



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN xxx-xx-xxxxx-xx-x



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 2 / Aprile 2022 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'intervento nel processo amministrativo.
di Rossella Coppola

Pag. 3

PARTE II – DIRITTO CIVILE

La libertà formale del pactum fiduciae nel tortuoso iter di riconoscimento della "cittadinanza giuridica" al fenomeno fiduciario
di Ambrosino Raffaele

Pag. 7

PARTE III – DIRITTO PENALE

Le ragioni della previsione normativa della pena.
di Marta Fioretti

Pag. 22

La lotta alla corruzione nel contesto globale: il ruolo del diritto penale ed i possibili modelli di law enforcement.
di Fabrizio Rippa

Pag. 30

L'intervento nel processo amministrativo

Di Rossella COPPOLA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Uno sguardo al processo civile. 3. Intervento e Costituzione: l'intervento come strumento di attuazione dei principi del giusto processo. 4. I legittimati all'intervento. 5. La problematica delle tipologie di intervento esperibili. 6. Conclusioni.

ABSTRACT: This work wants to analyze the institution of intervention in the administrative process, through a constitutional reading of it, focusing on the normative data, doctrinal and jurisprudential elaborations and comparisons between civil and administrative trials.

1. Introduzione.

Ancora oggi, dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, l'intervento in sede giudiziale costituisce un istituto piuttosto problematico. Ciò in quanto il legislatore, con il d.lgs. 104 del 2010, non ha provveduto a dedicare ad esso quella disciplina dettagliata e completa che ci si auspicava.

Pertanto, allo scopo di colmare la lacunosa regolamentazione legislativa, è stato inevitabile il richiamo agli orientamenti invalsi in dottrina e in giurisprudenza e alla normativa processualcivile dettata in tema di intervento.

Nonostante la genericità delle disposizioni contenute nell'attuale Codice, appare evidente l'intenzione del legislatore di introdurre anche in sede processuale amministrativa uno strumento idoneo a dare attuazione al principio del contraddittorio sancito dall'art. 111 della Costituzione.

Tuttavia, l'individuazione dei terzi legittimati all'esperimento di un simile strumento costituisce un aspetto ancora molto spinoso dell'istituto in esame, cui si aggiunge la problematica delle categorie di intervento ammesse in ambito processuale-amministrativo, attesa la ritrosia manifestata in dottrina e in giurisprudenza a traslare automaticamente e *in toto* le tipologie spiegabili in sede civile.

L'individuazione dei legittimati all'intervento ha risentito fortemente della concezione del processo amministrativo quale giudizio di impugnazione di un

* Tirocinante ex art. 73 l. 98/2013 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

atto o provvedimento emesso dalla P.A. Una simile impostazione ha comportato inevitabilmente l'attribuzione della qualifica di parti necessarie della controversia al richiedente la modifica ovvero l'annullamento e alla Pubblica Amministrazione emanante l'atto, titolare di interessi pubblici idonei a ricomprendere in sé tutte quelle posizioni di interesse sostanziale coinvolte dall'atto, con conseguente superfluità del rimedio dell'intervento.

2. Uno sguardo al processo civile.

Un'attenta e completa analisi dell'intervento non può prescindere da un confronto con il corrispondente istituto nel contesto processualcivilistico, già disciplinato dal Codice del 1865 ed oggetto di interpretazione ed elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che finisce inevitabilmente col fungere da importante termine di paragone e da riferimento per valutare la disciplina prevista in materia in ambito amministrativo.

In realtà, però, sebbene il Codice di procedura civile contenga una disciplina esaustiva, è stata mostrata una certa ostilità ad utilizzare le disposizioni in esso contenute, considerate la specialità e le peculiarità del diritto amministrativo, tali da giustificare il mantenimento di un assetto processuale differenziato da quello civilistico.

L'ostacolo al pieno impiego delle disposizioni del Codice di procedura civile è rappresentato anche e soprattutto dalla ricostruzione del giudizio amministrativo quale "processo da ricorso", vale a dire un modello impostato intorno all'atto o provvedimento di cui si chiede l'annullamento. Al contrario, il contenzioso civile risponde più di ogni altro al "processo di parti", in cui la materia del giudizio è lasciata alla determinazione delle parti, in quanto esse, oltre ad avere la disponibilità della situazione sostanziale oggetto della causa, possono altresì dare impulso al processo e selezionare gli elementi probatori di cui avvalersi per fondare le proprie pretese¹.

Il Codice di procedura ha sostanzialmente previsto all'art.101 il principio del contraddittorio, oggi sancito anche dall'art. 111, co. 2, della Costituzione a seguito delle modifiche introdotte con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ancor prima che lo facesse la Carta fondamentale. Certamente, il principio in questione

¹ Non è un caso che il Libro I del Codice, in tema di principi generali che ispirano il processo, e in specie il Titolo IV, relativo all'esercizio dell'azione, contempli in apertura, all'art. 99, proprio il principio della domanda, alla luce del quale "*chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*" e che il successivo art. 100 aggiunga, inoltre, che "*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*".

è naturalmente connesso al tema dell'intervento, al pari di quanto avviene in ambito amministrativo.

Il dato normativo offre sicuramente una completezza e chiarezza maggiori di quelle che la disciplina del Codice del processo amministrativo sia in grado di fornire.

Nel processo civile, l'istituto rinverrebbe la propria ragion d'essere nella sussistenza di rapporti giuridici interdipendenti che legano un terzo, estraneo dunque al giudizio, ad una o più parti. Tali rapporti possono costituire relazioni di connessione, identità o incompatibilità, tali da far sì che la sentenza e provvedimenti esecutivi riferiti ad un rapporto possono provocare effetti ed incidere su un ulteriore rapporto. Proprio in virtù di dette relazioni, l'ordinamento giuridico attribuisce la possibilità ai titolari di un rapporto che potrebbe subire gli effetti di un provvedimento giurisdizionale di prendere parte al processo, realizzando così l'economia dei giudizi e scongiurando la formazione di giudicati contrastanti².

Quanto all'intervento spiegato in seno al giudizio di primo grado, l'art. 105 c.p.c. regola innanzitutto l'intervento volontario, prevedendo che chiunque possa intervenire spontaneamente in una causa pendente tra altri soggetti *"per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo"* (co. 1), aggiungendo al successivo comma che l'intervento possa essere spiegato anche *"per sostenere le ragioni di alcuna delle parti"*, quando il terzo vi abbia un proprio interesse. Con riferimento all'intervento coatto, esso può essere richiesto dalla parte processuale che ritenga che la causa sia comune al terzo o che pretenda di essere da costui garantita (art. 106 c.p.c.) ovvero potrebbe essere ordinato dal giudice che reputi opportuno che il giudizio si svolga *"in confronto di un terzo al quale la causa è comune"* (art. 107 c.p.c.).

La seconda forma di intervento coatto (c.d. intervento *iussu iudicis*) si configura quando il giudice, ritenendo "opportuno" che il processo si svolga anche in confronto di un terzo a cui *"la causa è comune"*, ne dispone l'intervento in causa. È evidente, dunque, che il presupposto della *comunanza di causa* è presente in entrambe le figure di intervento coatto, ancorché nella seconda l'impulso non proviene dalla parte ma dal giudice, a cui è attribuito dalla legge un potere discrezionale officioso, di cui potrà valersi senza apparenti limiti. Risulta opportuno interpretare l'art. 107 c.p.c. in senso restrittivo e riduttivo, concependo la chiamata *iussu iudicis* quale rimedio interno al giudizio che

² SEGNI A., *Intervento in causa (Dir. proc. civ.)*, in *Nss. D. I.*, App. IV, Torino, 1962, 943.

permette al giudice di disporre tale ordine soltanto nell'eventualità in cui tale possibilità emerga dagli atti processuali successivamente allo svolgimento delle contrapposte difese delle parti e siano invano decorsi i termini per effettuare la chiamata del terzo ad istanza della parte. In tal modo, la norma non infrange quei principi che, nel giudizio civile, inibiscono forme di "coartazione ad agire"³, né tantomeno contempla ipotesi di azione officiosa; tale disposizione attribuisce semplicemente al giudice il potere di decidere tenendo conto delle difese delle parti secondo il loro reale scopo, prescindendo dal loro profilo meramente formale.

L'attuale formulazione codicistica delle condizioni di ammissibilità dell'intervento e la declinazione delle diverse fattispecie ammissibili sono ben lontane, dunque, dalla genericità che aveva in passato contraddistinto l'istituto; genericità che aveva connotato detto strumento anche nel giudizio amministrativo (artt. 37 r.d. n. 642/1907 e 22 l. n. 1034/1971), salvo pervenire ad una puntualizzazione, seppur incompleta, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

³ARIETA G. - DE SANTIS F. - MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, CEDAM, Milano, 2019, 284.

La libertà formale del *pactum fiduciae* nel tortuoso *iter* di riconoscimento della "cittadinanza giuridica" al fenomeno fiduciario

di **AMBROSINO Raffaele***

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive. **2.** Negozio fiduciario e patto fiduciario: il contrasto tra prassi e diritto. **3.** Il discusso inquadramento giuridico del *pactum fiduciae*. **4.** Libertà formale o principio di simmetria delle forme? Le Sezioni Unite tentano di sciogliere l'aporia. **5.** Il principio di libertà delle forme come "permesso di soggiorno" alla fiducia. Il tramonto del formalismo ai tempi del COVID-19.

