccolta di 1,5 milioni di firme necessarie per la presentazione al Congresso di una proposta di legge di iniziativa popolare con dieci nuove misure che mirano a migliorare la prevenzione e combattere la corruzione e l'impunità. Nel dicembre 2015 la campagna ha raggiunto 1 milione di firme, nel gennaio 2016 si è raggiunta la cifra di 1,2 milioni di firme e, nel febbraio 2016, si è giunti al risultato di 1,5 milioni di firme necessarie per presentare la proposta di modifica legislativa al Congresso nazionale come proposta di legge anticorruzione di iniziativa popolare. Il 29 marzo 2016 sono stati consegnati al Congresso nazionale 2 milioni di firme a sostegno della proposta. Tuttavia, nell'ultima consultazione effettuata il 28 aprile 2018 il processo è stato bloccato in Senato nell'aprile 2017.

Successivamente, il 19 febbraio 2019 è stato consegnato al Congresso il pacchetto anti-criminale redatto dal ministro della Giustizia Sergio Moro ed approvato dal presidente Jair Bolsonaro. La proposta ha dovuto subire numerose modifiche ed è stata suddivisa in tre parti dopo che la Casa Civil ha indicato le proprie resistenze in Parlamento per discutere la criminalizzazione della pratica del «caixa 2», espressione che in Brasile si riferisce al reato di finanziamento illecito della campagna elettorale. Ciò potrebbe impedire che la maggior parte della proposta venga approvata al Congresso. Alcuni politici hanno denunciato che il «caixa 2» è un crimine grave, ma non è grave come la corruzione, il crimine organizzato e il crimine violento. Quindi si è finito per optare per la criminalizzazione in un progetto separato.

L'altra importante novità è il disegno di legge che modifica le norme giurisdizionali della giustizia elettorale al fine di garantire che i casi di crimini relativi alle elezioni, come la corruzione, rientrino nella competenza della giustizia comune e non della giustizia elettorale, che prevede sanzioni più lievi. Secondo il Ministro Moro non si tratta solo di aumentare le sanzioni, ma di creare metodi investigativi, come l'agente segreto o una banca dati nazionale, in modo da avere un sistema di giustizia penale efficace. Non è la durezza della penalità che risolve il problema, ma la certezza dell'applicazione. La proposta prevede misure per garantire il rispetto della condanna dopo il pro-

cesso, per aumentare l'efficacia del tribunale della giuria, per cambiare le regole per il processo di violazione degli embargo e le misure relative all'autodifesa e, infine, per mutare il concetto di organizzazione criminale. Vengono, inoltre, proposti emendamenti per aumentare le sanzioni in caso di reati connessi alle armi da fuoco, per migliorare la confisca dei proventi di reato e per consentire l'uso delle proprietà sequestrate dalle forze dell'ordine, per prevenire la prescrizione, per riformare i reati di resistenza e per introdurre soluzioni negoziate nella legge. Ancora, l'insieme di testi propone modifiche per alterare il regime di interrogatorio in videoconferenza, rendere difficile liberare criminali abituali, cambiare il quadro giuridico delle carceri federali, migliorare le indagini sui crimini e introdurre la figura del buon informatore. Tra i cambiamenti vi sono l'inaspimento della pena per reati considerati più gravi, come furto, corruzione e appropriazione indebita, che, secondo la proposta, è ora in regime chiuso.

5. *L'evoluzione normativa del diritto premiale in Italia*

5.1 *Il Progetto di Cernobbio.* Volgendo nuovamente l'attenzione al panorama italiano, le indagini di Mani Pulite hanno fatto emergere una rete di prassi e di relazioni illecite di straordinaria gravità con ramificazioni nelle più diverse istituzioni a tutti i livelli. Da questa emergenza criminale sono nate le autorevoli «Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti»⁴³.

Il 14 settembre 1994, nel corso del convegno tenutosi presso l'Università Statale di Milano, sono state presentate le Proposte elaborate dai Procuratori della Repubblica presso il Tribunale di Milano Gherardo Colombo, Piercamillo Davigo, Antonio Di Pietro, Francesco Greco e dai Professori Oreste Dominioni, Domenico Pulitanò, Federico Stella e dall'Avvocato Massimo Dinoia. È stato puntualizzato dalle stesse *Note illustrative* alle Proposte che «è di vitale importanza per la salvezza stessa delle istituzioni democratiche del patto sociale, apprestare elementi normativi che per il futuro - a partire da oggi - rafforzino la lotta al cancro della corruzione che ha corroso le istituzioni e la vita del nostro paese».

Il contenuto del documento - conosciuto anche facendo riferimento alla località lombarda di Cernobbio, sul lago di Como, dove, nell'ambito di un noto convegno, erano state date delle anticipazioni - può essere riassunto facendo

⁴³ Il testo è consultabile in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 3, 1025 ss.

riferimento a due pilastri: una semplificata e più rigorosa disciplina sostanziale della corruzione e la previsione di una causa speciale di non punibilità per il corruttore o il corrotto.

Per quanto concerne il primo pilastro, gli autori si proponevano di unificare in una sola disposizione (denominata «corruzione») le fattispecie di concussione⁴⁴ e di corruzione, nonché il trattamento previsto per i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio, eliminando così differenziazioni normative incerte ed alleggerendo la prassi da complicati problemi probatori e interpretativi. Inoltre, si prevedeva un inasprimento sanzionatorio notevole relativamente a tutti i comportamenti con i quali i detentori di poteri pubblici ottengono dazioni o promesse indebite, al fine di rafforzare la percezione di adeguatezza del sistema punitivo da parte dei cittadini.

Per quanto concerne, invece, il secondo pilastro, si prevedeva all'art. 10 l'introduzione di una causa speciale di non punibilità per il corruttore o il corrotto che, prima dell'iscrizione nel registro generale della notizia di reato a suo carico e, comunque, entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunciassero e fornissero indicazioni utili all'individuazione degli altri responsabili.

