

EDITORIALE

NICOLA MADÌA

Sovraestensioni applicative della corruzione ed effetto congelamento sull'attività politica

Il contributo, prendendo spunto dall'interpretazione del delitto di corruzione fornita dalla magistratura inquirente in inchieste salite di recente agli onori delle cronache nazionali, s'interroga circa il possibile effetto congelamento sull'attività politica in generale che determinano applicazioni del paradigma corruttivo contrastanti col canone della proporzionalità.

Corruption enforcement overreach and chilling effect on political activity

The contribution, taking its cue from the interpretation of the crime of bribery provided by the investigating magistracy in investigations that have recently hit the national headlines, questions the possible chilling effect on political activity in general that result in applications of the bribery paradigm that conflict with the canon of proportionality.

SOMMARIO: 1. Recenti sovraestensioni applicative del paradigma corruttivo e rischi di *overdeterrence*. - 2. Il ruolo ermeneutico del canone della proporzionalità. - 3. Il principio di proporzionalità nella gerarchia delle fonti interne ed europee. - 4. Egesi *hard* della corruzione e *chilling effect* sull'attività politica. - 5. La *correttezza* della *proporzionata* esegesi fornita dalla Cassazione della corruzione anche alla luce del raffronto con il reato di cui all'art. 353 c.p. - 6. Possibili e auspicabili (urgenti) rimedi.

1. *Recenti sovraestensioni applicative del paradigma corruttivo e rischi di overdeterrence.* Scorrendo le recenti cronache giudiziarie relative a procedimenti per corruzione coinvolgenti esponenti politici investiti di importanti incarichi elettivi, sembra emergere un'impostazione della magistratura inquirente tendente a formulare ipotesi accusatorie che si reggono su tre pilastri costituiti: i) dalla ricezione di regolari finanziamenti elettorali da parte del pubblico ufficiale; ii) da interlocuzioni intrattenute dall'esponente politico con i finanziatori; iii) da un generico interessamento del pubblico agente a pratiche amministrative di interesse dei privati.

Quelli che appaiono assenti in questi contesti investigativi - perlomeno stando a quanto si evince, dalla nostra prospettiva, dai resoconti giornalistici e dai provvedimenti diffusi su siti specializzati - sono attività di adulterazione dei diversi *iter* amministrativi e - a prescindere dalla fisiologica e intima aspettativa dei privati finanziatori di un interessamento del politico finanziato - un illecito rapporto di scambio tra erogazioni e condotte poste in essere dal tito-

lare di cariche pubbliche¹.

Occorre quindi verificare se contestare gli estremi della corruzione in situazioni del genere rischi di scivolare sul piano inclinato di una sovraestensione applicativa di queste ipotesi idonea ad attrarre nella morsa del diritto penale condotte apparentemente limitrofe a quelle incriminate, ma in realtà profondamente diverse sul piano tipologico e assiologico, generando un effetto di *overdeterrence* sulla generale attività politica in un paese che ha abolito il finanziamento pubblico ai partiti i quali, adesso, possono alimentarsi soltanto mediante contribuzioni private.

Per appurare come questo approccio sembri rivolto a colpire una generica *fenomenologia* comportamentale, più che contegni davvero ascrivibili al paradigma della corruzione, entrando in rotta di collisione col costruito testuale e l'inclinazione teleologica di queste figure di reato, occorre esplorare la questione, prima che dall'angolo visuale del corollario della tassatività, sotto la lente del principio di proporzionalità, ormai assunto, come vedremo², al rango di autonomo *caveat* costituzionale³, capace di vincolare, quindi, l'azione del legislatore, ma anche l'attività ermeneutica del giudice.

In quest'ultimo senso – come si dirà subito⁴ – tale direttiva mira, innanzitutto, ad arginare impieghi irragionevoli del precetto, capaci di sbilanciarne l'operatività fino a causare l'ingiusta, iniqua e, soprattutto, non prevista dal testo e dalla *ratio legis*, repressione di condotte addirittura espressive

¹ Peraltro, BRUNELLI, *Le disposizioni penali della legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012, 5 ss., in sede di primo commento alla *nuova* ipotesi di corruzione per la funzione, aveva osservato come con tale fattispecie avesse inteso punire anche la sola dazione, svincolando il giudice dalla necessità di ricercare un nesso causale tra questa e la messa a disposizione del pubblico agente. In assenza di legame finalistico tra dazione ed esercizio della funzione, ha da subito escluso la rilevanza penale del fatto, potendo le utilità corrisposte in questi casi essere assimilabili ad atto di mero ossequio o di semplice *captatio benevolentiae*, SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, 22. Che anche nell'assetto derivante dalla riforma del 2012, l'assenza di un chiaro legame finalistico tra utilità e svolgimento del *munus* pubblico dovesse andare esente da un rimprovero penale, potendo dare luogo a un giudizio di tipo disciplinare, lo aveva osservato, nel contesto di un lavoro monografico sul tema, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, 154.

² Cfr. par. 3.

³ Così, MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018, 15

⁴ Cfr. par. 2.

dell'esercizio di diritti fondamentali, come tali estranee, sul piano valoriale, prima che letterale, all'area d'incidenza del diritto penale.

2. *Il ruolo ermeneutico del canone della proporzionalità.* Il principio di proporzionalità costituisce - come si desume, in particolare, dalla sua elaborazione nei sistemi tedesco e spagnolo (*Verhältnismäßigkeit/proporcionalidad*) - un criterio orientatore per il giudice e, più a monte, un parametro di valutazione della stessa legittimità dell'intervento dei pubblici poteri. Si tratta, quindi, di un canone attraverso il quale saggiare la legittimità dell'*an*, del *quomodo* e del *quantum* della pena⁵. Così inteso, il principio di proporzionalità consente di vagliare la compatibilità con esso (già su un piano astratto) delle scelte di criminalizzazione.

Invero, il canone della proporzionalità, anche nella tradizionale elaborazione giurisprudenziale delle Corti internazionali e della stessa Corte costituzionale⁶, è stato solitamente utilizzato onde verificare la legittimità di limitazioni previste dalla legge all'esercizio di prerogative fondamentali, ovvero, specialmente, al fine di individuare limiti funzionali all'esplicazione di altri diritti base della persona. Insomma, la proporzionalità è assunta a parametro utilizzato per operare quella continua attività di bilanciamento tra diritti, necessaria, nell'attuale fase di loro espansione e moltiplicazione, a garantire la protezione di tutti gli attributi dell'essere umano anche ove in rapporto di reciproca confliggenza. In quest'ottica, le limitazioni ai diritti sono consentite alla condizio-

⁵ In questi termini, SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 111 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 144 ss.; ID., *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2113, in particolare alla nota n. 22; ID., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Treccani. Il libro dell'anno 2013*, Roma, 2013, 50. Inoltre, INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?* in *Ind. pen.*, 2017, 204. In senso analogo, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 297, in particolare alla nota n. 35. Ancora, SILVA, *La deriva punitiva e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 33. Nella letteratura straniera ha sottolineato il ruolo giustificativo dello stesso intervento punitivo esercitato dal principio di proporzionalità soprattutto in Germania, ASP, *Two notions of proportionality*, in *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, a cura di Noutio, Helsinki, 2007, 207 ss. Inoltre, ha sottolineato come il contenuto dell'art. 49, § 3, C.D.F.U.E. sia assimilabile al contenuto del § 62 StGB (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), ESER, *Justizielle Rechte, sub art. 49 CDFUE*, in *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, a cura di Meyer, Baden Baden, 2014, 690 e 702 ss.