Abstract: *The trust agreement, despite the absence of a positive legislation, is widely applied in contractual practice. The regulation of the phenomenon is the work of judges and doctrine. With regard to its legal nature and in particular that of the pactum fiduciae, two theses have been formulated: that of the preliminary contract and of the mandate without representation. These orientations arrive at opposite conclusions as regards the form of the fiduciary agreement, giving rise to a jurisprudential conflict that is resolved by the intervention of the United Sections Court of Cassation with sentence no. 6459/2020 which decides for principle of freedom of forms (also) for the real estate trust agreement. However, the decision of the Court is not conclusive as the judges specify that the trust agreement represents a "casuistry" as it cannot be regulated in the same way in any case. The decision stands in contrast to recently new-formalistic attitude. This revirement seems to be justified by the need to ensure formal freedom to contractual practice in a period of crisis dictated by the contingent pandemic situation, in order to eliminate formal obstacles and ensure greater speed of legal traffic.*

1. Considerazioni introduttive.

* *Abilitato all'esercizio della professione forense.*

Il fenomeno fiduciario è notoriamente estraneo all'assetto giuridico positivo e la laconicità normativa sul punto è sintomatica di una reiezione dell'ordinamento italiano alla fiducia quale fonte positiva di obbligazione⁴.

Va tuttavia evidenziato come la prassi, ricorrendo alla clausola aperta di cui all'art. 1174 c.c. ed al principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c., riesce a conferire al negozio fiduciario una dignità giuridica che non è rimasta indifferente al legislatore, il quale, dopo un tentativo fallimentare di regolare espressamente il fenomeno⁵, fa riferimento allo stesso in diverse recenti novelle⁶.

La cospicua opera della giurisprudenza⁷, con un'imperversante attività ermeneutica, attribuisce rilevanza al fenomeno fiduciario accordandogli in non pochi casi tutela giuridica, consentendo altresì di superare la resistenza di posizioni dottrinarie maggiormente conservatrici⁸.

Il frequente ricorso alla stipula di negozi fiduciari, in particolare nell'ambito immobiliare, e la tutela giudiziaria accordata agli stessi pone però notevoli problemi interpretativi e di inquadramento giuridico, dovuti soprattutto alla totale assenza di una disciplina positiva. Una volta infatti riconosciuta dignità giuridica al trasferimento fiduciario come è possibile tutelare le parti del rapporto? La risposta al quesito genera un'aporia tra due principi fondamentali del sistema giuridico, che un recente intervento giurisprudenziale tenta di risolvere.

Seguire una strada piuttosto che una altra non è mera petizione di principio viste le ripercussioni sul piano dottrinario. Un'importante chiave di lettura della *quaestio* è fornita da due linee direttrici: la contestualizzazione sociale

⁴ La parola "fiducia(ria)" è rintracciabile nel corpo del codice civile in sole due occasioni, e precisamente nell'art. 627 c.c. che disciplina la disposizione fiduciaria testamentaria e nel Libro V, Titolo V quando, in alcune disposizioni, è presente un generico riferimento alla "società fiduciaria".

⁵ Si fa riferimento alle "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010*", il cui art. 11 delegava il Governo ad «introdurre nell'ordinamento giuridico nazionale il contratto di fiducia all'interno della disciplina del contratto di mandato, definendo altresì la procedura per l'emanazione dei decreti legislativi d'attuazione».

⁶ Il ricorso al contratto "fiduciario" è rinvenibile in materia di crisi da sovraindebitamento nella l. 27 gennaio 2012 n. 3 (Decreto Crescita-*bis*), in materia testamentaria nelle DAT così come introdotte e regolate dagli artt. 4 e ss. l. 22 dicembre 2017 n. 219, ed infine va menzionata la fattispecie di "contratto di affidamento fiduciario" introdotta dalla l. 25 giugno 2016 n. 112 (Legge sul Dopo di Noi).

⁷ Per un'esauritiva rassegna delle pronunce sul tema si rinvia a nt. 16 e 17.

⁸ Sulle posizioni assunte dalla dottrina conservatrice si rinvia, senza pretesa di esaustività, a B. BONFANTI, *la forma del patto fiduciario. A proposito di Cass. S.U. n. 6459/2020* reperibile su ilcaso.it.

dell'impiego del fenomeno fiduciario, che rappresenta spesso uno strumento utilizzato con finalità elusive, e la portata "interiore" dell'affidamento fiduciario fondato sulla lealtà dei soggetti coinvolti da cui deriva che il fenomeno rileva giuridicamente solo nel suo (eventuale) momento "patologico".

Inoltre l'analisi delle posizioni assunte dai giudici di legittimità sulla questione ha una portata più ampia, dando spunto alla riflessione sul rinnovato spirito "libertario" che anima la Corte finalizzato a favorire la circolazione dei traffici giuridici in un momento di contingente crisi dovuto alle misure necessarie a contrastare la pandemia.

2. Negozio fiduciario e patto fiduciario: il contrasto tra prassi e diritto.

Il negozio fiduciario è una *species* del negozio giuridico, caratterizzato dalla presenza di un *quid pluris* rispetto agli elementi essenziali dello stesso: la fiducia⁹. Quest'ultima oltre a rappresentare un elemento costitutivo della fattispecie, assume, nella dinamica negoziale, una funzione programmatica in grado di permeare l'intero assetto d'interessi sul piano ontologico ed effettuale. Strutturalmente il negozio fiduciario si articola in un ordinario atto giuridico (principale), traslativo o costitutivo, a mezzo del quale una parte – fiduciante – pone in essere una manifestazione di volontà attributiva alla controparte – fiduciario – della titolarità di una situazione giuridica, cui è accompagnato (in

⁹ In tema di negozio fiduciario la letteratura è sconfinata, si riporta *ex plurimis* MIR. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, Giappichelli, 2002; A. BORGIOI, s.v. "Società fiduciaria I) diritto commerciale", in *"Enciclopedia giuridica"*, XXIX, Roma, Treccani, 1993, p.1 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, ESI, 1933; U. CARNEVALI, s.v. "Negozio giuridico III, Negozio fiduciario", in *"Enciclopedia giuridica"*, XX, Roma, Treccani, 1990; A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995; G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 136 ss.; A. DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, *Giurisprudenza completa*, XXII, 1946, II, p. 705 ss.; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, Longanesi, 1979; M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, *Quadrimestre*, 1990, p. 273 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, p. 353 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 2001; E. M. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 35 ss.; R. MARTUCCI, *Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana*, *Rivista di diritto commerciale*, 1991, p. 479 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza"*, in AA.VV. *I Trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, Giuffrè, 1966; G. OPPO, s.v. "Titoli di credito I) in generale", in *"Enciclopedia giuridica"*, XXXI, Roma, Treccani, p. 13, 1994; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in AA.VV. *Studi in onore di Rescigno*, V, Milano, Giuffrè, 1998, p. 347 ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 232 ss.

rapporto di accessorietà)¹⁰ un ulteriore accordo tra le parti – il patto fiduciario – che definisce, programmaticamente, le modalità di esercizio dei poteri e delle facoltà scaturenti dalla situazione giuridica soggettiva di cui è divenuto titolare il fiduciario. Il tutto è teleologicamente orientato alla realizzazione di uno scopo ultroneo alla causa negoziale tipicamente prevista dalla legge per il contratto posto in essere.

Il fenomeno *de quo* si identifica nel suo complesso nella combinazione tra un negozio giuridico-traslativo ad effetti reali ed un patto accessorio ad effetti obbligatori, ad esito della quale si cumulano in capo al fiduciario-avente causa una situazione giuridica positiva ad effetti reali e lo *status* di debitore del fiduciante, in forza delle obbligazioni scaturenti dal *pactum fiduciae*.

Stante l'assenza nell'ordinamento positivo di una disciplina della fiducia, è stato da taluni Autori¹¹ ritenuto impossibile considerare il negozio fiduciario un istituto giuridico. Da tale *deficit* normativo scaturisce la discussa individuazione della natura del fenomeno.

Il legame sussistente tra i due momenti della fattispecie è stato oggetto d'indagine, e dal relativo inquadramento giuridico sono state formulate dagli studiosi disparate tesi, tutte volte ad individuare ed evidenziare ruolo della fiducia.

Secondo una prima teoria, il trasferimento della situazione giuridica soggettiva dal fiduciante al fiduciario sarebbe in sé privo di causa, o meglio a causa astratta. In base ad una concezione che tende ad estremizzare lo scopo-fine delle parti, la causa negoziale non sarebbe identificabile in quella tipica del negozio posto in essere ma in quella che sottende l'accordo obbligatorio tra le parti che permea l'atto traslativo rendendolo un *unicum*.

¹⁰ Sulla relazione di accessorietà tra fiducia ed assetto negoziale si veda V. M. TRIMARCHI, s.v. "Negozio fiduciario" in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, 1978, Milano, Giuffrè, p. 308.

¹¹ Così G. MESSINA, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, in AA. VV. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit. p. 247 e 331, N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 88.