Secondo gli autori del Progetto, il ricorso a tale strumento era giustificato dalla necessità di favorire il funzionamento delle norme penali poste a tutela degli interessi ritenuti più importanti. Ci si proponeva di introdurre nell'ambito della corruzione norme premiali per comportamenti processuali utili al pari di quanto previsto nell'ordinamento italiano in materia di terrorismo già all'inizio degli anni Ottanta. In particolare, la normativa antiterrorismo introdotta nell'ordinamento italiano con il d.l. 15 dicembre 1979 (convertito con legge 6 febbraio 1980) e con la legge 29 maggio 1992 n. 304 già prevedeva congiuntamente l'inasprimento delle pene in ragione della finalità di terrorismo o di eversione e notevoli riduzioni di pena per comportamenti di dissociazione e di collaborazione.

L'esperienza di «Mani Pulite» è stata caratterizzata dalla collaborazione degli stessi indagati. Secondo gli autori della proposta, questo elemento univocamente indicava la necessità di rafforzare l'efficacia general-preventiva della legge penale attraverso l'incentivo della collaborazione processuale con strumenti idonei a fondare e rendere stabile l'interesse a collaborare. La causa

⁴⁴ Rispetto alla concussione, alcune ipotesi sembrano in realtà ricondotte nell'ambito applicativo dell'estorsione. Nello stesso articolato (art. 3, 3° c.), si prevedeva un'ipotesi aggravata proprio di estorsione «se la violenza o la minaccia è commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla sua qualità o alle sue funzioni».

speciale di non punibilità avrebbe costituito uno strumento indiretto di tutela della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione. Si perseguiva cioè l'obiettivo di spezzare il vincolo che lega corruttore e corrotto ad una comune esigenza di omertà e di rafforzare per il futuro l'effetto deterrente della norma penale. Si mirava così a scardinare la solidarietà criminosa che rende di fatto non scopribile la corruzione. L'altissima cifra oscura di fatti non scoperti e non puniti che caratterizza questo ambito criminoso è strettamente legata all'inesistenza di tracce dirette, di testimoni, di vittime che siano a conoscenza del fatto e lo denunciino: il patto corruttivo è tutelato dalla connivenza e dalla convergenza di interessi tra le parti. Solo spezzando la solidarietà tra le parti dello scambio illecito, secondo gli autori della proposta, sarebbe stato realmente possibile l'accertamento e la repressione della corruzione.

Al fine di non indebolire l'efficacia general-preventiva del precetto penale assicurando "postume" vie d'uscita di comodo al corresponsabile di fatti di corruzione, era prevista una doppia delimitazione temporale che restringeva la portata della norma: la denuncia doveva essere presentata entro tre mesi dalla commissione del fatto e comunque doveva essere anteriore all'avvio delle indagini nei confronti della persona che l'avesse resa. Solo una confessione tempestiva, non ritardata secondo convenienza e spontanea avrebbe giustificato la causa di non punibilità rendendola coerente con la funzione di prevenzione speciale del sistema penale. Si prevedeva, ovviamente, che la denuncia indicasse tutti gli elementi noti all'agente che consentissero l'individuazione di altri responsabili. Per quanto riguarda il corrotto, egli, oltre alla collaborazione utile, avrebbe dovuto sopportare il sacrificio del profitto patrimoniale conseguito attraverso il reato.

Gli stessi autori, nelle note illustrative alla Proposta, affermavano che la legittimità costituzionale in generale delle cause di non punibilità era già stata riconosciuta in diverse sentenze della Corte costituzionale italiana. In particolare, con la sentenza n. 148 del 1983 in tema di non punibilità dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, la Corte costituzionale aveva chiarito che le cause di non punibilità abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali ma non è indispensabile che il fondamento stesso consista in una previsione esplicita, essendo piuttosto necessario che le cause di non punibilità siano il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

La Corte costituzionale aveva, quindi, accolto una tesi vicina all'elaborazione

dottrinale di Franco Bricola, per cui la pena può essere legittimamente sacrificata solo se esiste un interesse di rilievo costituzionale anche diverso (ed eventualmente inferiore) rispetto a quello che è sotteso alla disposizione incriminatrice⁴⁵.

Pure nella sentenza n. 369 del 1988 (parimenti richiamata), la Corte costituzionale italiana aveva chiarito che il nesso tra reato e punibilità può essere scisso dal legislatore, nel rispetto del «quadro costituzionale», anche «per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale». Allora, a maggior ragione, secondo gli autori della Proposta era legittima l'introduzione della causa di non punibilità a protezione dei medesimi valori costituzionali tutelati dalla norma incriminatrice.

Questo Progetto del 1994 ha suscitato l'attenzione di numerosi autori e vivaci discussioni⁴⁶. In questa sede, ci si limiterà a prendere in considerazione gli appunti critici riguardanti l'istituto premiale introdotto dall'art. 10.

In generale, un vasto filone dottrinale ha manifestato forti riserve. Numerosi autori hanno riscontrato nella Proposta un impianto di tipo "poliziesco" che esaltava, da un lato, il rigore repressivo delle sanzioni e, dall'altro, un indulgenzialismo esasperato con riferimento agli istituti premiali. Tale impostazione poneva serie questioni con riferimento al rispetto della tradizione garantistica del diritto penale, del principio di uguaglianza costituzionalmente tutela-

⁴⁵ BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 2-3, 179 ss.