⁶ Su cui ci si intratterà nel par. 3.

ne che siano, per l'appunto (come sancisce anche l'art. 52 C.D.F.U.E.), *proporzionate*.

D'altronde – sia detto per inciso –, questa possibilità di modulare l'area d'influenza dei diritti fondamentali risulta congenita al loro atteggiarsi alla stregua di *norme di principio*, come tali non operanti – alla stregua delle “regole” in senso *Dworkiniano* – nella forma del tutto o niente. Si tratta di predicati assai flessibili nel loro contenuto e nella loro portata e suscettibili, quindi, di venire circoscritti attraverso la tecnica del bilanciamento, per essere applicati – sempre in senso *Dworkiniano* – in congiunzione con gli altri⁷.

Da quanto dedotto deriva che il principio di proporzionalità, “tradizionalmente” inteso, mira ad una “mediazione” (*id est*: bilanciamento) tra interessi, onde consentire, a determinate condizioni, la compressione – mai l'annullamento – dell'uno in favore di altro contrapposto meritevole di prevalenza nel caso concreto⁸.

Dunque, il canone della proporzionalità condiziona *in primis* l'azione legislativa, potendo determinare la censura di scelte in manifesto contrasto con questo limite, ma, poi, rappresenta un vincolo ermeneutico per il giudice, il quale, prima di rassegnarsi all'illegittimità della disposizione da applicare al caso sottoposto al suo vaglio, dovrà sperimentare la possibilità di interpretazioni conformi a questa direttrice.

Il tutto, al fine di accertare se la lettera della legge permetta di ascrivere ad

⁷ Per fondamentali riflessioni in argomento, PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post- delmausiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1104 ss., il quale espone e riflette sulla teorizzata differenza tra “regole” e “principi” di DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010. Più di recente, in tema, MANES, *L'evoluzione del rapporto tra corti e giudici comuni nell'attuazione del “volto costituzionale” dell'illecito penale*, in *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, a cura di Manes-Napoleoni, Torino, 2019, 23. Inoltre, TESAURO, *Corte EDU e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. Parte seconda: il bilanciamento ad hoc (o caso per caso): alcune esemplificazioni giurisprudenziali*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 luglio 2019, 9 ss. Più indietro nel tempo, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 316 ha sottolineato come i diritti fondamentali siano caratterizzati da una “eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico)”, che genera un diritto a contenuto generale e generico oggetto di continui e progressivi affinamenti e ampliamenti. Nella letteratura internazionale, ancora, AXLEY, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, 294 ss. Sul punto, TRIPODI, *Cumuli punitivi*, ne bis in idem e proporzionalità, in *Riv. it. dir. proc.*, 2017, 1074.

⁸ In argomento, MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1439 ss.

essa soltanto fatti davvero meritevoli di quell'*an* e di quel *quantum* di pena, ovvero se, per impiegare le parole di Vittorio Manes⁹, questa *riduzione teleologica della fattispecie*, che eviti di colpire contegni diversi sul piano assiologico, ancorché solo apparentemente limitrofi sul piano tipologico, risulti imposta dal testo, precludendo esegesi con esso contrastanti.

Da questo punto di vista, il principio di proporzionalità deve condurre, nella prassi, ad applicazioni delle fattispecie incriminatrici rispettose delle indicazioni del legislatore, così da ascrivere all'area d'incidenza del diritto penale solo i fatti che, anche considerando la misura dei compassi sanzionatori, risultino, sul piano teleologico, effettivamente meritevoli di quella reazione.

In altri termini, il principio di proporzionalità, sul piano ermeneutico¹⁰, impone, in sede di sindacato decentrato del giudice comune, di accertare l'estensione della fattispecie, nel senso di selezionare, nella vasta gamma dei fatti potenzialmente suscettibili d'incriminazione, quelli permeati dal disvalore minimo compatibile, sul terreno assiologico, con quel tipo di risposta punitiva approntata dal legislatore.

Da un lato, in definitiva, la proporzionalità si traduce in un canone di giudizio capace di svelare se i fatti colpiti da una certa sanzione penale (analizzata nel suo minimo edittale) siano davvero meritevoli di tale reazione, dall'altro, superato positivamente il primo vaglio, di fattore selezionante i fatti suscettibili di rientrare in un determinato paradigma punitivo¹¹.

⁹ È un'efficace espressione utilizzata per descrivere questo concetto da, per l'appunto, MANES, Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica", in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 15.

¹⁰ Il ruolo ermeneutico del principio di proporzionalità è stato di recente tematizzato da RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 326 ss.

¹¹ Questa è la prospettiva che rende più prolifico il ricorso a tale principio secondo, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 122, giacché qualunque sanzione - anche la pena dell'ergastolo per un divieto di sosta - è in grado di assolvere ad una delle molteplici finalità connessa alla pena - perlomeno di prevenzione generale. EUSEBI, *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d. lgs. 150/2022*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2024, 4 ha affermato in proposito: «il pensiero retribuzionista considera la libertà al passato, ritenendo che se ne possa soppesare, e remunerare, l'uso (quando, invece, possiamo solo ricostruire empiricamente taluni dei fattori che su tale uso abbiano inciso), mentre il positivismo ebbe a negare in radice la sussistenza stessa della libertà, l'orientamento rieducativo considera la libertà (ovvero, l'autonomia personale) al futuro, come risorsa, connessa alla dignità umana, che rimane sempre spendibile».

Il canone della proporzionalità impiegato quale strumento euristico consente di instradare verso la giusta interpretazione di fattispecie la cui esistenza, diversamente, potrebbe diventare intollerabile all'interno dell'ordinamento statale visto nel suo complesso, rischiando di rivelarsi troppo *onerosa* per l'individuo e anche per la collettività. E questo, a cagione, al di là delle intenzioni del legislatore, dell'effetto di *overdeterrence* su condotte espressione di prerogative fondamentali che, pur non rientrando nel fuoco della disposizione incriminatrice, risultino in qualche modo limitrofe, adiacenti a quelle punite, facilmente confondibili con esse in assenza di un'attenta opera di chirurgia esegetica¹².