Seguendo tale impostazione (detta della "causa fiduciae")¹², ammissibile solo se si riconosce nel nostro ordinamento l'esistenza del negozio a causa astratta¹³, la combinazione atto traslativo-patto fiduciario costituirebbe un unico negozio giuridico. Tale ricostruzione è caratterizzata dall'impossibilità di dichiarare la nullità del negozio per assenza di causa, con decadenza degli effetti traslativi in capo al fiduciario, tutte le volte in cui il medesimo violi il patto fiduciario.

Altra parte della dottrina¹⁴ pur asserendo l'unicità del negozio fiduciario, non ravvisa nel patto fiduciario l'espressione di un fondamento causale del trasferimento negoziale ma, sottolineando la rilevanza "interna" della fiducia quale fonte di obbligazione "morale", ritiene che la stessa costituisca un mero motivo¹⁵ dello schema negoziale fiduciario, o quella che è giuridicamente definita "presupposizione" negoziale. Alla luce di tali osservazioni l'atto traslativo del fiduciante mantiene la causa propria della fattispecie legale, e la fiducia essendo confinata nella sfera dei motivi non avrebbe rilevanza alcuna sul piano giuridico. Tale ricostruzione è però smentita dalla prassi, in particolar modo quella giudiziale che almeno sul piano obbligatorio appresta tutela giuridica al fiduciante che dimostri l'esistenza e la violazione del *pactum fiduciae*.

Più confacente allo "stato dell'arte" appare quindi la teoria¹⁶ che non inquadra la combinazione negozio traslativo-patto fiduciario in un unico negozio ma intravede in tale struttura la presenza di due distinte fattispecie negoziali di cui la fiducia costituisce il "collante". Il negozio fiduciario sarebbe il frutto di un collegamento negoziale tra atto traslativo e patto obbligatorio, ognuno dei quali pur mantenendo la propria causa è collegato all'altro in un rapporto di strumentalità preordinato dalle parti al raggiungimento di uno scopo ulteriore.

¹² C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit. p. 369 secondo il quale «di negozio fiduciario si può, nel nostro sistema, parlare, come negozio causale, di cui è caratteristica una atipica *causa fiduciae*. Questa causa è atipica nel senso che attraverso l'elemento di fatto di ogni negozio fiduciario le parti perseguono un intento che non è dal legislatore previsto in via specifica». Ed analogamente DE MARTINI *Il concetto del negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza Italiana* 1946, I, 2, il quale p. 326 intende il negozio fiduciario come «categoria giuridica tipizzata socialmente dalla cosiddetta *causa fiduciae* e indipendente dalle cause tipizzate legislativamente».

¹³ È bene precisare che nel nostro ordinamento è esclusa l'astrazione totale della causa dal negozio giuridico, ritenendosi ammissibile la sola "astrazione parziale" o "processuale". Per approfondimenti si rinvia a M. C. DIENER *Il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2015.

¹⁴ In particolare si veda F. SANTORO-PASSARELLI *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1971, p. 180 ss., nonché L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1950.

¹⁵ Cfr. S. RICCA s.v. "Motivi (diritto privato)", in *"Enciclopedia del Diritto"*, Milano, Giuffrè, 2010, XXVII, p. 279.

¹⁶S. PUGLIATTI cit., p. 278, v. altresì U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, II, p. 694.

Pertanto la combinazione degli effetti negoziali degli atti posti in essere da fiduciante e fiduciario è la sola in grado di produrre il risultato finale. Ed è il riconoscimento della liceità dello scopo finale raggiunto a giustificare la tutela giuridica del fiduciante in caso di violazione del *pactum fiduciae*.

Le diatribe dottrinarie sono il frutto della refrattarietà del nostro impianto codicistico alla positivizzazione del fenomeno fiduciario, che si scontra con una prassi negoziale incline all'impiego dell'istituto *de quo*.

L'ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri ordinamenti, non concepisce in modo espresso il fenomeno fiduciario quale fonte giuridica di obbligazione¹⁷; in tale quadro è stato ed è compito degli operatori del diritto conferire dignità e riconoscimento giuridico al negozio fiduciario. In loro soccorso ricorre però la clausola aperta di cui all' art. 1173 c.c. che annovera tra le fonti dell'obbligazione «ogni (altro) atto o fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico», tra cui può sicuramente rientrare la fiducia¹⁸.

Nel panorama giuridico delineato l'attività giurisprudenziale ha un ruolo fondamentale, essa, alla stregua delle diverse posizioni dottrinali, ha dato luogo ad orientamenti divergenti, ed in alcuni casi antipodici in particolar modo sul problema dell'inquadramento del *pactum fiduciae*.

Si rammenta che l'intervento dei giudici è essenziale nello sviluppo della disciplina del fenomeno fiduciario, non solo per l'assenza di una disciplina positiva, ma soprattutto per il la constatazione che esso, così come delineato, assume un rilievo giuridico solo nel suo momento "patologico". Infatti solo

¹⁷ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ritiene che la cosiddetta fiducia legale non sia vera fiducia in quanto essa «nega con l'aggettivo il sostantivo; almeno nel senso che fa venir meno quei tipici problemi di costruzione che sono caratteristici del fenomeno fiducia, e rinvia ai comuni problemi di applicazione ed interpretazione della legge».

¹⁸ È necessario prendere atto che il nostro sistema giuridico riconosce ed è compatibile solo con il concetto di "fiducia romanistica" che consiste nella "pienezza" del diritto trasferito al fiduciario. Quest' ultimo, a seguito dell'atto traslativo, diventa pieno ed esclusivo titolare del bene oggetto mediato del negozio fiduciario. Alla "pienezza" del diritto acquisito tuttavia non corrisponde una completa libertà di disposizione dello stesso, in quanto il *pactum fiduciae* vincola il fiduciario al raggiungimento dello scopo fiduciario. A tale concezione si oppone il concetto di "fiducia germanistica" che si configura come un meccanismo di segregazione, a mezzo del quale in capo al fiduciario sorge solo una situazione di legittimazione giuridica all' esercizio delle facoltà e dei poteri sul bene trasferito in funzione dello scopo fiduciario.

La distinzione tra i due concetti di fiducia si riflette inoltre sulla disciplina pubblicitaria dei trasferimenti. Negli ordinamenti che prediligono la "fiducia romanistica" la causa fiduciaria del trasferimento non è opponibile *erga omnes* ma rileva con effetti obbligatori solo *inter partes*, ed il trasferimento è reso pubblico secondo le ordinarie regole di circolazione dei beni. Nei sistemi che invece adottano l'impostazione "germanistica" il fiduciante può sempre opporre ai terzi la causa fiduciaria del trasferimento, il quale determina una separazione tra titolarità e legittimazione all'esercizio del diritto di proprietà.

qualora il fiduciario violi l'intesa limitativa del diritto trasferitogli emerge l'esigenza del fiduciante di rivendicare il valore giuridico della fiducia sottostante al trasferimento, ed è solo l'esistenza della "dignitas" giuridica della fiducia che può giustificare l'intervento e la tutela giudiziale.

3. Il discusso inquadramento giuridico del *pactum fiduciae*.

Il *pactum fiduciae* è elemento essenziale della negoziazione fiduciaria in quanto costituisce la fonte d'obbligo del fiduciario per la realizzazione dello scopo finale. Poiché il fenomeno fiduciario calato nella prassi negoziale, rappresenta una "casistica" piuttosto che una fattispecie¹⁹, è necessario prendere atto della circostanza che il patto fiduciario è stato e continua ad essere oggetto di diverse qualificazioni giuridiche da parte della dottrina e degli operatori del diritto. Nell'odierno assetto ordinamentale, così come per il negozio nel suo complesso, anche sulla natura del patto fiduciario sono sorte diverse tesi, tutte suffragate da pronunce di legittimità²⁰ che hanno dato luogo, per la diversità di posizioni, ad un ricorrente contrasto giurisprudenziale sul quale sono recentemente intervenute le Sezioni Unite²¹.

¹⁹ L'espressione è stata impiegata da A. GENTILI *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, *Corriere giuridico*, Milano, IPSOA, 2019, p. 1475 ss., commentando l'ordinanza di rimessione alla Cass. S.U. ed è stata mutuata dagli stessi giudici della Corte di Cassazione nella sentenza a Sezioni Unite del 6 Marzo 2020 n. 6459.