⁴⁶ Per un quadro completo si rimanda, tra gli altri, a GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di Mani Pulite tra utopia e suggestione premiale* in *Cass. Pen.*, 1994, 8-9, 2341 ss.; PADOVANI, *Il problema «Tangentopoli»*, cit., 448 ss.; MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it Dir. e Proc. Pen.*, 1996, 2-3, 463 ss.; FORTI, *Unicità o ripetibilità della c.d. corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione "sostenibile" dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, 4, 1069 ss.; PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1994, 4, 948 ss.; ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1995, 1, 1 ss.; STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1994, 4, 935 ss.; INSOLERA, *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Crit. Dir.*, 1995, 1, 17 ss.; SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1994, 4, 941 ss.; PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1995, 1, 55 ss.; FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1994, 4, 945 ss.; MARRA, *Il delitto di corruzione tra modernità(empirica) e tradizione(dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, 5, 988 ss.; SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, 317 ss.; FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro.it*, 1998, I, 3 ss. La discussione ha avuto eco anche all'estero: HEIN, *Italienische Reformbestrebungen bei den Bestechungsdelikten* in *ZStW*, 1995, 49 ss.

to e del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale⁴⁷.

Occorre ricordare che il patto corruttivo è caratterizzato da intrecci spesso molto complessi e da rapporti perduranti nel tempo tra corruttore e corrotto. La previsione di cause di non punibilità per il "pentito" che confessasse e denunciasse i correi rischiava quindi di risultare nella pratica scarsamente utile e addirittura avrebbe potuto costituire fattore criminogeno di spinta alla protrazione delle relazioni corruttive nel contesto dello scambio illecito tipicamente connotato da ricatti e controricatti: queste le principali obiezioni⁴⁸.

Vero è che la Proposta all'art. 10 prevedeva una delimitazione dei tempi e del modo del pentimento ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità. Tuttavia, proprio in quei tre mesi che decorrono dalla commissione del fatto si sarebbe fornita al corruttore e al corrotto un'arma di pressione reciproca in grado di rafforzare il *pactum sceleris*, ad esempio richiedendo il pagamento di ulteriori tangenti oppure il rilascio di ulteriori atti amministrativi⁴⁹.

5.2 La legge n. 190 del 2012. Mentre negli anni Novanta l'ascesa di una nuova classe politica riuscì ad evitare l'approvazione di un intervento legislativo all'insegna dell'urgenza⁵⁰, nel 2012 è stata approvata dal Parlamento la legge n. 190 del 2012 al fine di arginare un sistema ormai radicato di corruzione che determina ingenti costi per la collettività nazionale, stimati dalla Corte dei Conti in circa sessanta miliardi l'anno. Inoltre, l'Italia doveva far fronte alle obbligazioni assunte con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116 e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consi-

⁴⁷ In questo senso si vedano GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli*, cit., 2344 ss.; INSOLERA, *Le proposte*, cit., 17 ss.; SGUBBI, *Considerazioni critiche*, cit., 25 ss.; MOCCIA, *Il ritorno alla legalità*, cit., 465 ss. In senso invece favorevole alla previsione della causa speciale di non punibilità, PULITANÒ, *La giustizia penale*, cit., 28 ss., tra i firmatari del progetto di riforma.

⁴⁸ Si veda, in particolare, GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli*, cit., 2344 ss.

⁴⁹ Così, sostanzialmente, PADOVANI, *Il problema «Tangentopoli»*, cit., 462 ss., secondo cui la causa di non punibilità in questione «appartiene al regno delle illusioni».

⁵⁰ In particolare, il 13 luglio 1994 il primo governo Berlusconi varò il c.d. decreto Biondi, dal nome dell'allora ministro di grazia e giustizia Alfredo Biondi. Il provvedimento limitava i reati per i quali la magistratura avrebbe potuto disporre la richiesta di custodia cautelare, escludendo i reati contro la pubblica amministrazione e i reati finanziari. In seguito all'approvazione del decreto legge la maggior parte dei magistrati del pool Mani Pulite chiese di essere assegnato ad altri incarichi con un comunicato letto in diretta televisiva (il video è consultabile all'indirizzo <http://www.tg3.rai.it/dl/RaiTV/programmi/media/ContentItem-d199d2f5-3c69-4a87-9b02-cb108c661cdf-tg3-30anni.html>). Anche l'opinione pubblica manifestò il proprio aperto dissenso soprannominando il provvedimento con il dispregiativo "Salvadri" e inducendo la Lega e An a ritirare il proprio consenso. Il decreto decadde, quindi, in Parlamento. Per una ricostruzione della vicenda si consulti: <https://www.ilsole24ore.com/art/mani-pulite-illusione-che-non-e-potuta-durare-AEewGeX>.

glio d'Europa del 27 gennaio 1999, la cui ratifica ed esecuzione non erano ancora state avviate nel 2012.

Per quanto riguarda le modifiche relative all'area del penalmente rilevante, la legge Severino prevede *in primis* la scissione (cd. spaccettamento) del reato di concussione in due fattispecie distinte: il novellato art. 317 c.p. e il nuovo art. 319 quater (rubricato «Induzione indebita a dare o promettere utilità»). Inoltre, viene modificato l'art. 318 c.p., è introdotto il nuovo reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis) e viene novellato l'art. 2635 c.c.³¹.