La proporzionalità indica che, nei casi dubbi, occorre comunque privilegiare il libero esercizio di una prerogativa fondamentale della persona, piuttosto che esigenze repressive, onde evitare che forme di *over - criminalization* creino un effetto deterrente - c.d. *chilling effect* - sulla generalità dei consociati appartenenti alla categoria dei soggetti coinvolti in un procedimento penale, in ragione dell'autentico terrore che produce l'incertezza di potere incorrere nei rigori del diritto penale per condotte invece fisiologiche, ma suscettibili di generare equivoci e attenzione da parte della magistratura, con un perverso e pernicioso effetto sistemico¹³.

E come ben evidenziato in dottrina, tale abnorme e non voluta efficacia paralizzante sarebbe connessa all'incertezza sull'estensione che sarà attribuita alla *norma in action* e all'errore sulla tipologia di condotte incriminate che una prassi lasca nell'applicazione di determinate figure di reato possono provocare nei suoi destinatari, inesperti e timorosi di andare incontro alle gravose conseguenze che un'accusa, prima che una condanna¹⁴, con i suoi nocimenti sull'immagine, sulla reputazione, sulla carriera e sull'esistenza, può indurre¹⁵.

¹² Ha ben evidenziato questi effetti perversi illuminati dalla dottrina del *chilling effect*, RECCHIA, *Il principio*, cit., 252 ss.

¹³ Così, da ultimo, RECCHIA, *I limiti costituzionali alla configurabilità della ricettazione del difensore penale ovvero chilling effect e proporzionalità in action*, in www.dirittodidifesa.eu, 18 luglio 2024, § 5.

¹⁴ Ha sottolineato come sia lo stesso peso di una possibile accusa a scoraggiare da condotte *socialmente* utili ma potenzialmente fomite di attenzione da parte del diritto penale in ragione dell'operatività, nella prassi, di certe figure di reato che incriminano situazioni potenzialmente inclusive, in assenza di un'attenta opera d'interpretazione, di comportamenti diversi dal tipo, ancorché limitrofi, e addirittura consentanei ad una società democratica RECCHIA, *Il principio*, cit., 256 ss.

¹⁵ Mette in luce queste chiavi psicologiche idonee ad aprire i cancelli al *chilling effect*, RECCHIA, *Il prin-*

L'ampiezza e rigidità di un compasso editale diventano una chiave esegetica fondamentale nell'applicazione del canone euristico della proporzionalità, perché è ovvio che tanto più la risposta penale è severa tanto più occorre circoscrivere il raggio d'azione del disposto a condotte con certezza collocabili nel corpo centrale del precetto, escludendo subito tutti quei comportamenti ambigui, perseguire i quale può suscitare un perverso effetto deterrente sull'esercizio di diritti fondamentali.

L'applicazione sproporzionata di una fattispecie, d'altronde, non dipende sempre dalla vaghezza e genericità del suo contenuto, ma proprio da una prassi indisciplinata, se è vero che anche ipotesi strutturate in termini precisi subiscono torsioni che le portano a trascinare dal loro alveo naturale¹⁶.

3. *Il principio di proporzionalità nella gerarchia delle fonti interne ed europee.* Il principio di proporzionalità occupa un posto sovraordinato nella scala dei valori fondamentali sia a livello sovranazionale che interno.

La Grande Sezione della Corte di Giustizia UE ha affermato che tale canone, in ossequio alle indicazioni ricavabili dall'art. 49, § 3, C.D.F.U.E., da intendersi come divieto di *sproporzione*¹⁷, sprigiona *effetti diretti* negli ordinamenti nazionali, costituendo una direttiva generale del diritto unionale, che s'impone, con carattere imperativo, ai paesi aderenti, a prescindere dall'introduzione di meccanismi di armonizzazione nei settori interessati¹⁸.

A sua volta, nonostante l'assenza nella Convenzione di riferimenti testuali al principio, la Corte EDU, seppur conferendogli un'efficacia marginale, in casi "eccezionali" lo ha utilizzato per vagliare, ai sensi dell'art. 3 («Proibizione della tortura»), l'eventuale *manifesta sproporzione* delle pene inflitte, assurgen- do, in questo contesto, a divieto direttamente discendente dall'obbligo di non

cipio, cit., 253 ss.

¹⁶ Non ha mancata di evidenziare questo aspetto, RECCHIA, *Il principio*, cit., 260 ss.

¹⁷ TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2022, 29.

¹⁸ La giurisprudenza sul punto è citata e commentata da GIACONA, *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sist. pen.*, 2023, 9, 4. Le sentenze menzionate sono quella del 16 giugno 2022 e dell'08 marzo 2022, C-205/ 20, NE, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022, con nota di VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*.

sottoporre alcuno a pene inumane e degradanti¹⁹.

Il principio di proporzionalità, oltre a ricevere espressa previsione nell'art. 49 C.D.F.U.E. e chiara legittimazione nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU (ancorché in quel contesto sia sfornito di esplicita consacrazione normativa), risulta autonomamente desumibile, sebbene non esplicitamente citato, dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, co. 3 della Costituzione²⁰.

Il principio di proporzionalità, svolgendo una funzione limitatrice della potestà punitiva, si risolve in un canone di garanzia che implica un uso della discrezionalità legislativa non manifestamente eccessivo, ma anche un impiego di quella giudiziaria non invasivo delle prerogative di esclusiva competenza del legislatore quando delimita il raggio d'azione del diritto penale, al fine di non contraddire la *ratio* istitutiva della separazione dei poteri che è pur sempre un presidio per il cittadino.

D'altronde, sia detto per inciso, e proiettando lo sguardo al di là dell'Atlantico, a prescindere da alcune tesi c.d. originaliste, emerse nella letteratura e nella giurisprudenza della Corte Suprema USA, il cui principale esponente è il giudice Antonin Scalia, secondo cui, come riportato da Francesco Viganò²¹, il *Bill of Rights* statunitense andrebbe letto nel suo stretto e originario significato testuale, al cui interno non è dato scorgere il principio di proporzionalità, è a molti chiaro come anche nel seno di questa Carta fondamentale, così come, del resto, sotto la superficie di qualsiasi costituzione, si

¹⁹ Così, TRIPODI, *Cumuli*, cit., 1078, MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, 4584 ss.; BARON, *Test di proporzionalità* e ne bis in idem. *La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euroconvenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 9. Più di recente, ha illustrato la giurisprudenza in materia della Corte EDU, VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., 90 ss.