²⁰ In particolare l'obbligo di forma scritta è statuito dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla sentenza di Cass. Civ. S.U., 19 ottobre 1954, n. 3861, in *Foro Italiano*, 1955, I, 9; precedentemente a quella sentenza a Sezioni Unite, *ex multis* Cass. Civ., 18 marzo 1948, n. 427, in *Foro Italiano*, 1948, I, p. 281; Cass. Civ., 10 maggio 1951, n. 1038, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, I, 1, p. 303. Per le sentenze successive, tra le altre, Cass. Civ., 26 gennaio 1955, n. 193, in *Giustizia Civile*, 1955, I, p. 710; Cass. Civ., 7 dicembre 1961, n. 2777, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, I, 1, p. 855; Cass. Civ., 9 febbraio 1965, n. 2011, in *Giustizia Civile*, 1965, I, p. 1433; Cass. Civ., 13 dicembre 1970, n. 2565, in *Giustizia Civile*, 1971, I, p. 585; Cass. Civ., 31 dicembre 1978, n. 5939, in *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 1292; Cass. Civ., 19 marzo 1980, n. 1838, in *Foro Italiano*, 1981, I, p. 843; Cass. Civ., 19 novembre 1982, n. 6239, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, 1, p. 903; Cass. Civ., 23 dicembre 1987, n. 9634, in *Corriere giuridico*, 1988, p. 254; Cass. Civ., 12 gennaio 1991, n. 256; Cass. Civ., 30 settembre 1994, n. 7590, in *Contratti*, 1995, p.16; Cass. Civ., 26 febbraio 1996, n. 596; Cass. Civ., 18 giugno 1998, n. 6063; Cass. Civ., 10 novembre 2000, n. 14637; Cass. Civ., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, I, 1, p.1864; Cass. Civ., 25 ottobre 2005, n. 20651; Cass. Civ., 30 maggio 2006, n. 12848; Cass. Civ., 24 gennaio 2012, n. 1007. *Contra*, con particolare riferimento al principio di libertà formale del mandato senza rappresentanza Cass. Civ., 9 maggio 1952, n. 1316, in *Foro Italiano*, 1952, I, p. 1361; Cass. Civ., 6 marzo 1953, n. 532, in *Foro Italiano*, 1953, I, p. 950. Per le pronunce recenti, Cass. Civ., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Corriere giuridico*, 2013, p.1504; seguita da Cass. Civ., 11 novembre 2015, n. 22989; Cass. Civ., 28 ottobre 2016, n. 21805; Cass. Civ., 4 ottobre 2018, n. 24320.

²¹ Cass. Civ. S.U., 6 Marzo 2020 n. 6459 in *Giustiziavivile.com* con nota di M. RIZZUTI; in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, Milano, Giuffrè, ottobre 2020, pp. 484 e ss. Con nota di V. DE LORENZI.

Non essendovi una regolamentazione positiva della fiducia, il sorgere di posizioni collidenti è fisiologico, anche nella giurisprudenza di legittimità.

Una prima tesi²² (prevalente in giurisprudenza) sussume il patto fiduciario nella fattispecie del contratto preliminare (unilaterale, *ex latere* fiduciario) sulla base degli effetti obbligatori di trasferimento che il medesimo produce in capo al fiduciario. Quest'ultimo in ottemperanza del *pactum* è obbligato nei confronti del fiduciante a trasferire quanto ricevuto con l'atto traslativo.

Da tale impostazione è possibile derivare: in primo luogo l'obbligo sul piano formale, per le parti, di dotare il patto fiduciario di forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1351 c.c. qualora il negozio fiduciario traslativo abbia ad oggetto beni immobili; ed in secondo luogo, sul piano rimediabile, il potere per il fiduciante di agire in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. per l'ottenimento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre in caso di inadempimento.

Un secondo orientamento²³ invece qualifica il patto fiduciario come mero atto di cooperazione giuridica sottoponendolo alla disciplina del mandato senza rappresentanza, in cui il fiduciario-mandatario è obbligato a ritrasferire il bene acquistato con risorse del fiduciante in forza di un patto che non necessita di una forma vincolata in quanto atto di mera rilevanza interna alle parti.

²² Cfr. tra le ultime Cass. Civ., 25 maggio 2017, n. 13216, in *Foro italiano*, 2017, per cui: «Il *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo». Ed in modo conforme Cass. Civ., 11 aprile 2018, n. 9010, in *Diritto fallimentare*, 2018, p. 951, con nota di N. NICITA: «In tema di negozio fiduciario, il *pactum fiduciae* con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c., prescrive la stessa forma del contratto definitivo, sicché l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano solo presumere l'esistenza»; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1045, con nota di F. MICHETTI: «Il negozio fiduciario come specie del più ampio genere dei negozi indiretti si contraddistingue per il fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta; pertanto, poiché l'instestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, ove tale patto abbia a oggetto beni immobili, esso deve risultare da un atto avente forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile a un contratto preliminare; né l'atto scritto può essere sostituito da una dichiarazione confessoria proveniente dall'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né - anche quando contenga il preciso riferimento a un contratto concluso per iscritto - come prova del medesimo».

²³ In particolare Cass. Civ. 27 Agosto 2012, n. 14654. E più recentemente Cass. Civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 582, con nota di S. STEFANELLI, in *Contratti*, 2015, p. 12 con nota di A. PATRONE.

Pertanto anche nel caso in cui il patto fiduciario sia collegato ad un negozio che abbia ad oggetto beni immobili, in ossequio al principio di libertà delle forme, non necessita di uno *scriptum* ai fini della validità e ciò perché l'intesa fiduciaria non costituisce titolo di trasferimento del diritto reale sul bene immobile ma mera obbligazione²⁴.

La diatriba tra le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali analizzate si riduce ad uno "scontro" sulla questione della forma del patto fiduciario: i fautori della tesi del contratto preliminare sostengono la necessità della forma scritta anche dell'intesa fiduciaria e non solo del negozio traslativo e dell'atto di ri-trasferimento in ossequio al principio di simmetria delle forme; viceversa, l'opposta corrente di pensiero sostiene l'innammissibilità dell'applicazione dell'obbligo formale al patto fiduciario in quanto le norme che prevedono obblighi formali sono eccezionali e non analogicamente applicabili al caso di specie, stante la natura obbligatoria del *pactum*. Pertanto essa mira alla conservazione della validità dell'intesa verbale tra le parti.

Tale ultima tesi inoltre non disconosce al fiduciario tutela apprestata dall'art. 2932 c.c. anche in caso di patto fiduciario verbale, rimarcando la possibilità di ricorrere alla conclusione contrattuale per via giudiziaria ogni qual volta il fiduciante-attore dimostri in giudizio la sussistenza dell'obbligo a contrarre²⁵. Le questioni formali in tal caso si convertirebbero in meri problemi di *onus probandi*.

4. Libertà formale o principio di simmetria delle forme? Le Sezioni Unite tentano di sciogliere l'aporia.

È evidente che le risposte date dagli studiosi e dalla giurisprudenza alla questione relativa alla forma del patto fiduciario immobiliare portano a soluzioni diametralmente opposte generando un'aporia nel già complicato stato dell'arte. A causa del massiccio impiego del negozio fiduciario, spesso per il perseguimento di scopi non del tutto compatibili con il rispetto di alcuni principi ordinamentali, è stato richiesto²⁶ l'intervento chiarificatore della Corte a Sezioni Unite al precipuo intento una definitiva soluzione dell'"enigma".

²⁴ Così U. CARNEVALI *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, *Contratti*, Milano, IPSOA, 2020, I, 59 ss. Cfr. anche U. BRECCIA *Forme e atti collegati*, AA.VV. Trattato del contratto (Formazione), a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 663.

²⁵ Cass. Civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Guida al diritto*, 2014, fasc. 25, p.72, con nota di P. PIRRUCCIO, e in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 582 con nota di S. STEFANELLI e in *Contratti*, 2015, p. 12, con nota di A. PATRONE, e in *Responsabilità civile e prevenzione*, 2015, p. 140 con nota di S. CORALLO.

²⁶ Con ordinanza n. 20934 del 5 Agosto 2019 la V sez. della Corte di Cassazione poneva alle Sezioni Unite il quesito circa la forma di un patto fiduciario avente ad oggetto l'obbligo di trasferimento di

Il Supremo Consesso si pronuncia con una decisione apparentemente difforme rispetto all'orientamento fin' ora prevalente esordendo con una premessa che fa presagire l'impossibilità che la statuizione *de qua* possa costituire una pietra miliare per gli addetti ai lavori.

Le toghe precisano infatti che la fiducia è una "casistica", dando così giustificazione alla difformità giurisprudenziale che cerca di adattarsi alla "varietà" delle fattispecie pratiche, ed in punto di diritto assumono un'importante posizione cassando l'orientamento che inquadra il patto fiduciario come un contratto preliminare²⁷.

A parere dei giudici una tale qualificazione è fondata su un errore di diritto sostanziale: in un contratto preliminare, come è già desumibile dall'etimologia del termine, il momento obbligatorio è cronologicamente e logicamente antecedente al momento traslativo, e costituisce titolo per il trasferimento, ed è questo che rende necessario dotare l'atto della forma scritta (*ad substantiam*)²⁸. Ammettere la libertà delle forme significherebbe permettere l'elusione dell'art. 1350 c.c. attraverso la stipula di un preliminare orale che diventa titolo traslativo in caso di ricorso all'art. 2932 c.c. con la irrazionale conseguenza di pervenire ad un trasferimento immobiliare stipulato oralmente. Nell'architettura del negozio fiduciario invece il momento reale si verifica con il negozio traslativo, ed il momento obbligatorio è solo successivo e limitativo di quello attributivo del diritto reale, non vi è pertanto identità di *ratio* con l'istituto del contratto preliminare.

un bene immobile, ai fini della risoluzione di una controversia in cui l'attore-fiduciante conveniva in giudizio il fiduciario per l'adempimento ex art. 2932 c.c. di un atto di trasferimento della proprietà di un complesso immobiliare acquistato dall'attuale proprietario fiduciariamente con risorse del fiduciante. Nello schema negoziale posto in essere dalle parti il patto fiduciario di trasferimento del bene al fiduciario a prima richiesta non rivestiva la forma scritta, era però prodotto in giudizio un atto unilaterale scritto e sottoscritto dalla fiduciante in cui si riconosceva la natura fiduciaria della proprietà dei beni.