Sul piano sanzionatorio, invece, la legge n. 190/2012 prevede un inasprimento generale delle pene, ma non contempla ipotesi di non punibilità collegate a forme di collaborazione che incentivano la rottura del rapporto di omertà tra i protagonisti del patto. Non si è accolta, quindi, la proposta radicale inserita all'art. 10 del Progetto di Cernobbio del 1994 in quanto il dibattito politico e dottrinale aveva sollevato molte perplessità e critiche rispetto alla previsione di misure di tipo premiale soprattutto con riferimento alla loro reale efficacia preventiva. In particolare, il legislatore del 2012 ha ritenuto non condivisibile l'introduzione di una causa di non punibilità in quanto l'istituto si sarebbe ridotto a una mera speranza sul piano della politica criminale i cui risultati sono fortemente incerti. Con le parole di Sergio Seminara³²:

«Più in generale, va osservato che le critiche della prevalente dottrina, suscitate da quelle *Proposte*, meritano ancora di essere condivise. La causa di non punibilità per il corrotto o il corruttore è finalizzata a rompere l'omertà tra i protagonisti del patto criminoso, introducendo un fattore di disgregazione della loro reciproca solidarietà che dovrebbe valere a contrastare la commissione del reato. Si tratta dunque di nulla più che una speranza perseguita sul piano della politica criminale, i cui risultati appaiono incerti a fronte della certezza di elevati costi: sul piano dell'accertamento processuale, fondandosi la prova sulle dichiarazioni del "reo confesso"; sul piano della fenomenologia corruttiva, che verrebbe alimentata da una spirale di pressioni e ricatti; sul piano del sistema penale, a causa del contrasto tra una siffatta soluzione e l'approccio retributivo caratterizzante la generalità delle incriminazioni; sul piano culturale, in conseguenza della promessa di impunità fondata sulla mera delazione rispetto a un fatto già consumato».

³¹ Per una completa analisi si veda SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 1, 7 ss.; PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. Pen.*, 2012, supplemento n. 11, 3 ss.

³² SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 10, 1239 ss.

Infine, la legge n. 190 del 2012 disciplina il *whistleblowing*. Si tratta di uno strumento di matrice preventiva volto a contrastare la corruzione nato sotto l'influenza dell'esperienza anglosassone e americana. Esso è espressamente disciplinato dall'art. 1, comma 51, legge n. 190/2012 che identifica il *whistleblower* come il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. Con la determinazione n. 6 del 2015 l'Autorità nazionale Anticorruzione ha approvato le Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*) aventi lo scopo di definire il contenuto della disciplina prevista dall'art. 54 bis d.lgs. 165/2001 introdotto dalla riforma anticorruzione attuata con la legge n. 190/2012. In particolare, il documento approvato identifica l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della disciplina posta a protezione del c.d. *whistleblower*, le tecniche di tutela, la procedura di segnalazione delle condotte illecite e di gestione delle stesse. Successivamente, l'art. 1, comma 51, legge n. 190/2012 è stato modificato prima dalla legge n. 114/2014 poi dalla legge n.179/2017. Lo scopo perseguito è quello di coinvolgere il dipendente pubblico nella diffusione di modelli virtuosi di comportamento al fine di contrastare la delittuosità corruttiva che è geneticamente caratterizzata da una elevata difficoltà di emersione e accertamento⁵³.

5.3 *La legge 2015*. Mentre in Brasile veniva approvata la legge n. 12.850/13 che ha disciplinato in modo compiuto la *colaboração premiada*, scardinando i principi del sistema penale brasiliano, il legislatore italiano è intervenuto nuovamente sulla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sulla scia delle spinte propulsive legate agli scandali del Mose di Venezia, dell'Expo di Milano e in concomitanza con i fatti di Mafia capitale. In particolare, la legge 27 maggio 2015, n. 69 recante «Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio» prevede un significativo innalzamento delle pene per quasi tutti i reati del Libro II, Titolo II, Capo I del codice penale; reintroduce nel novero dei soggetti attivi del delitto di concussione l'incaricato di pubblico servizio che la legge n. 190 del 2012 aveva eliminato; ancora, preve-

⁵³ CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 180 ss.; AMATO, *Profili penalistici del "Whistleblowing": una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2014, 3-4, 549 ss.; COPPOLA, *Il whistleblowing: la scommessa etica dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, 4, 475 ss.; LOSAPPIO, ADUASIO, *Blowin' in the...whistle: il primo rapporto dell'A.N.A.C. sul c.d. whistleblowing*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017.

de la sanzione della riparazione pecuniaria introdotta dal nuovo articolo 322 quater c.p. e gli istituti del patteggiamento e della sospensione condizionale della pena ad accesso condizionato⁵⁴. Inoltre, si introduce un meccanismo di raccordo tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa: il Pubblico Ministero che esercita l'azione penale per i delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322, 322 bis, 346 bis, 353, 353 bis c.p. ha l'obbligo di informare il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. La novità che rileva ai fini della presente trattazione è la previsione di una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale per la collaborazione processuale del corrotto o del corruttore introdotta dal comma secondo dell'art. 323 bis c.p. A differenza di quanto era previsto nella Proposta del 1994, la norma non prevede l'introduzione di una causa di non punibilità ma lo strumento più *soft* di una circostanza attenuante, sia pure di consistente impatto. Si tratta di una misura che ricalca la tecnica della legislazione d'emergenza di tipo premiale con lo scopo di abbattere il muro di omertà che avvolge gli autori del patto corruttivo. È finalizzata ad ottenere la collaborazione sul piano materiale o probatorio-processuale del reo senza fissare, peraltro, alcun termine antecedente alla sentenza definitiva per la realizzazione⁵⁵. In tal modo sul piano probatorio si incentiverebbero le denunce e l'offerta di elementi decisivi ai fini investigativi e di accertamento giudiziale dei fatti.

Il legislatore ha identificato il fondamento dell'attenuante nella minore capacità a delinquere del colpevole che, in seguito alla commissione del reato, si adopera efficacemente al fine di conseguire uno dei risultati previsti dal secondo comma dell'art. 323 bis c.p. In particolare, la norma prevede una serie di condotte alternative tutte caratterizzate da un progressivo allontanamento dal piano dell'offesa arrecata con la condotta illecita: quella di chi si adopera in modo efficace per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze e quella di chi in modo concreto ed efficace aiuta le autorità inquirenti nella raccolta e/o nella conservazione delle prove, nell'individuazione dei correi e/o nel reperimento delle somme o di altre utilità oggetto del patto corruttivo consentendo così il loro assoggettamento alla misura cautelare del sequestro finalizzato alla confisca⁵⁶. Essa è caratterizzata non solo dalla volon-

⁵⁴ CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 810 ss.