²⁰ Così, Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2019, cfr. § 5. 2 del *Considerato in diritto*; Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, in *www.cortecostituzionale.it*, nel § 8 del *Considerato in diritto*. In dottrina, MANES, *Principio*, cit., 49, aveva già sottolineato (anche riprendendo le parole di G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII) come: «Il principio di proporzione (o proporzionalità) rappresenta un “grande principio costituzionale di carattere generale”, se non persino di rango sovra costituzionale (Überverfassungsrang) (...)». Circa l'“implicita costituzionalizzazione” del principio di proporzionalità, INSOLERA, *Controlli*, cit., 188 ss. Inoltre, PALMIERI, *Il giudizio*, in *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, a cura di Gianniti, Bologna, 2013, 1452. Più di recente, TRIPODI, *Ne bis in idem*, cit., 25.

²¹ VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., 10 ss. e 306 ss. dove viene illustrata l'impostazione concettuale da cui muovono le dure posizioni del giudice ANTONIN SCALIA anche in materia di pena di morte.

possano scorgere principi e diritti *espresi* insieme a principi e diritti *impliciti*, da scoprire e “slatentizzare” in parallelo allo scorrere del tempo, ai mutamenti sociale, all’evoluzione dei costumi e della società in cui quelle Carte vivono e a cui devono necessariamente adattarsi²².

E, infatti, anche negli USA vi è sostanziale convergenza di veduta nel rilevare che il divieto di pene *crudeli e inusuali*, esplicitamente consacrato nell’VIII emendamento, imponga l’adeguatezza della pena all’offesa arrecata dalla condotta illecita²³, vietando pene eccessive, idonee a *strumentalizzare* la persona ad altri scopi, che finisce per essere mortificata nella sua *dignità*.

4. *Esegesi hard della corruzione e chilling effect sull’attività politica*. Lo svolgimento di condotte espressive di diritti fondamentali può risultare particolarmente pregiudicato in ragione dell’eccessiva estensione operativa attribuita a talune fattispecie incriminatrici.

La portata onnivora e omnicomprensiva assegnata in via interpretativa a ipotesi criminose volte a colpire condotte confinanti con altre, non solo assolutamente lecite, ma anche commesse allo svolgimento di attività fondamentali per la legittima manifestazione della personalità umana e per il corretto funzionamento della società stessa, è idonea a provocare una sorta di paralisi psicologica (c.d. *chilling effect*), nel senso di condurre a una ingiustificato effetto deterrente sul libero esplicarsi di diritti basilari.

L’impiego in chiave ermeneutica del canone della proporzionalità permette proprio di accertare un’irragionevole estensione dell’operatività di alcune fattispecie, accompagnate, per giunta, da aspri riflessi sanzionatori, che finisce per conculcare l’esercizio di diritti fondamentali confliggenti.

Talune ipotesi astratte si prestano effettivamente ad impattare su diritti basilari della persona e la loro interpretazione in distonia col principio di proporzionalità, inteso in chiave ermeneutica, rischia seriamente di produrre un effetto paralizzante sull’esercizio di attività fondamentali per la collettività.

Le ipotesi di corruzione offrono il fianco a letture idonee a incidere in profondità sul libero svolgimento del diritto di elettorato passivo, nella misura in

²² Queste sono le ineccepibili idee diffuse da VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., 307 ss.

²³ Sul tema, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 132 ss.

cui si giunga ad ascrivere alla loro area applicativa quella casistica che vede l'esponente politico ricevere finanziamenti trasparenti e leciti a fronte della promozione di un'azione politica gradita al finanziatore, ma svolta, pur sempre, nell'assoluto rispetto delle regole, nell'interesse generale e in assenza di qualsiasi illecita pattuizione intesa a mercificare il proprio operato²⁴.

In un sistema che ha abolito il finanziamento pubblico alla politica - col d. l. 28 dicembre 2013, n. 149, conv. con modif., dalla L. 21 febbraio 2014, n. 13 - e che ha regolamentato quello privato - da ultimo, e in maniera piuttosto rigida, attraverso le modifiche introdotte dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3²⁵ -, sarebbe impossibile pretendere che un privato finanzi un esponente di partito senza auspicare di contribuire all'elezione di un amministratore sensibile ai suoi interessi, col quale avere una qualche forma d'interlocuzione, con l'effetto che riportare al paradigma della corruzione gli atti poi compiuti dall'eletto nell'interesse generale, ma ridondanti anche a favore del privato, significa, di fatto, impedire qualsiasi forma di sovvenzionamento dell'attività politica, generando effetti perniciosi sullo stesso libero esplicarsi di una democrazia compiuta.

A queste condizioni, gli unici soggetti in grado di ambire a cariche elettive diventano coloro che dispongono di ingenti risorse proprie, con l'indiretta trasformazione del nostro assetto interno in una Repubblica fondata sul censo.

E questo, tanto più ove si ponga mente ai severissimi compassi edittali che accompagnano le fattispecie di corruzione, idonei a determinare viepiù un effetto paralizzante.

In effetti, in Germania, il § 108e StGB, che delinea un'autonoma ipotesi di corruzione per titolari di incarichi elettivi, fondata sull'accettazione o sulla promessa di un vantaggio *ingiustificato*, lascia fuori dal suo raggio d'incidenza

²⁴ Da tempo aveva messo acutamente in luce il rischio di *iper* criminalizzazione che le fattispecie di corruzione ingenerano e il connesso pericolo di gravi limitazioni delle libertà politiche, MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1127 ss. Con specifico riguardo al rischio di un effetto congelamento sull'attività parlamentare si rinvia alle preziose note di N.M. MAIELLO, *Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del Chilling effect*, in *www.sistemapenale.it*, 28 luglio 2023, 1 ss.

²⁵ Su queste modifiche si intrattiene, N.M. MAIELLO, *Corruzione*, cit., 3 ss. Più indietro nel tempo, la tematica è stata efficacemente affrontata da COMPAGNA, *La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2016, in particolare 7 ss.

dazioni conformi alla legge²⁶.

Inoltre, lo stesso § 108e StGB, esige che la prestazione del pubblico agente avvenga *su mandato o direttiva* del privato finanziatore, così esplicitando la necessità che l'attività d'ufficio rinvenga la sua genesi esattamente nell'accordo col corruttore e non sia espressione di orientamenti e indirizzi politici propri del politico, svincolati dalle dazioni ricevute o promesse²⁷.

Perché si integri la corruzione, in definitiva, non basta la percezione di regolari finanziamenti da parte del politico o di enti e fondazioni a lui collegate, non basta che il politico poi realizzi iniziative che, effettivamente, coincidano con l'interesse dei finanziatori, occorrendo, altresì, che il tutto rientri in un preciso – e, vorremmo aggiungere, in linea con quanto adesso esige la Corte Suprema USA nel valutare i finanziamenti delle campagne elettorali, *esplicito*²⁸ – accordo, fondato sulla logica sinallagmatica del *do ut des*, volto allo svolgimento strumentale della funzione, o all'emanazione di un atto illegittimo, nel caso di corruzione propria, in quanto contrario alla legalità dell'azione amministrativa, e non semplicemente connotato da imparzialità²⁹.