Orbene a seguito di una "doppia (decisione) conforme" dei giudici di merito sull'ammissibilità della domanda attorea, la sezione semplice della Corte, chiamata a decidere sulla nullità del patto fiduciario privo della forma scritta eccepita dal fiduciante investe le Sezioni Unite che si pronunciano con una decisione apparentemente difforme rispetto all'orientamento prevalente.

²⁷ La decisione trova fondamento in un precedente giurisprudenziale in tema di mandato senza rappresentanza ad un acquisto immobiliare, Cass. Civ. 2 settembre 2013 n. 20051 in *Corriere giuridico*, 2013 con nota di V. MARICONDA, lo stesso autore compie un'analisi più articolata del tema in *Note in tema di forma del mandato immobiliare*, in AA. VV. *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1977 ss.

²⁸ La *ratio* dell'obbligo *de quo* è ravvisata in particolare da F. MESSINEO s.v. "Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento" in "Enciclopedia del diritto", X, Milano, Giuffrè, p.120.

Per le Sezioni Unite il patto fiduciario deve ritenersi, al pari del mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, scevro da formalismi, pertanto è ammissibile e valida l'intesa orale al ri-trasferimento del bene in quanto la stessa costituisce fonte di obbligazione e non titolo che legittima il trasferimento.

Con tale assunto i giudici danno conferma della apolidia giuridica della fiducia nel nostro sistema positivo, poiché la vincolatività dell'intesa fiduciaria non può soggiacere ai formalismi che il nostro ordinamento riconosce solo per fenomeni giuridici provvisti di specifica disciplina giuridica. Riconoscere, o addirittura obbligare le parti ad adottare la forma scritta *ad substantiam* per il patto fiduciario significherebbe, sul piano giuridico ed ermeneutico estendere, analogicamente una norma speciale ad un fenomeno non lacunoso, ma addirittura privo di una definizione ed una disciplina positiva.

La decisione della Corte sancisce la regola della libertà di forma del patto fiduciario anche nel caso di negozio fiduciario immobiliare, disconoscendo la tesi del contratto preliminare fin' ora dominante e riaffermando un postulato fondamentale in materia di fiducia: l'accordo fiduciario limitativo dei poteri dell'avente causa ha mera *rilevanza* obbligatoria, non ha portata reale e non può considerarsi titolo causale di trasferimento immobiliare.

Tale impostazione è coerente con il concetto di fiducia ma pone dei problemi sul piano della tutela giuridica del fiduciante. Infatti in assenza di un atto scritto dimostrativo dello schema negoziale, il fiduciante ha l'onere di dimostrare l'esistenza del patto per poter costringere il fiduciario ad adempiere.

La Corte, a differenza di quanto asserito dalla tesi maggioritaria, non ritiene necessaria la forma scritta per esperire l'azione *ex art. 2932 c.c.* ma concede il ricorso a tale rimedio anche in caso di patto fiduciario verbale purchè ovviamente l'attore dia prova dello stesso in giudizio.

Come sovente accade, ed in coerenza con la sua funzione nomofilattica, i giudici di legittimità risolvono questioni di diritto sostanziale argomentando la soluzione con questioni di ordine probatorio come nel caso in esame.

Nella fattispecie posta all'attenzione dei magistrati, nonostante l'assenza della forma scritta del patto fiduciario è stata accordata al fiduciante in ogni grado di giudizio la tutela di cui all'art. 2932 c.c. in virtù della sussistenza di un documento unilaterale attestante implicitamente l'esistenza del patto fiduciario²⁹.

²⁹ Il fiduciario convenuto infatti aveva sottoscritto un documento in cui riconosceva l'intestazione fiduciaria del bene ammettendo implicitamente l'esistenza di un negozio fiduciario e quindi del *pactum fiduciae*.

L'esistenza di tale scrittura privata costituisce un elemento dirimente della questione relativa alla forma del patto fiduciario, perché attraverso la sua qualificazione giuridica è stato possibile per i giudici scardinare l'orientamento prevalente che riteneva l'obbligo di forma scritta del *pactum* presupposto per l'esercizio dell'azione costitutiva del trasferimento fiduciario *ex art. 2932 c.c.*

A giudizio delle Sezioni Unite l'atto unilaterale è qualificabile, *quoad effectum sub art. 1988 c.c.* rappresentando una dichiarazione ricognitiva di un debito che ha l'effetto di riconoscere implicitamente la fonte dell'obbligo di ri-trasferimento della proprietà del bene³⁰. Ed è quindi tale atto, in forza del principio di astrazione processuale sancito dalla norma citata, ad esonerare l'attore dalla prova del patto fiduciario e ad accordargli il diritto alla conclusione dell'atto di adempimento traslativo.

L'interpretazione non sembra inoltre contrastare con la ricostruzione dottrinale per cui l'attore convenendo in giudizio il fiduciario per l'esecuzione dell'atto di adempimento, mediante l'esibizione della scrittura unilaterale da questi sottoscritta, esprime il proprio consenso alla conclusione del contratto.

Tale impostazione se da un lato ha il merito di procurare per via giudiziale il "momento negoziale", tende dall'altro a "forzare" la natura giuridica dell'atto unilaterale del fiduciario classificandolo come proposta contrattuale. Quest'interpretazione però allontana il medesimo dalla sua vera essenza che sembra invece corrispondere a quella individuata dalla Corte ossia la ricognizione di una situazione di fatto divergente da quella di diritto, alla stregua di un atto "dissimulato", con la particolarità di promanare da una sola delle parti.

5. Il principio di libertà delle forme come "permesso di soggiorno" alla fiducia. Il tramonto del formalismo ai tempi del COVID-19.

Alla luce di quanto espresso nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite può ricavarsi la regola per cui la fiducia in sé, e nello specifico il patto fiduciario, sono sottratti ad ogni tipo di formalismo, non in ottemperanza al principio di libertà formale quanto piuttosto per la dimensione giuridica del fenomeno stesso

³⁰ È bene chiarire che l'interpretazione data dalla Corte non contrasta con il principio di tipicità delle promesse unilaterali, in quanto l'atto unilaterale del fiduciario non viene ritenuto fonte d'obbligo ma documento dichiarativo di un fatto giuridicamente rilevante, infatti il richiamo della Corte è al solo art. 1988 c.c. e non a quello che lo precede. Tale atto quindi costituisce una dichiarazione ricognitiva di un debito che ha l'effetto di riconoscere implicitamente la fonte dell'obbligo di ri-trasferimento della proprietà del bene.

che ha una portata interiore e privata piuttosto che positivo-pubblicistica (alla stregua di un *gentleman agreement* o di un'obbligazione naturale)³¹.

L'analisi della sentenza, non permette dunque di trarre conclusioni pacifiche e dirimenti in ordine al fenomeno fiduciario, che, come dice la Corte, va considerato e "risolto" a seconda del caso pratico. Ciò che invece è possibile constatare è che ancora una volta viene sottolineata l'impossibilità di assicurare al fiduciante rimedi di carattere reale volti a garantire il corretto adempimento del fiduciario.

D'altronde la questione va analizzata dalla prospettiva funzionale della casistica pratica: gli accordi fiduciari sono spesso conclusi in ambienti familiari, o tra soggetti tra i quali vige un rapporto di reciproco affidamento, e chi pone in essere uno schema fiduciario spesso è mosso da intenti elusivi. Come detto il negozio fiduciario è spesso orientato a realizzare scopi che se posti in essere secondo le figure negoziali disciplinate dall'ordinamento entrerebbero in contrasto con divieti e principi generali posti a tutela di beni giuridici fondamentali³². È per tale motivo che non può essere espressamente concessa al fiduciante una tutela giuridica sostitutiva del sentimento di lealtà che lo lega al fiduciario.

La fiducia è e resta per il nostro ordinamento un fenomeno che rileva solo nel suo momento patologico e trova fondamento solo nella lealtà dei contraenti.

Avere la pretesa di imbrigliarla in formalismi o in regole positive significherebbe giurisdizionalizzare un fenomeno morale privandolo della sua essenza.

Qualora la fiducia diventasse *iure condito* verrebbero contemporaneamente meno la sua utilità ed il suo utilizzo. La forza del patto fiduciario sta nell'affidamento sulla leale e spontanea cooperazione del fiduciario, e, date le sue funzioni, la fisiologica esigenza di segretezza potrebbe essere compromessa dalla previsione di un obbligo formale.

Ovviamente i vantaggi che sul piano pratico garantisce il corretto funzionamento del negozio fiduciario sono controbilanciati dall'*alea* dell'adempimento del fiduciario³³.

³¹ Per una disamina dell'obbligatorietà senza "giuridicità" di nuove forme di fonti obbligatorie si veda G. ROSSI *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006.

³² Non infrequente è infatti il "raggiro" a mezzo dello schema negoziale fiduciario degli artt. 458 c.c. in materia di divieto di patti successori, e dell'art. 2744 c.c. in caso di trasferimento fiduciario a scopo di garanzia nella fattispecie di fiducia *cum creditore*, oppure l'elusione della regola della *par condicio creditorum* in materia di responsabilità patrimoniale per le obbligazioni.

³³ Va ricordato che il nostro ordinamento riconosce in ogni caso l'azione di ripetizione dell'indebito, pertanto in caso di inadempimento, il fiduciante ha comunque la possibilità di agire *ex art.* 2033 c.c. dando prova della sopravvenuta inesistenza della causa giustificativa del trasferimento fiduciario, recuperando ciò che era destinato al raggiungimento dello scopo finale.