⁵⁵ MONGILLO, voce *Le riforme introdotte dalla legge n. 69 del 2015 in "Il Libro dell'anno del Diritto" Treccani 2016*, 4 ss.

⁵⁶ L'istituto della confisca, già esaminato prima della riforma del 2015 in modo accurato e analitico da FONDAROLI, *La confisca*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale, II. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Torino, 2008, 271 ss. e (dopo

tarietà del comportamento ma anche dall'effettivo conseguimento di uno dei risultati indicati dalla norma. In particolare, per quanto riguarda la volontarietà, in linea con la logica sottostante all'istituto del ravvedimento attivo, il contributo deve essere spontaneo, cioè non determinato da fattori esterni rispetto all'agente anche se non è necessario che l'atteggiamento di collaborazione consegua ad un autentico pentimento morale o di spontanea resipiscenza, potendo l'imputato collaborare per mero calcolo utilitaristico. Per quanto riguarda invece l'effettività, la collaborazione processuale deve essere caratterizzata dall'efficacia (come affermato in modo esplicito dall'utilizzo dell'avverbio *efficacemente*) concretizzandosi in un aiuto sostanziale, determinante e decisivo³⁷. Inoltre, questa disposizione premiale non è ancora l'attenuante ad un preciso limite temporale per l'esercizio delle facoltà riconosciute dalla norma. La collaborazione potrà quindi avvenire in qualsiasi fase del processo ma non oltre il giudizio di primo grado in quanto il giudice di appello conosce il procedimento limitatamente ai punti della decisione a cui si riferiscono i motivi proposti dall'appellante.

La scelta del legislatore di introdurre uno strumento soft come la circostanza attenuante rischia, tuttavia, di non essere in grado di svellere il sodalizio criminoso. Al fine di scardinare il patto corruttivo l'ordinamento dovrebbe prevedere un premio tanto vantaggioso per il reo da indurlo a rinunciare ai risultati economici garantiti dal *pactum sceleris*. Inoltre, si deve ricordare che la legge 69/2015 ha rafforzato l'apparato repressivo; allora tanto più il legislatore inasprisce le sanzioni dei delitti anticorruzione, quanto più la misura premiale deve essere rafforzata. Per tale motivo, alcuni autori hanno affermato che l'introduzione di una causa di non punibilità sarebbe stata più coerente con l'inasprimento dell'apparato sanzionatorio realizzato prima con la legge n. 190/2012 poi con la legge n. 69/2015³⁸.

6. *La più recente modifica legislativa in Italia: la c.d. legge Spazza-corrotti*. La legge 9 gennaio 2019 n. 3 recante «Misure per il contrasto dei reati contro la

l'intervento del 2012 sull'art. 322 ter c.p.) da COCCO, *Breviario delle confische speciali dei beni degli autori dei delitti contro la p.a. previsti nel capo I del titolo II*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 3, 727 ss., viene analizzato più di recente da STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione* (aggiornato da MANTOVANI M.), in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, VII ed., Bologna, 2016, 186 ss.

³⁷ BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 giugno 2015.

³⁸ Si vedano a tal proposito: CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali*, cit., 810 ss. e COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, 374 ss.

pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici» (c.d. legge Spazzacorrotti) è una riforma di ampia portata che apporta modifiche sia alla parte generale del codice penale sia alla parte speciale, all'ordinamento penitenziario, alla procedura penale e alla disciplina della responsabilità da reato degli enti⁵⁹. In particolare, la legge interviene su tre macro settori: i delitti contro la pubblica amministrazione, la prescrizione del reato e la disciplina extrapenale in materia di trasparenza e controllo dei partiti e movimenti politici⁶⁰. Per evidenti questioni di spazio, ci si concentrerà esclusivamente sulle nuove norme in materia di delitti contro la pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda i delitti contro la p.a., lo scopo della legge – come espresso dalla Relazione illustrativa al Disegno di legge n. 1189 – è potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione in modo da affrontare efficacemente il fenomeno corruttivo e, in generale, assicurare una maggiore incisività all'azione di contrasto di tali delitti. Inoltre, si intende adeguare la normativa italiana agli obblighi convenzionali imposti dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa. Infatti, all'esito di una procedura di valutazione dell'Italia, il Group of States against Corruption (GRECO), organismo istituito nel 1999 dal Consiglio d'Europa, ha approvato tra il 18 e il 22 giugno 2018 l'Addendum to the Second Compliance Report on Italy che ha fatto emergere la non attuazione totale o parziale della Convenzione penale sulla corruzione da parte dell'Italia⁶¹. Infine, la legge risponde alle raccomandazioni provenienti dal Working Group on Bribery, organismo dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) che ha lo scopo di verificare l'attuazione della Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997, entrata in vigore il 15 febbraio 1999 e recepita dall'Italia con la legge di ratifica n. 300 del 2000.

La principale novità della legge 9 gennaio 2019 n. 3 è la previsione di una

⁵⁹ GATTA, *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018.

⁶⁰ Per un'analisi completa della legge 9 gennaio 2019 n. 3, si veda PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 577 ss.; CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 799 ss.; CANTONE, *Ddl Bonafede, rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2018, 10; PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.

⁶¹ UBIALI, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: "Tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti"*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 gennaio 2019.

causa di non punibilità nel caso di volontaria, tempestiva e fattiva collaborazione per i reati indicati dall'art. 323 ter c.p. L'art. 1 c. 1 lettera r) della legge introduce l'art. 323 ter nel codice penale. Si tratta di una novità significativa in linea non solo con l'impianto di fondo della legge in commento, ma anche con la *ratio* che sta alla base della disciplina del *whistleblowing* e della legge n. 69 del 2015. In particolare, il nuovo istituto si aggiunge all'attenuante prevista dall'art. 323 bis in una sorta di *climax* ascendente di premialità⁶².