²⁶ Critica sulla morfologia della disposizione tedesca *in parte qua*, in ragione della sua ritenuta eccessiva indulgenza, UBIALI, *Attività*, cit., 384 ss.

²⁷ Ha commentato in senso favorevole questo schema qualificativo, N.M. MAIELLO, *Corruzione*, cit., 15 ss., nonostante le inevitabili difficoltà probatorie connesse alla dimostrazione di tale elemento fortemente collegato al foro interno del pubblico agente e il rischio, correlato, di *trend* giurisprudenziali che finiscano per annullare la portata precettiva della disposizione, come già paventata in terra tedesca, ERNST MÜLLER, “*Handlung im Auftrag oder auf Weisung*”. *Anmerkung zur Normgegensatz des §108e StGB*”, in *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70*, a cura di Bockemühl-Gierhake-Ernst Müller-Walterü, Geburtstag-München, 2015, 334. L'orientamento del BGH è analogo a quello patrocinato nella nostra dottrina da quanti hanno sostenuto che la corruzione propria si integra laddove l'atto del pubblico agente non corrisponde a quello che lo stesso avrebbe compiuto in assenza della dazione illecita, SPENA, *Il «Turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 296. Tempo dopo ha sposato questa ricostruzione, CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Torino, 2012, 118.

²⁸ Sottolinea questo aspetto dell'elaborazione giurisprudenziale d'oltreoceano, UBIALI, *Attività* cit., 246.

²⁹ Come messo in luce da RECCHIA, *Il principio*, cit., 265 ss. negli USA la Corte Suprema si è mossa da tempo in questo senso proprio al fine di evitare un *chilling effect* sull'attività politica collegato al fatto che qualsiasi finanziamento potrebbe essere qualificato in termini di utilità e qualunque mediazione tra istanze dei finanziatori e pubblica amministrazione un atto d'ufficio. Nel caso *McDonnell v. United State*, 579 U.S. – (2016), si è esclusa la rilevanza penale, perché non inquadrabile nel concetto di atto d'ufficio, di un'intermediazione non sfociata in pressioni indebite, tramite abuso di funzioni. Per un *excursus* completo sulla giurisprudenza USA in materia, UBIALI, *Attività*, cit., 42 ss. e, in particolare sulla sentenza, *McDonnell v. United State*, 579 U.S. – (2016), 52 ss. La stessa Autrice, a 257, osserva come l'atto d'ufficio non possa essere ritenuto illegittimo solo in quanto frutto di accordo corruttivo, dovendo anche attecchirsi in senso contrastante col buon andamento della P.A., ovvero con quello

Insomma, non è sufficiente interloquire col proprio elettore/finanziatore, rispondendo alle sue legittime istanze, perché ciò inibirebbe la ricerca di finanziamenti per l'attività politica, di fatto impedendola, ovvero disincentiverebbe i privati a foraggiarla, sapendo che poi, proprio tale contributo, impedirà qualsiasi rapporto col pubblico amministratore, pena l'incappare nei rigori del diritto penale.

È, invero, fisiologico e connaturato ad un sistema che ha introitato la logica del finanziamento privato ai partiti e ai loro esponenti che sorga un generico potere d'influenza del finanziatore e si cimentino dei rapporti col politico³⁰.

Così come è del tutto normale che l'azione politica di un esponente eletto possa corrispondere agli interessi del privato finanziatore, giacché è ovvio che qualunque cittadino o imprenditore o soggetto giuridico scelga di sovvenzionare un candidato, il quale basi il suo impegno pubblico sulla promozione di valori e interessi da lui condivisi, dalla sua attività non potrà che attendersi un qualche ritorno³¹.

Quando i finanziamenti elettorali sono leciti e trasparenti, come osservato in dottrina, l'ipotesi alternativa alla corruzione, ossia la volontà di sostenere l'azione politica di un soggetto del quale si condividono valori e interessi, al di là e a prescindere da qualsiasi intesa corruttiva, tende a prevalere sul piano probatorio³². Il tutto, viepiù ove ci si trovi al cospetto di atti legittimi in quanto, magari, posti in essere nell'esercizio di poteri molto ampi - come quelli di

schema legale di distribuzione ed esercizio di funzioni secondo competenze, ai sensi dell'art. 97 Cost. L'atto, insomma, deve essere connotato da un disvalore ulteriore rispetto al suo mero essere frutto dell'imparzialità collegata al patto corruttivo, dovendo, in sé e per sé, caratterizzarsi per un'illegalità propria, pena la smaterializzazione del delitto di corruzione. Diversamente opinando, aveva già efficacemente messo in luce MANES, *Corruzione*, cit., 1134, l'oggetto della censura penale sarebbe unicamente il conflitto d'interessi, con la conseguente illiceità di qualunque attività svolta in questa situazione dal soggetto investito di cariche pubbliche, disperdendosi l'esigenza di un rapporto di scambio tra privato e pubblico agente, essendo assorbito l'intero disvalore del fatto dalla sola esistenza di un flusso di denaro, idoneo a rendere penalmente illecita, per ciò solo, qualsiasi decisione pubblica. Ma già, sostanzialmente in termini analoghi, SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1237.

³⁰ Sono queste le considerazioni sviluppate nel caso *McDonnell v. United State*, 579 U.S. - (2016), come messo in luce da UBIALI, *Attività*, cit., 59, la quale, a p. 80 ss. cita una successiva evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte che, appunto, evidenzia la fisiologica influenza esercitabile dal finanziatore sul finanziato in un sistema caratterizzato dal finanziamento privato della politica.

³¹ Si tratta di acute considerazioni già sviluppate da UBIALI, *Attività*, cit., 217 ss.

³² Ancora, sul punto, nell'illustrare alcuni casi paradigmatici di questo fenomeno, salita agli onori delle cronache giudiziarie, UBIALI, *Attività*, cit., 230 ss.

cui è ad esempio investito un Presidente di Regione –, che gli consentono di beneficiare di vasti margini di discrezionalità idonei a confortare una ricostruzione del suo agire improntata, non già all’asservimento della sua funzione, quanto, piuttosto, all’interesse generale secondo la sua visione politica³³.

Come si vede, in questi casi, il canone della proporzionalità impiegato quale strumento euristico consente di arginare esondazioni interpretative che renderebbero intollerabile l’esistenza di talune fattispecie all’interno dell’ordinamento statale visto nel suo complesso, generandosi costi troppo alti per l’individuo e anche per la collettività.

Si produrrebbe, infatti, anche al di là delle intenzioni del legislatore, un effetto *collaterale* di *overdeterrence* su tutti gli aspiranti a cariche pubbliche, in ragione dell’autentico terrore che induce l’incertezza di potere subire gli incalcolabili danni di un procedimento penale per condotte fisiologiche e con-naturate al mandato elettivo, ma suscettibili di generare equivoci e attenzione da parte della magistratura³⁴.