Da quanto detto può asserirsi che, come per la simulazione, i problemi scaturenti dal difetto di funzionamento della negoziazione fiduciaria sono, per il fiduciante, meramente probatori. Pertanto la questione della forma del patto fiduciario assume un rilievo processualistico *ad probationem* più che sostanzialistico *ad substantiam*.

La posizione presa dalla Corte non può dunque considerarsi indicativa di una soluzione univoca; dal punto di vista sistematico però si caratterizza di una forte valenza "politica" in quanto in modo paradossale disconoscendo un obbligo di forma al patto fiduciario al contempo garantisce al medesimo meritevolezza di tutela. In tal modo concede al fenomeno fiduciario un "permesso di soggiorno" che lo legittima a produrre effetti giuridici solo a condizioni determinate, in attesa di un intervento del legislatore, agognato ma non ancora "approdato"³⁴, che possa conferirgli un vero e proprio "passaporto" giuridico in grado di attribuirgli una definitiva cittadinanza giuridica nel nostro ordinamento.

Un' ultima osservazione va fatta in merito allo spirito "liberale" che anima i recenti interventi della Corte di legittimità caratterizzati da un generale atteggiamento di *revirement* rispetto al neo-formalismo contrattuale diffusosi nella prassi negoziale degli ultimi anni³⁵.

Anche in tale occasione la Corte, in contrasto con l'orientamento dominante di stampo formalistico, ha voluto riaffermare il principio di libertà formale che, in contraddizione con la tendenza al recente formalismo di protezione sembra essere giustificata da esigenze contingenti legate alla possibilità di favorire i traffici giuridici in un momento di stasi e di impossibilità di ricorrere a stipulazioni formali dovuto all'odierna crisi sanitaria piuttosto che da ragioni di natura sistematica e dogmatica.

Tale ritrosia dà dimostrazione del fatto che petizioni di principio possano e debbano essere sacrificate per far fronte ad esigenze sociali dettate da momenti

³⁴ È ancora rimasto inattuato l'obbligo, per l'Italia, di adeguare la disciplina codicistica ai parametri dell'ordinamento europeo in materia di fiducia, sul punto è possibile indicare la già citata (nota 2) *Legge comunitaria 2010* non seguita dai decreti legislativi di riforma e le diverse proposte di legge aventi ad oggetto l'introduzione del negozio fiduciario. Tra queste ultime "spicca" il progetto di legge sul contratto fiduciario nel Codice Civile avente ad oggetto l'introduzione di un Capo XI-*bis* al Titolo III, Libro IV, reperibile in *Fondazione Italiana del Notariato*, e da ultimo il disegno di legge presentato in data 5 agosto 2019 in Commissione Senato dalla Senatrice A. RICCIARDI.

³⁵ Per una visione sistematica della questione si rinvia a M. PALAZZO *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare tra principio di libertà delle forme e neo-formalismo* in "questioni di diritto civile all'esame delle sezioni unite" *la forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, Roma, 2019 (reperibile in *Fondazione Italiana del Notariato*).

di crisi, in aderenza all'obbligo di bilanciamento dei diritti cui il potere giudiziario (e non solo) è chiamato a rispettare dalla nostra Carta Costituzionale.

Le ragioni della previsione normativa della pena

di Marta FIORETTI*

SOMMARIO: **1.** Premessa sull'evoluzione storica della pena. **2.** L'odierna funzione della sanzione punitiva. **3.** Il significato della rieducazione. **4.** Conclusione.

1. Premessa sull'evoluzione storica della pena.

Il termine pena deriva dal latino *poena*, e dal greco *ποινή*, al cui utilizzo si ricorre, sin dai tempi antichi, per indicare il suo carattere primigenio di "sofferenza", in quanto "castigo".

Questa sua natura ancestrale ci viene testimoniata dalla Roma Arcaica, civiltà nella quale ebbe una funzione esclusivamente vendicativa. Più esattamente vi era il diritto della persona lesa da un fatto delittuoso, o della famiglia di questo, di procedere direttamente egli stessi alla persecuzione del crimine, al fine di "compensare" il sopruso subito. Eppure, nonostante l'esercizio di tale diritto si compiesse chiaramente in condotte reattive, espressione di una liberazione da istinti ed impulsi, piuttosto che di una reale esigenza difensiva, la "vendetta privata" incontrò un vasto consenso non solo nella Roma delle origini, ma in ogni luogo del mondo antico.

Il tramonto di questo uso della sanzione punitiva si realizzò nel momento in cui il suo impiego divenne non più una sola necessità del singolo. Pertanto, nella storica opera "Dei delitti e delle pene", il famigerato giurista italiano Cesare Beccaria ci racconta come le leggi siano divenute "le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla: essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità"³⁶. Questa visione beccariana, contraddistinta da un'adesione alla teoria contrattualistica del diritto, venne indirettamente sostenuta anche da Hyman Gross, in *A Theory of Criminal Justice* (1979), secondo il quale nel momento in cui più persone si riuniscono per formare una società regolata dalla legge, in diretta conseguenza, si definisce tra loro un accordo che impone a detta comunità di punire i crimini che si compiono al suo interno. E poiché

* Dottoressa in Giurisprudenza, Praticante Avvocato.

³⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018, p. 37.

quest'ultima si assume tale obbligo di protezione, ella esige che, in cambio, i suoi membri le cedano il diritto di rispondere autonomamente al danno subito, in quanto ora debbono affidarsi al potere.

Tutto ciò, seppur in termini diversi, è rinvenibile anche nell'elaborazione filosofica del pensatore britannico Thomas Hobbes (1588-1679) secondo il quale la nostra società deriva da un patto tra individui che decidono di vivere insieme, delegando le proprie libertà ad un'autorità superiore che li comanda, in cambio di sicurezza³⁷.

È importante sottolineare come si tratti di argomenti che conservano la loro attualità poiché oggi dare un senso alla sanzione punitiva significa spiegare la *ratio*, e dunque la validità, del potere coercitivo dello Stato. Ed, ad ogni buon conto, la pena ed il diritto penale scoprono la loro ragione d'essere nella difesa sociale che si compie mediante il rispetto della persona umana e delle prerogative di tutela previste dall'ordinamento stesso verso manifestazione efferate di delitto.

2. L'odierna funzione della sanzione punitiva.

Nell'Europa Occidentale quasi tutti gli ordinamenti hanno attribuito alla pena un carattere polifunzionale, ma non tutti sono in accordo su quale sia quella prevalente. Ad esempio, in Inghilterra, il *Criminal Justice Act* (2003) nella parte 12, capitolo 1 (rubricato "*General Provisions about Sentencing*") sezione n. 142, nell'individuare le finalità della condanna posiziona il "*reform and rehabilitation of offenders*" solamente al terzo posto, dopo la punizione dell'autore del reato e la riduzione del crimine³⁸. Si tratta di una visione (e di una disattenzione) che viene confermata dal Comitato *Wolfenden* nel Rapporto sui *Homosexual Offences and Prostitution* (1957) in cui manca un riferimento alla personalità del condannato avendo questo sostenuto, nel paragrafo 13, che la funzione del diritto penale è preservare l'ordine pubblico e la decenza, proteggere il cittadino da ciò che è offensivo o dannoso e fornire sufficienti garanzie contro lo sfruttamento o la corruzione degli altri, in particolare, di coloro che sono in condizione di vulnerabilità³⁹.

³⁷ Sul punto cfr. T. HOBBS, *Il Leviatano*, 1651.

³⁸ Testo letterale della normativa di riferimento: "*Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing: (a) the punishment of offenders, (b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence), (c) the reform and rehabilitation of offenders, (d) the protection of the public, and (e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences. (...)*".

³⁹ Il testo letterale: "*In this field, its function, as we see it is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards*

Diversamente, nell'ordinamento italiano la pena consiste sì in una sofferenza che viene minacciata dal legislatore quale necessario avvenimento che si origina in conseguenza dell'illecito, ma essa diviene un "trattamento individuale" per il reo in forza della recentemente evoluzione della prevenzione generale che mira ad oltrepassare i limiti propri del puro effetto d'intimidazione, promuovendo componenti di tipo educativo (in tal caso si parla di prevenzione generale c.d. positiva). Più esattamente la comminatoria legislativa della pena, oltre ad una efficacia deterrente, (ovvero ad una funzione di prevenzione mediante persuasione⁴⁰), ha una utilità pedagogica di accreditamento dei valori tutelati attraverso "la stigmatizzazione dei comportamenti criminosi, favorendo l'astensione spontanea dei comportamenti inosservanti"⁴¹. Sicché la sanzione non viene più a rappresentare un cieco atto vendicativo ma, piuttosto, un atto ragionato e ragionevole.

I reati, dunque, hanno ad oggetto uno specifico contenuto di disvalore "che costituisce la ragione sostanziale per cui l'ordinamento, ritenendolo indesiderabile e socialmente dannoso, si risolve a ricorrere alla sanzione penale"⁴². E tale disvalore rappresenta la causa⁴³ per la quale viene prevista la sanzione, essendo quest'ultima diretta, anzitutto, all'affermazione di un valore positivo che l'azione o l'omissione criminosa pregiudica.