L'introduzione di una causa di non punibilità ha come scopo quello di rendere più efficace l'accertamento e la repressione della corruzione propriamente detta e più in generale delle pratiche paracorruttive, che costituiscono il terreno per la genesi e il mantenimento della corruzione stessa⁶³. Addirittura, secondo la Relazione illustrativa al Disegno di legge n. 1189, la causa di non punibilità costituirebbe, insieme all'inasprimento sanzionatorio e delle pene accessorie, una contropinta dissuasiva dall'entrare in accordi illeciti. Infatti, in senso special-preventivo si intende in tal modo rompere il muro di omertà e la catena di solidarietà tipica delle fattispecie bilaterali consentendo anche l'acquisizione di elementi probatori difficilmente assicurabili al processo. Come affermato nella stessa Relazione illustrativa al Disegno di legge n. 1189, in senso general-preventivo si disincentiverebbero le condotte illecite proprio attraverso l'introduzione di un elemento di insicurezza con effetti dissuasivi in quanto nessuna delle parti del *pactum sceleris* può fare affidamento sul comune interesse a tacere.

La causa di non punibilità si applica solo ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione specificatamente indicati dall'art. 323 ter a favore di chi collabora con l'autorità giudiziaria denunciando il reato, contribuendo alla ricerca della prova e all'individuazione degli altri responsabili. Infatti, al fine di restringere l'ambito di applicazione della causa di non punibilità sono dettate dall'art. 323 ter rigorose e stringenti condizioni. In particolare, il soggetto non deve essere a conoscenza di indagini svolte nei suoi confronti, sono indicati strettissimi termini temporali (il fatto deve essere denunciato entro quattro mesi dalla sua commissione), è richiesto un comportamento volontario, tempestivo, antagonista rispetto alla condotta delittuosa e realmente efficace al fine di assicurare la prova del reato e identificare gli altri responsabili; inoltre, è necessaria la messa a disposizione dell'utilità percepita o, in caso di impos-

⁶² CANTONE, MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2019.

⁶³ FORTI, *Dal "così fan tutti" al "tutto si mescola" della corruzione italiana*, in Ius17@unibo.it, 2015, VIII, 1, 24 ss.

sibilità, di una somma di denaro di valore equivalente ovvero sono indicati gli elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo.

Per evitare strumentalizzazioni a fini illeciti della speciale causa di non punibilità, l'ultimo comma dell'art. 323 ter esclude l'applicazione della causa di non punibilità sia se si prova che la denuncia è preordinata alla commissione del reato denunciato sia nei confronti dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146 che disciplina le operazioni sotto copertura.

Accanto alla causa di non punibilità prevista dall'art. 323 ter, la nuova legge prevede altri istituti eterogenei che hanno come scopo quello di permettere l'acquisizione di elementi utili alle indagini. A tal proposito, si ricorda che la legge 9 gennaio 2019, n. 3 prevede l'estensione ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione della disciplina delle operazioni sotto copertura prevista dall'art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146⁶⁴. Prima della novella del 2019 l'applicazione di questo strumento investigativo era circoscritta all'accertamento dei reati connessi alla criminalità organizzata e di tipo mafioso e allo sfruttamento sessuale dei minori, ora viene estesa anche ai delitti di concussione, corruzione, induzione indebita a dare o promettere utilità, istigazione alla corruzione, traffico di influenze illecite e turbata libertà degli incanti. Il legislatore ha giustificato l'ampliamento dell'ambito di applicazione con riferimento al fatto che si tratta di delitti gravi ampiamente diffusi nella realtà concreta ma di difficile accertamento a causa della comunanza di interessi illeciti dei soggetti che concorrono e del legame omertoso specialmente nelle fattispecie bilaterali. Sul punto sono state sollevate alcune perplessità in quanto risulta non plausibile l'infiltrazione di agenti sotto copertura in contesti come quello della p.a. in cui operano meccanismi selettivi di affidabilità personale⁶⁵.

La nuova legge inserisce i delitti di corruzione, concussione e peculato tra quelli a cui si applica l'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario rubricato "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per alcuni delitti". L'inclusione dei reati contro la p.a. nella disci-

⁶⁴ CANTONE, GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2018; IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2019; FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2019.

⁶⁵ PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 5, 600 ss.; PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., 577 ss.

plina dell'art. 4 bis, sin da subito, ha sollevato critiche da parte della dottrina più attenta che ha rinvenuto possibili questioni di illegittimità costituzionale della norma con riferimento al principio di ragionevolezza/uguaglianza, alla compatibilità con la finalità rieducativa della pena e al regime intertemporale assoggettato, secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale, al principio *tempus regit actum*⁶⁶. La questione è stata oggetto di una recentissima pronuncia della Corte costituzionale. Con sentenza n. 32 del 2020 è stata dichiarata illegittima l'applicazione della legge n. 3 del 2019 nella parte in cui estende ad alcuni reati contro la p.a. le preclusioni previste dall'art. 4 bis ord. pen. a soggetti condannati per reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge stessa⁶⁷.

Sul versante sanzionatorio la nuova legge ha inasprito le pene principali ed ha attribuito un ruolo centrale alle pene accessorie, divenute strumento di una strategia politico-criminale mirante a dissuadere potenziali autori di delitti contro la pubblica amministrazione⁶⁸.