5. *La correttezza della proporzionata esegesi fornita dalla Cassazione della corruzione anche alla luce del raffronto con il reato di cui all’art. 353 c.p.* In realtà, la Cassazione ha avviato da tempo un virtuoso *trend* ermeneutico in ossequio al quale, proprio con l’intento di prevenire sovraestensioni operative delle fattispecie di corruzione, in omaggio al canone della proporzionalità, ha esaltato l’insuperabile necessità di dimostrare la ricorrenza di un *pactum sceleris* tra privato e pubblico agente volto alla mercificazione di pubbliche funzioni per scopi distonici rispetto all’interesse generale.

Il Giudice della legge ha ricalcato un po’ quanto avvenuto in Germania da parte del *Bundesgerichtshof* in ordine all’ipotesi di *Vorteilsannahme* prevista nel § 331 dello StGB.

Il BGH, ai fini dell’integrazione del reato, pretende, oltre un preciso vincolo

³³ Sono concetti espressi da UBIALI, *Attività*, cit., 238 nell’illustrare il caso di un Presidente di Regione prosciolto dall’accusa di corruzione proprio in base a tali asseriti.

³⁴ Così, da ultimo, RECCHIA, *I limiti costituzionali*, cit., § 5. Inoltre, e più in generale sul rischio di effetti collaterali connessi a determinate scelte di criminalizzazione, GALLI, *Gli effetti “collaterali” delle scelte di criminalizzazione: dagli aspetti definatori allo strumentario operativo*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di Galli-Recchia, Napoli, 2023, 17 ss

sinallagmatico tra contributo elettorale e atto d'ufficio, anche un comportamento del pubblico agente vantaggioso solo per il finanziatore e non anche per la collettività. D'altronde, la Suprema Corte federale tedesca ha sottolineato il rischio di disparità di trattamento tra chi riceve finanziamenti senza essere ancora investito di un *munus* pubblicistico e chi partecipa a competizioni elettorali nello svolgimento di un mandato elettivo, il quale potrebbe risultare svantaggiato nel ricevere contribuzioni, in ragione del *chilling effect* connaturato alla paura di essere avvolto nelle spire del diritto penale³⁵.

Ebbene, nell'elaborazione attuale, la Suprema Corte di Cassazione, nel rammentare che il reato di corruzione, nelle sue varie ipotesi, integra un reato a forma libera, plurisoggettivo, a concorso necessario, di natura bilaterale, fondato sul *pactum sceleris* tra privato e pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), aggiunge che la sua configurazione si manifesta solo se entrambe le condotte, del funzionario e dell'*extraneus*, in commessione indissolubile, sussistano probatoriamente. In particolare, deve essere accertato il nesso tra l'utilità e l'atto da compiere o compiuto da parte del pubblico ufficiale, e se il compimento dell'atto sia stato la causa della prestazione e dell'accettazione da parte del pubblico ufficiale della utilità. Non è sufficiente la mera circostanza dell'avvenuta dazione. In linea con il dettato dell'art. 319 c.p. occorre dimostrare, al di là della dazione indebita dal privato al pubblico agente, la finalizzazione di tale erogazione all'impegno di un futuro comportamento contrario ai doveri di ufficio, ovvero alla remunerazione di un già attuato comportamento contrario ai doveri d'ufficio da parte del soggetto munito di qualifica pubblicistica³⁶.

Successivamente³⁷, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto occasione di ribadire come la sola ricezione dell'utilità non sia idonea a svolgere una funzio-

³⁵ Esplora a fondo questo orientamento RECCHIA, *Il principio*, cit., 267 ss., nota 35, dove si cita la prima pronuncia che aveva avviato questo *trend*. In un lavoro monografico interamente dedicato ai delicati rapporti tra corruzione e attività politica, ripercorre anche la giurisprudenza del BGH, UBIALI, *Attività*, cit., 161 e 246.

³⁶ Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2021, n. 37783, in *Giur. pen. web*, 27 ottobre 2021, con nota di ROCCATAGLIATA, *I principi giuridici enunciati dalla Cassazione nella sentenza che chiude la vicenda Saipem-Algeria*, in particolare 46 ss. della motivazione.

³⁷ Cass., Sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518, in *www.sistemapenale.it*, 31 gennaio 2022, con nota di UBIALI, *L'illiceità della mediazione nel traffico di influenze illecite: le sentenze della Cassazione sui casi Alemanno e Arcuri*, particolare 15 ss. della motivazione.

ne di prova della partecipazione di un soggetto all'accordo criminoso, non potendosi dare per scontato quello che, invece, dovrebbe essere oggetto di una specifica dimostrazione sulla base del consolidato principio secondo cui, ai fini dell'accertamento del delitto di corruzione propria, nell'ipotesi in cui la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale risultino provate, è necessario appurare che il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio sia stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta prestazione dell'utilità.

Più di recente, la Corte ha confermato come, ai fini della corruzione, debba essere acclarato con certezza il nesso teleologico tra l'utilità e l'atto del pubblico ufficiale, nel senso che la dazione non è sufficiente a dimostrare l'accordo illecito in assenza della prova che la stessa costituisca l'adempimento del patto corruttivo³⁸.

La Corte si è poi premurata di censurare operazioni esegetiche inclini a confondere la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio con la mera violazione del dovere d'imparzialità conseguente alla remunerazione ricevuta dal pubblico ufficiale ad opera del privato. In tempi a noi ravvicinati, la Cassazione ha osservato come considerare atto contrario la semplice strumentalizzazione o distorsione dell'esercizio del potere del pubblico agente, derivante dalla retribuzione percepita o promessa, significa affermare la costante integrazione del reato di corruzione propria anche in assenza di un atto *contra legem*. Per contro, questo reato esige che la *pecunia sceleris* sia finalizzata al compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio. Ne consegue che, in assenza di qualsiasi manipolazione dell'*iter* amministrativo da parte del soggetto pubblico, il reato è da escludere³⁹.

Tale assunto era già stato fatto proprio dalla Suprema Corte nel processo c.d. "mondo di mezzo", dove si era affermato che la mera accettazione da parte del pubblico agente di un'indebita utilità, a fronte del compimento di un atto discrezionale, non integra necessariamente il reato di corruzione propria, do-

³⁸ Cass., Sez. VI, 4 aprile 2023, n. 14227, in *Guida dir. web*, 4 aprile 2023, da 18 ss. della motivazione.

³⁹ Cass., Sez. VI, 5 aprile 2024, n. 14027, in *www.dirittodidifesa.eu*, 157, 15 aprile 2024, in particolare a p. 4 della motivazione.

vendosi verificare, in concreto, se l'esercizio dell'attività sia stato condizionato dalla “presa in carico” dell'interesse del privato corruttore, comportando una violazione delle norme attinenti a modi, contenuti o tempi dei provvedimenti da assumere e delle decisioni da adottare, ovvero se l'interesse perseguito sia stato ugualmente sussumibile nell'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere, nel qual caso la condotta avrebbe integrato il meno grave reato di corruzione per l'esercizio della funzione⁴⁰.