In effetti, la concatenazione sussistente tra la commissione di un determinato fatto e l'applicazione della correlativa sanzione qualifica il rapporto antitetico sussistente tra quel fatto e i valori dell'ordinamento che si assumono essere stati lesi. Pertanto l'inflizione della punizione esprime la disapprovazione della società per la condotta del criminale e riafferma i valori che il diritto penale è progettato per sostenere.

against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence".

⁴⁰ La funzione di prevenzione mediante persuasione deve essere distinta sulla base dei destinatari dell'opera di persuasione ovvero a seconda che l'effetto sia diretto nei confronti dello stesso soggetto che subisce la sanzione (e in tal caso si parla di prevenzione c.d. "speciale") oppure nei confronti dell'intera generalità dei consociati (ipotesi di prevenzione c.d. "generale").

⁴¹ F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Sesta Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 18.

⁴² F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Sesta Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 61.

⁴³ Anche detta "ragione sostanziale" (Palazzo, 2016).

La successiva applicazione nei confronti dell'autore costituisce una fase irrinunciabile per poter attribuire alla minaccia della pena efficacia intimidativa⁴⁴. Tuttavia, a tal proposito, occorre sottolineare come il principio di legalità non termina nell'obbligo di comminare una determinata pena nel momento in cui viene commesso un reato poiché esso non comporta che il sistema repressivo non possa compiere, nel caso concreto, una selezione delle condotte delittuose meritevoli di essere perseguite. Il giudice, per questo motivo, non dovrebbe irrogare una data pena se dal suo impiego potrebbero originarsi più danni di quelli nascenti dal reato.

A questo riguardo si riferiscono l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789), nella parte in cui afferma che "La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie", come anche il lavoro di C. Beccaria nel quale egli sostenne un'idea utilitaristica in forza della quale la legge avrebbe il dovere di prevedere solamente una pena la cui severità fosse la minima necessaria per il conseguimento della sua destinazione: l'utilità sociale. Ed in tale prospettiva, la depenalizzazione viene a costituire lo strumento che realizza un bilanciamento tra il principio della legalità e l'opportunità della repressione.

Invero, nel nostro ordinamento il reato non consiste in una sterile costruzione, frutto di un insieme di rigorose formule tecniche, ma, piuttosto, in una ragionata sintesi tra dogmi e valori costituzionali, non essendo possibile "ridurre la turbolenta attività degli uomini ad un ordine geometrico"⁴⁵ senza sostanza⁴⁶.

Tanto ciò è vero anche a livello internazionale, infatti è pacifico considerare come l'identificazione del reato dipenda in larga parte dai fattori politici e sociali propri del paese a cui si riferisce⁴⁷.

In questa misura il diritto penale viene ad essere un riflesso della moralità sociale poiché i fatti che esso sanziona costituiscono una minaccia per i valori fondamentali su cui si fonda la comunità di riferimento. Sicché per elaborare una politica repressiva occorre, in ogni caso, prima comprendere l'identità dell'ordinamento in cui ci si proietta: conoscerne i valori e gli orientamenti culturali. Siffatta acquisizione permette di analizzare le possibili cause delle

⁴⁴ In effetti, se la pena non venisse successivamente effettivamente eseguita, la minaccia perderebbe di credibilità.

⁴⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiaco Feltrinelli Editore, 2018, p. 108.

⁴⁶ Pertanto, il reato, così inteso, non diviene un "vestito incolore" che il disvalore deve necessariamente indossare, *pro forma*, nel diritto positivo.

⁴⁷ Sul punto vi è L. FARMER in *The Oxford Companion to Law*, a cura di P. CANE e J. MONAGHAN, Oxford, Oxford University Press, 2008.

condotte vessatorie, al fine di predisporre adeguate misure di prevenzione, e di ragionare su una, possibile ed eventuale, corresponsabilità di tali elementi nella produzione delle condotte delittuose.

Peraltro, il nostro sistema di giustizia penale viene ad essere caratterizzato da una serie di principi garantistici che hanno il compito di orientare il legislatore su ciò che può essere lecitamente previsto come reato. Qui si inserisce il c.d. principio di offensività, il quale respinge la censurabilità di tutti quegli accadimenti manchevoli un effettivo pregiudizio. In tal senso, i summenzionati principi di garanzia vengono ad essere segnalatori di ciò che rappresenta elemento di disvalore e, in diretta conseguenza, anche su ciò che costituisce l'oggetto della tutela. La pena⁴⁸ deve obbligatoriamente ispirarsi a detti capisaldi, e non a convincimenti "arbitrariamente adottati da un interprete politicamente orientato"⁴⁹.

Inoltre, affinché una data pena venga riconosciuta ed accettata dalla generalità dei consociati, occorre che sappia rappresentare la funzione sociale del diritto ovvero apportare contributo positivo alla comunità.

In effetti, il fine principale della previsione normativa dei reati, e della correlativa sanzione, è quello di "avvicinare" la generalità indistinta dei consociati ai valori violati dai fatti delittuosi ovvero a rinvigorire la loro approvazione. Sicché la legge lavorerebbe non solo per vietare la commissione di un fatto, ma per cambiarne la percezione: momento imprescindibile se si tiene conto che "È meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione"⁵⁰.

Di conseguenza, la chiave di volta per una efficiente politica repressiva è rappresentata dall'affermazione di una cultura organizzativa che porti una maggiore consapevolezza della gravità e delle conseguenze che hanno, non solo a livello individuale, determinate condotte.

Le funzioni di prevenzione della pena fanno leva su meccanismi psichici di condizionamento. E nel nostro ordinamento vi sono consolidate conoscenze empiriche e scientifiche sulla possibilità di determinare positivamente il comportamento dei consociati. Qui si insidia quell'articolato processo formativo atto a far acquistare consapevolezza circa le conseguenze relative alla commissione di determinate condotte, sia attive che omissive, per la salvaguardia del benessere individuale e collettivo.

⁴⁸ Ovvero la sua individuazione, applicazione ed esecuzione.

⁴⁹ A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

⁵⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018, p. 108.

Tuttavia, occorre sottolineare che gli scopi della prevenzione sono sì nel summenzionato effetto pedagogico, consistente nell'affermazione simbolica dei valori negati dal reato, ma la vera funzione imprescindibile della pena risiede nell'intento rieducativo del reo. Tale fine viene costituzionalmente garantito dal comma 3 dell'art. 27 della Carta secondo il quale le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato"⁵¹, dettato non eludibile. Non a caso viene attribuita alla responsabilità penale, ai sensi del comma 1, art. 27 Cost., il carattere della personalità⁵², il quale comporta che per la commissione di una fattispecie criminosa vi sia la responsabilità del solo il soggetto agente, autore del il fatto dannoso.

Sicché la rieducazione diviene, necessariamente, uno strumento che influenza la fisionomia del sistema repressivo.

3. Il significato della rieducazione.

Il senso della rieducazione non si manifesta unicamente nell'insegnamento dei valori della società a chi li abbia oltraggiati, ma risiede, piuttosto, nella loro interiorizzazione.

Per maggior chiarezza possiamo osservare la concessione della libertà condizionale *ex art.* 176 c.p. la quale soggiace alla sussistenza, nella fattispecie storica in riferimento, di determinati presupposti oggettivi e soggettivi. Tra questi ultimi, qui di nostro maggior interesse, vi è il sicuro ravvedimento del condannato. Dunque, durante l'esecuzione della sanzione detentiva, il reo, al fine di potersi vedere il rilascio dell'istituto in commento, deve tenere un atteggiamento che sia tale da far ritenere che il suo pentimento sia certo. È importante sottolineare che, a tal riguardo, è pacifica l'irrelevanza della mera buona condotta fine a sé stessa, essendo necessaria la presenza di un sincero ravvedimento, rilevato a seguito di una valutazione caleidoscopica della sua personalità⁵³. Più esattamente viene richiesto l'abbandono delle motivazioni che lo avevano persuaso all'adozione di scelte criminali, il ripudio dei disvalori sui quali si basavano tali scelte e l'acquisto di un nuovo senso di responsabilizzazione rispetto alle proprie determinazioni. Pertanto, si ritiene imprescindibile che il

⁵¹ Non è solamente la nostra Carta Costituzionale a riconoscere ed ad esaltare il valore (ri)educativo della pena: a titolo esemplificativo è possibile richiamare il primo periodo del comma 2, art. 25 della Costituzione Spagnola (1978) secondo il quale "Le pene limitative della libertà e le misure di sicurezza dovranno tendere alla rieducazione...".

⁵² "La responsabilità penale è personale" (comma 1, art. 27 Cost.).

⁵³ Da questa riflessione è possibile affermare come la pena venga ad essere proporzionata non tanto alla gravità del fatto commesso, quanto alla personalità del reo.

condannato riconosca effettivamente la lesione che il fatto da lui commesso ha causato ai valori etico-sociali dell'ordinamento e che faccia propri i principi che prima poco conosceva oppure che gli erano negletti⁵⁴.