Il 19 dicembre 2018 il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) ha espresso una valutazione complessivamente positiva con riferimento alle riforme proposte in materia di reati contro la pubblica amministrazione nel parere sul disegno di legge AC 1189 «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici». In particolare, si afferma che l'assenza di incentivi alla denuncia di fatti di corruzione, l'aspettativa di impunità legata ai lunghi tempi del processo, l'assenza di collaborazioni spontanee e le rare testimonianze da par-

⁶⁶ MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 febbraio 2019.

⁶⁷ In particolare, la Corte costituzionale approda a un risultato che è il frutto di una rimediazione del tradizionale orientamento giurisprudenziale secondo cui alle norme disciplinanti l'esecuzione della pena si applica il principio *tempus regit actum*. Al par. 4 la Corte afferma: «La disposizione in questa sede censurata comporta, per una serie di reati contro la pubblica amministrazione, una trasformazione della natura delle pene previste al momento del reato e della loro incidenza sulla libertà personale del condannato, quanto agli effetti spiegati dalla stessa disposizione in relazione alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Conseguentemente, l'applicazione della disposizione censurata ai condannati per fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, quanto agli effetti appena menzionati, viola il divieto di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Stante il silenzio del legislatore sul regime intertemporale delle modifiche in esame, il rimedio appropriato, in risposta alle questioni sollevate dai rimettenti, è la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata così come risultante dal diritto vivente». Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, in www.sistemapenale.it, con nota di MANES, MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, 23 marzo 2020.

⁶⁸ MANTOVANI M., *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 5, 608 ss.

te dei soggetti estranei al patto corruttivo sono tutti fattori che hanno determinato una collocazione dell'Italia nelle classifiche internazionali sulla corruzione in una posizione non consona alla sua tradizione democratica. Da ciò nasce la scelta del legislatore di inserire misure premiali in favore di chi collabora favorendo le indagini. Secondo il CSM, la previsione di una causa di non punibilità non crea particolari criticità sul piano dei principi generali. Ovviamente, la verifica dell'efficacia concreta di tale strumento nella lotta alla corruzione emergerà dalla prassi applicativa.

In generale, la legge 9 gennaio 2019 n. 3 risponde, congiuntamente ad altre leggi e proposte di legge⁶⁹, al messaggio trasmesso dalla maggioranza di governo della XVIII legislatura. Come affermato nella Sintesi della Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019, ai sensi dell'art. 86, R.D. 30 gennaio 1941, n.12, lo scopo è garantire il rispetto dei principi costituzionali della certezza della pena e della ragionevole durata del processo e riordinare la categoria dei reati contro la pubblica amministrazione nella convinzione che l'effettivo perseguimento da parte dello Stato abbia una centrale funzione sia di deterrenza sia di progressivo recupero di fiducia nel sistema giudiziario italiano da parte dei cittadini e degli osservatori internazionali. Lo stesso linguaggio utilizzato negli atti pubblici «legge Spazza-corrotti» costituisce una traduzione mediatica dell'ideale della certezza della pena⁷⁰, che viene così ad assumere il significato distorto di «indefettibilità della punizione, certezza del carcere, lotta all'impunità»⁷¹.

Si può ricordare, a tal proposito, che l'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale ha evidenziato che le recenti politiche criminali impongono una severità sempre maggiore al solo fine di coagulare consensi, soddisfare sentimenti di giustizia repressiva e vendicativa e paure non sempre fondate su dati di realtà⁷². Emerge, in definitiva, un modello di diritto penale ispirato a finalità di vendetta sociale che estremizza la lotta indiscriminata. Si tratta di un paradigma ben distante dall'archetipo che ricostruisce il diritto penale come scienza dei limiti, strumento di accertamento di responsabilità individuali e

⁶⁹ MANNA, *Il fumo della pipa (il cd. populismo e politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 1 ss.

⁷⁰ PULITANÒ, *Tempeste sul penale, Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, 3, 235 ss.

⁷¹ MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 1/2019, 88.

⁷² Due comunicati dell'associazione italiana dei Professori di diritto penale su recenti modifiche e progetti di riforma del sistema penale: pena carceraria e politiche criminali, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 novembre 2018.

puntiformi attraverso un iter razionale dominato dal principio *in dubio pro libertate*⁷³.

Questa evoluzione della funzione del diritto penale non si è registrata solo in Italia ma anche in Brasile, come è emerso nel § 4 del presente elaborato. Infatti, dal *Proyecto de ley anti crime* del neoministro brasiliano della giustizia e della sicurezza pubblica Sergio Moro⁷⁴ emerge chiaramente la politica criminale del Governo Bolsonaro, incentrata sulla necessità di adeguare la legge alla realtà attuale e diminuire la sensazione di impunità⁷⁵. Queste finalità vengono perseguite attraverso diversi strumenti, ad esempio, la sospensione della prescrizione del reato, l'estensione di condotte scriminate per gli agenti di polizia, l'ampliamento del potere discrezionale del giudice, la provvisoria esecutività delle sentenze di condanna non definitive e la radicale estensione della pena carceraria. In tal modo, come è stato rilevato dai primi commentatori del *pacote de Moro*, si finisce per minimizzare le garanzie, ampliare punti deboli e premiare deficienze del sistema della giustizia⁷⁶.

7. Alcune considerazioni conclusive sulla premialità nel diritto italiano. Dopo aver analizzato i principali istituti premiali introdotti nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione dall'indagine di Mani Pulite fino ad oggi, si possono trarre alcune riflessioni conclusive.

La premialità era inizialmente circoscritta a pochi istituti sparsi nel Codice penale italiano, ad esempio la desistenza volontaria (art. 56 comma 3 c.p.) e il recesso attivo (art. 56 comma 4 c.p.)⁷⁷. Essa trovava il proprio fondamento nella reintegrazione o nella parziale riparazione dell'interesse leso comportando per l'agente un premio in termini di pena che si traduceva dal punto di vista dogmatico in un'esimente o in un'attenuante. Era richiesto quindi un rapporto speculare tra offesa e condotta riparatoria al fine di giustificare l'impunità o la riduzione di pena.