Tali indirizzi erano già stati anticipati dalla Cassazione in passato⁴¹, quando si sono sposate le conclusioni assolutorie raggiunte nel merito in favore di un Presidente di Regione. Al fine confermare la sentenza di proscioglimento, i Supremi giudici hanno osservato come non fosse manifestamente illogico ritenere che l'indizio desunto dal compimento, da parte dell'allora Presidente di Regione, di atti d'iniziativa diretti a determinare l'affidamento in gestione ai privati delle R.S.A. mediante una gara unica, risultasse “debole” sia sotto il profilo della gravità, sia sotto il profilo della precisione: sicuramente si trattava di atti caratterizzati da un contenuto ampiamente discrezionale e che, oggettivamente, avevano costituito la premessa necessaria per l'aggiudicazione in favore dell'imprenditore finanziatore; tuttavia, si trattava di atti non illegittimi, dai quali non derivò l'attribuzione di posizioni formali di vantaggio per il Consorzio facente capo al privato, e la cui adozione non poteva essere sicuramente individuata in una indebita concertazione tra il politico e l'imprenditore, stante la modesta entità dei contatti telefonici tra gli stessi e la possibilità di offrirne spiegazioni alternative in ordine al contenuto dei colloqui.

Anche perché non erano state accertate interferenze o interventi, formali o informali, del Presidente di Regione nella procedura di gara; inoltre, lo svolgimento della gara, seppure connotato da ampia discrezionalità, non era risultato affetto da illegittimità.

Le affermazioni formulate nella giurisprudenza risultano avvalorate sulla base

⁴⁰ Cass., Sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125, in *www.sistemapenale.it*, 18 giugno 2018, con nota di AMARELLI-VISCONTI, *Da “mafia capitale” a “capitale corrotta”. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*. Principio enunciato in una delle massime ufficiali estratte.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 13 settembre 2017, n. 41768, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 23 novembre 2017, con nota di RICCARDI, *L'inutilizzabilità delle intercettazioni nel “procedimento diverso” a carico dell'ente imputato*, in particolare da p. 63 della motivazione.

di un'analisi sistematica e comparata delle ipotesi di corruzione con quella di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p.¹².

Infatti, mentre negli artt. 318 e seg. il legislatore, mediante l'impiego della particella "per", esprime la necessità di un nesso indissolubile, operante in via diretta, logica, funzionale e teleologica, tra dazione e beneficio ricevuto, nell'art. 353 c.p. l'offerta di doni o la formulazione di promesse non possiedono questa valenza semantica.

Il dono, proprio perché costituisce un mero gesto di liberalità, per sua stessa natura, non può essere immediatamente finalizzato a conseguire un profitto, a mercificare un altrui *facere*.

D'altronde, le condotte "*blanditive*" enucleate nell'art. 353 c.p. non sono correlate a quelle formule linguistiche (*per* omettere, *per* ritardare, *per* compiere) che, come detto, nella corruzione esplicitano la necessaria sussistenza di un nesso teleologico forte tra due prestazioni.

La relazione tra dono, promessa e turbamento nell'art. 353 c.p. non è riconducibile, al contrario di ciò che avviene nella corruzione, al paradigma del sinallagma, dovendo, piuttosto, venire ricostruita secondo lo schema della semplice connessione causale della condotta rispetto alla manipolazione della gara; connessione desumibile dal sinallagma "*con doni, promesse ... turba etc.*" che, presente nel dettato dell'art. 353 c.p., salda esclusivamente sul piano eziologico, e quindi solo oggettivamente, i due momenti della vicenda.

Il reato di cui all'art. 353 c.p., dunque, al contrario della corruzione, si caratterizza, non tanto per la presenza di un rapporto di scambio, quanto, più propriamente, per la presenza di tre elementi posti in ordine sequenziale tra loro: una condotta attiva dell'agente/donante, una catena causale in movimento verso un determinato accadimento e, infine, l'evento - turbamento.

E così, ad esempio, l'offerta di un dono effettuata al preposto ad una gara in occasione di una ricorrenza, volta, però, ad attirarsene i favori in vista del pubblico incanto, potrà integrare il delitto di turbativa d'asta, e non quello di corruzione, laddove si appuri che colui il quale ha ricevuto la regalia, pur non

¹² In materia, volendo, MADIA, *I delitti privati contro la pubblica amministrazione (turbata libertà degli incanti)*, in *I reati: delitti e contravvenzioni*, a cura di Abruzzo-Caradonna, Roma, 2023, 90; ID., *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 113 ss.

avendo “*contratto*” alcun impegno in base alla logica del *do ut des*, si sia, tuttavia, lasciato suggestionare da tale gesto, turbando la procedura nell’interesse dell’autore della liberalità.

E questo, ancorché la dazione sia apparentemente disinteressata e non preceduta dalla conclusione di un accordo appositamente rivolto a stabilire un preciso nesso di strumentalità con l’atto illecito, consistente nella consapevolezza di entrambe le parti del legame funzionale dell’utilità con un altrui condotta contraria ai doveri d’ufficio.

Infatti, e in conclusione, al contrario di ciò che avviene nella corruzione, non è la costituzione di un compiuto sinallagma a segnare l’esistenza del delitto di turbativa d’asta quanto, più esattamente, l’innescare di un meccanismo causale tra la dazione del dono o l’esternazione della promessa e l’alterazione della procedura selettiva.

Quindi, anche sulla base dell’analisi comparativa e delle differenze strutturali tra i delitti di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti, si desume, come ha definitivamente sancito la Cassazione, l’esigenza che il giudice rinvenga, al di là di ogni ragionevole dubbio, non soltanto una dazione o una promessa di denaro e un atto del pubblico ufficiale, ma anche, e soprattutto, uno stretto nesso funzionale, strumentale e teleologico tra prestazione del privato e controprestazione del pubblico agente.

6. *Possibili e auspicabili (urgenti) rimedi.* Il breve giro d’orizzonte intorno al principio di proporzionalità e alla sua incidenza sull’interpretazione dei paradigmi corruttivi dimostra, a nostro avviso, come esondazioni esegetiche in voga, soprattutto, nella prassi investigativa rischino davvero di determinare costi troppo onerosi per le persone e la collettività.

L’apparente assenza della prova di un vero accordo corruttivo, basato su reciproci impegni e prestazioni, la mancanza di attività di manipolazione degli *iter* amministrativi, la trasparenza e liceità dei finanziamenti ricevuti, denotano come, talvolta, la magistratura inquirente tenda a forme di *over criminalization* di condotte estranee al paradigma delittuoso.

Simile *modus procedendi* - se la nostra ricostruzione di vicende finite sotto la lente della cronaca è esatta - risulta idoneo a generare un effetto di congela-

mento sulla ricerca di contributi da parte degli aspiranti a cariche elettive e sulla propensione dei privati a sostenere l'azione politica, coltivando il legittimo e naturale auspicio di essere poi corrisposti nelle loro aspirazioni imprenditoriali, ancorché, ovviamente, all'infuori di qualsiasi preventiva illecita intesa di scambio.

E, in assenza della possibilità di rivolgersi a canali di finanziamento diversi, l'effetto *overbreath* che sprigiona questo tipo di applicazione della corruzione non può che ripercuotersi perniciosamente sul libero confronto democratico, restringendo la platea degli elegibili a coloro che beneficiano di patrimoni ingenti.

I rimedi a questi perniciosi effetti sistemici possono essere svariati.

Innanzitutto, oggi più che in passato, l'ordinamento contempla meccanismi procedurali incentivanti un uso sapiente dell'immenso potere delle Procure di imbastire indagini, iscrivendo persone sul registro degli indagati.

Tali meccanismi potrebbero fungere da contrappeso al pericolo di sovrapposizioni di fattispecie a rischio *overbreath*.

È in questa direzione, in effetti, che si è mossa la c.d. riforma Cartabia laddove, nell'aggiungere il comma 1-*bis* all'art. 335 c.p.p. - con l'art. 15, co. 1 lett. a) n. 2) d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 -, ha imposto che l'iscrizione avvenga solo quando a carico di un soggetto emergano indizi di un reato, e non un semplice *fumus* o *sospetto*, collegato alla sussistenza di un contegno dai tratti rarefatti e difficilmente inquadrabili nella fattispecie astratta.

In quest'ottica, la magistratura inquirente, prima di procedere per corruzione, dovrebbe fare tesoro delle chiare prese di posizione della Cassazione in materia.

Anche il primo comma dell'art. 408 c.p.p., interpolato dall'art. 22, co. 1 lett. e d.lgs. 150/2022, sempre nell'ambito della riforma Cartabia, impone ora alla pubblica accusa di formulare richiesta di archiviazione quando gli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna.

Per tale via, il legislatore ha in qualche modo positivizzato quell'indirizzo del *Bundesverfassungsgericht* alla stregua del quale il P.M. viene ritenuto obbligato, nel valutare se iniziare un'indagine in presenza di meri sospetti, a consi-

derare gli altri interessi costituzionalmente protetti impattati dalla sua scelta, in ossequio alla direttiva contenuta nella *Grundgesetz* che impone cautela all'autorità inquirente nella conduzione delle indagini⁴³.

Infatti, ha sottolineato il *BVerfG*, la decisione se richiedere il rinvio a giudizio (in quel caso di un difensore accusato di riciclaggio in relazione agli onorari percepiti per lo svolgimento dell'attività difensiva⁴⁴) non può omettere di soppesare l'ingerenza di tale scelta sul diritto al libero esercizio - in quella fattispecie - della professione forense e, in generale, sul diritto di difesa.

E questo, in quanto, aveva osservato testualmente il Tribunale costituzionale federale tedesco: «(...) il pubblico ministero è vincolato al principio di proporzionalità e farà solo un uso parsimonioso dei poteri di intervento che gli spettano, l'“immunità investigativa” per gli avvocati difensori richiesta da alcune parti della letteratura non è necessaria»⁴⁵.

Se anche tale intervento non dovesse avere un impatto sui comportamenti della magistratura in generale e su quella inquirente in particolare, allora la Consulta potrebbe essere chiamata ad intervenire onde espungere dall'area d'incidenza del precetto alcune *sottofattispecie* ad esso ascritte, seppure solo in una prassi contrastante col diritto vivente, in totale opposizione al canone della proporzionalità.

Da tale angolazione, l'intervento del Giudice delle leggi, anche con una sentenza interpretativa di rigetto - proprio a causa dell'inesistenza di un diritto vivente da censurare, atteso il nitido e virtuoso indirizzo della giurisprudenza di legittimità -, dovrebbe essere invocato, non tanto in ragione di un *deficit* di determinatezza di fattispecie in realtà precise, ma a causa dell'impatto deflagrante e non preventivato su diritti fondamentali che simile esegesi può provocare⁴⁶.

Oppure, la Consulta dovrebbe procedere ricalcando lo spartito suonato nella sentenza 242 del 2019 quando ha “chiarito”, tramite una pronuncia parzial-

⁴³ Si tratta di due pronunce sui rapporti tra il delitto di riciclaggio e l'attività del difensore che riceve l'onorario dai suoi clienti, *BVerfG*, 2, *BvR* 1520/ 01 *et. Al.*, 30 marzo 2004, *Geldwäsche*, *BVerfGE*, 226, 244; *BVerfG*, 2, *BvR*, 2558/ 14 *et al.*, 28 luglio 2015

⁴⁴ Cfr. nota 43.

⁴⁵ I passaggi fondamentali di questa pronuncia, compreso quello riportato nel testo, sono contenuti nel già citato scritto di RECCHIA, *I limiti costituzionali*, cit., § 5.

⁴⁶ In questi termini, RECCHIA, *Il principio*, cit., 263 ss.

mente ablatoria, l'*estraneità* alla *disposizione* dell'art. 580 c.p. della *norma* concernente l'agevolazione all'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione fossero state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente⁴⁷.

Questi rimedi *intra* ordinamentali sono auspicabili con l'urgenza che la tutela di prerogative fondamentali esige, anche perché soluzioni radicali, come quelle sperimentate con l'eliminazione dell'abuso d'ufficio⁴⁸, anch'essa soggetta ad interpretazioni foriere di perversi effetti sistemici di *overdeterrence*⁴⁹, non possono certo essere percorse in relazione al comparto della corruzione, la cui rinuncia risulta impossibile.

Ma è evidente la necessità di assicurare il rispetto del canone esegetico della proporzionalità, attraverso l'impiego parsimoniosi dell'enorme potere di cui la magistratura inquirente è investita, al fine di garantire l'equilibrio tra i poteri e il corretto svolgimento della vita democratica.

⁴⁷ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in www.sistemapenale.it, 4 dicembre 2019, con nota di CUPPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*.

⁴⁸ Su cui si sono concentrate le critiche della maggior parte della dottrina, tra cui quelle di GAMBARDIELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. «Nordio» (la versione approvata dal Senato nel febbraio 2021)*, in www.sistemapenale.it, 13 febbraio 2024 e GATTA, *Da «spazza corrotti» a «basta paura»: il decreto semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso di ufficio, approvata dal Governo «salvo intese» (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it, 17 luglio 2020.

⁴⁹ Stigmatizzate su queste pagine da RAMPIONI, *il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in www.dirittodidifesa.eu, 23 luglio 2024.