Successivamente, l'emergenza del terrorismo ha modificato radicalmente i termini della premialità. Di fronte all'esigenza di scardinare l'unità delle associazioni terroristiche si è sperimentata nei processi di terrorismo la c.d. tecnica incentivante al fine di ottenere la dissociazione e la collaborazione dell'accusato non solo *ex ante* ma anche *ex post*. L'incentivo si sostanziava in

⁷³ MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., 87.

⁷⁴ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *¿Defensa o abuso? La polémica ley de Brasil contra el crimen organizado*, in *LatinAmerican Post*, 13 febbraio 2019.

⁷⁵ MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., 89.

⁷⁶ REALE JR., *O pacote-punição de Moro*, in *Estadão*, 23 febbraio 2019.

⁷⁷ PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in *Indice Pen.*, 1981, 2, 205 ss.

una diminuzione cospicua della pena in modo da spezzare la solidarietà criminosa. Il diritto premiale dell'emergenza manteneva un fermo legame tra offesa del bene giuridico protetto e reintegrazione dell'interesse leso ma si aggiungeva a ciò la necessaria dissociazione del collaboratore dai compartecipi diretta a fornire informazioni utili alle indagini di polizia e alle indagini giudiziarie, determinando così una commistione tra diritto sostanziale e processo⁷⁸. Quindi, la forza persuasiva del premio veniva piegata a fini impropri divenendo strumento di lotta contro la criminalità organizzata e concreto ausilio alle forze di polizia e della giustizia⁷⁹.

Questa tecnica della legislazione di emergenza di tipo premiale ha trovato ampia applicazione nell'ambito dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 4 d.l. n. 625 del 1979), delitti di mafia e reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso (art. 8 d.l. n. 152 del 1991), il traffico di sostanze stupefacenti e di associazione costituita allo scopo di effettuare tale traffico (artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309/1990), sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione (art. 630 c.p.), furto (art. 625 bis c.p.), riduzione o mantenimento in schiavitù o delitti di sfruttamento sessuale dei minori (art. 600 septies.1 c.p.), reati ambientali (art. 452 decies c.p.) e finanche nell'ordinamento penitenziario (art. 58 ter) mediante l'eliminazione - per chi collabora con la giustizia - del più gravoso regime penitenziario speciale previsto per gli indiziati o condannati per reati di mafia⁸⁰. Infine, nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, questo paradigma ha condotto all'introduzione prima dello strumento *soft* della circostanza attenuante poi della causa di non punibilità.

Lo scopo di questa politica criminale è quello di spezzare, attraverso meccanismi premiali, la catena di solidarietà che lega i protagonisti della fattispecie di reato, animati da un comune interesse e normalmente uniti da un patto segreto che opera nell'ombra e si consolida con l'omertà⁸¹.

Dal punto di vista sistematico, la premialità si inquadra nell'ambito della punibilità: incide sulla pena diminuendola o elidendola. Quindi, nella prospettiva maggioritaria della tripartizione dell'illecito penale⁸², il premio presuppone

⁷⁸ NUVOLONE, *Politica criminale e pentimento del reo*, in *Indice Pen.*, 1982, 1, 145 ss.

⁷⁹ SCANDELLARI, *La "premiabilità" nel diritto penale sostanziale e nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 216 ss.

⁸⁰ BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante*, cit.

⁸¹ RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

⁸² Secondo la concezione tripartita del reato si deve distinguere la tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza. In questo senso, cfr. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; PETRO-

l'accertamento giudiziale di un reato già completo. Le disposizioni premiali risultano conformi alle finalità di prevenzione generale⁸³. Infatti, il premio segue a condotte che consentono una risposta al crimine più celere e certa consentendo risultati di prevenzione o di reintegrazione dell'offesa che fanno venire meno l'interesse a punire.

Più discusso invece è il collegamento tra norme premiali di diritto penale sostanziale e prevenzione speciale in quanto, di regola, le circostanze attenuanti e le cause di non punibilità del nostro ordinamento penale premiale si applicano automaticamente senza procedere a un accertamento individualizzante attento alle motivazioni dell'agire e alla personalità dell'agente in proiezione futura⁸⁴. Nella legislazione penale dell'emergenza sembra accentuarsi una politica criminale in cui la drastica repressione e la drastica ricompensa costituiscono due facce della stessa medaglia. Infatti, si è di fronte ad una prevenzione generale a breve termine espressione di una società in crisi che non è in grado di costruire una prevenzione basata sulla creazione di stimoli che inducono ad aderire ai valori su cui poggia l'ordinamento giuridico. Su un terreno tutto utilitaristico il legislatore cerca di ottenere una diminuzione dei crimini ritenuti più odiosi dalla società e un più rapido accertamento dei reati, mentre l'accusato cerca di evitare la pena per un male commesso⁸⁵.

CELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Milano, 1965, 338 ss.; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1984, 2, 529 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 307 ss. Diversamente, la sistematica quadripartita del reato assume la punibilità come quarto livello di analisi del reato. In questo senso, cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2006, 651 ss. e COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017, in particolare 59 ss. e 95 ss.

⁸³ In tal senso, RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, in AA.VV., *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, 528 ss. In termini diversi, MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Indice pen.*, 1986, 3, 598 ss., che ritiene che la prevenzione generale non possa da sola fondare il premio per la collaborazione processuale.

⁸⁴ In senso favorevole alla compatibilità tra premialità e prevenzione speciale v. SCANDELLARI, *La "premiabilità" nel diritto penale*, cit., 219 ss.; in senso contrario v. RUGA RIVA, *La premialità*, cit., 599 ss.

⁸⁵ NUVOLONE, *Politica criminale*, cit., 148 ss.