Tale finalità, in forza del dettato costituzionale *ex art. 27*, diviene così fondamentale per l'ordinamento tanto da evolversi negli anni, sino a divenire un diritto imprescindibile del condannato. A tal proposito la Corte Costituzionale, con sentenza n. 204 del 1974, ha statuito che la pretesa punitiva dello Stato nei confronti dell'autore di un fatto illecito non è immodificabile, ma deve essere messa in discussione e riesaminata nel corso del tempo al fine di verificare se la pena abbia assolto al suo fine rieducativo. In particolare, la Corte nella suddetta sentenza afferma che:

"Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale".⁵⁵

Ciò risulta essere decisivo per il bilanciamento tra "legalità" ed "opportunità" della repressione⁵⁶, il cui equilibrio trova effettività nella valutazione che il giudice fa del caso concreto.

4. Conclusione.

Avendo la pena stessa una funzione "ben distinta, del castigo", come sostenuto anche dal giurista Francesco Carnelutti, essa deve essere intesa non come meccanismo per il quale chi ha violato la legge deve semplicemente essere punito, ma come figura grazie alla quale il reo ha il diritto, assicuratosi dal proprio Stato, di scegliere per il futuro una vita nuova.

Il fine rieducativo della pena consiste in una delle più grandi conquiste dello stato di diritto a cui nessuna società deve mai rinunciare poiché esso fa sì che la sanzione sia comunque in perfetta armonia con la dignità umana.

⁵⁴ È opportuno sottolineare come tale valutazione debba essere compiuta esclusivamente con riferimento al periodo di esecuzione della pena essendo del tutto irrilevante se ciò avvenga al di fuori di tale rapporto.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 204/1974.

⁵⁶ *Codice penale*, «Collana Le fonti del diritto Italiano», a cura di T. Padovani, Giuffrè Editore, 1997, pp. 809 e ss.

In conclusione appare possibile sostenere che il diritto penale è inscindibilmente legato all'etica⁵⁷ da cui trae origine l'idea rieducativa che, secondo Luciano Eusebi, è "l'unico riferimento il quale dia sicuro rilievo nella riflessione sulla pena al destino dell'uomo che delinque, imponendo che questi continui a essere considerato, non solo formalmente, membro della società"⁵⁸. E' in questo che si compie l'umanizzazione del diritto penale e, conseguentemente, della pena.

⁵⁷ A tal proposito A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 17: "Il diritto è etica formalizzata. Perciò la incriminazione di un fatto non avviene a caso, ma secondo le linee di una certa concezione del mondo".

⁵⁸ L. EUSEBI, *Dibattiti sulla teoria della pena e "mediazione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 1997, pp. 811 e ss.

La lotta alla corruzione nel contesto globale: il ruolo del diritto penale ed i possibili modelli di law enforcement

di Fabrizio RIPPA *

SOMMARIO: **1.** I numeri della corruzione. **2.** Le statistiche ufficiali. **3.** La percezione del fenomeno corruttivo e gli altri misuratori della corruzione. **4.** Prime conclusioni. **5.** Dai numeri alle forme: la corruzione e la criminalità di impresa. **6.** La corruzione come criminalità di impresa. L'insufficienza del diritto penale. **7.** La lotta alla corruzione nel contesto della globalizzazione. **7.1.** Il ruolo 'normativo' dei soggetti privati nella definizione delle strategie di contrasto ai fenomeni corruttivi. **7.2.** Gli organi della "governance globale". **7.3.** Segue: gli strumenti internazionali di lotta alla corruzione **8.** Tra autoregolamentazione, legislazione internazionale e diritto interno: i possibili modelli di law enforcement.

ABSTRACT: *The fight against corruption is a common goal of all democratic States operating in the context of globalization. However, the definition of efficient and uniform strategies must take into account the difficulty of defining and measuring the phenomenon of corruption itself. Particularly in the field of criminal law, which is a typical expression of national law, the task of standardizing legal systems presents significant efforts, as demonstrated by the difficulties in implementing the various international conventions on the fight against corruption. One of the solutions for increasing the efficacy and standardization of solutions is probably to abandon an approach exclusively focused in the repressive side and to direct efforts to priority policies of administrative prevention of corruption.*

1. I numeri della corruzione.

Misurare la corruzione non è facile. Non lo è poiché i rilievi sono, innanzitutto, qualitativi, nel senso che essi hanno a che fare con problemi di natura definitoria: per misurare la corruzione bisognerebbe infatti, prioritariamente accoglierne un'esatta accezione⁵⁹. La corruzione in senso ampio, intesa quale delittuosità

* *Ricercatore di diritto penale nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

⁵⁹ In tema, F. MONTEDURO-S. BRUNELLI-A. BURATTI, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Roma, 2013, scaricabile dal sito www.trasparenza.formez.it, p. 23; nella letteratura inglese, v. A. J. BROWN, "What are we trying to measure? Reviewing the basic of

politico-amministrativa, è ben diversa, ad esempio, dalla corruzione in senso legalistico, quale definita dalle norme che incriminano specifici fatti di reato. E la definizione legale di corruzione, a sua volta, è ben diversa da quelle che potrebbero fornirci le scienze sociologiche o economiche. Ciascuna di tali definizioni farà capo, infatti, a diversi criteri di individuazione delle regole violate dal soggetto agente: esse potranno riferirsi a regole morali o etiche, regole giuridiche di carattere molto ampio – come i principii del corretto agire amministrativo –, o regole più dettagliate che riguardano specificamente il tipo di attività svolta dal pubblico agente. Una delle più note definizioni di corruzione è quella che fa riferimento al c.d. modello di agenzia: secondo tale impostazione, la corruzione può essere intesa come l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenerne vantaggi privati⁶⁰. Una nozione talmente ampia da ricomprendere qualsiasi forma di corruzione, sia in ambito pubblico che privato; sia la grand corruption di tipo affaristico che la petty corruption di carattere burocratico (e quella c.d. 'di strada'); sia la corruzione in senso tecnico che qualunque altra ipotesi di reato riconducibile all'abuso delle funzioni pubbliche. In realtà, a seconda del tipo di corruzione che si assume in premessa, cambieranno radicalmente anche i modi di misurarla. Si passa così al piano quantitativo, ove la rilevazione del fenomeno corruttivo può fare diversamente capo a tre ordini di misurazioni statistiche (oltre che riferirsi ad alcuni indicatori indiretti)⁶¹:

corruption definition", in, C. SAMPFORD-A. SHACKLOCK-C. CONNORS-F. GALTUNG (a cura di), *Measuring corruption*, UK, 2006

⁶⁰ 2 Definizione utilizzata anche da Transparency International, cfr. J. POPE, *Confronting Corruption: The Elements Of A National Integrity System - Transparency International Source Book 2000*, 2000.

⁶¹ Le scienze politologiche hanno messo ben in luce le difficoltà che si incontrano nell'analisi della corruzione, tanto da parlare di una definitional challenge e di una measurement challenge: «the problem of pinning down a definition of corruption led to a plethora of potential definitios developing [...] one part of that definitional challenge is undoubtedly linguistic, on the one hand, this come from the way that the term corruption is used in public discourse [...] the second part of the linguistic challenge comes from the fact that the term exists in many languages, yet the nuances that shape and mould its precise meaning differ considerably»; né, come dicevamo, può essere appagante partire dalla definizione legale di corruzione: «there are, however, a number of problems with using the law sas your starting points. First, the internationalization of anticorrupting thinking has not prevented states from having very different sets of national legal provisions [...] second, many acts that could legitimately be understood as corruption are captured under pieces of legilsation that were not really made for that purpose»; sul versante dell'altra "sfida", quella della misurazione: «trying to discern how much corruption exists in nevertheless a task fraught with difficulty [...]

- 1) è possibile innanzitutto adagiarsi sul dato ufficiale, vale a dire sul numero di casi di corruzione noti, effettivamente perseguiti e definitivamente accertati in sede giurisdizionale, che potrebbero darci una misura apparentemente certa della reale diffusione del fenomeno criminale, oltretutto di alcune sue connotazioni qualitative (territorio di verifica; tipi di pubbliche amministrazioni coinvolte; relazione tra soggetto pubblico e soggetto privato, ecc.);
- 2) una seconda modalità di misurazione si riferisce al dato percepito, vale a dire all'opinione diffusa nella popolazione circa l'estensione e le modalità di estrinsecazione delle prassi corruttive all'interno degli uffici pubblici⁶². Rilevato fondato non su esperienze realmente vissute o comunque verificate, ma formatosi attraverso altri canali informativi, come i mezzi di comunicazione di massa o le dichiarazioni di altri soggetti; e se anche qui ci si affrettasse a trarre delle prime conclusioni sommarie, tale rilievo dovrebbe in qualche misura risultare più equivoco, doppiamente sottoposto al soggettivismo di chi fornisce l'informazione ed a quello di chi la recepisce;
- 3) un terzo tipo di rilievo, infine, si basa sulle esperienze dirette, seppur non ufficialmente riconosciute attraverso un accertamento giudiziario: in questo caso la statistica si riferirebbe ad un dato reale e non meramente percepito (evitando le ambiguità di quel tipo di rilevazione); e sarebbe in grado di riferirsi non solo al fenomeno manifesto, ma, in qualche misura, di dare una dimensione anche di quello sommerso. Si tratterebbe infatti di un dato che, non richiedendo l'ufficialità di quello giudiziario, potrebbe essere rilevato più facilmente, poiché – in particolare se in grado di garantire l'anonimato – non incontrerebbe eventuali reticenze dell'intervistato, ben accorto a non svelare una sua complicità nel fatto corruttivo. Ciascuno di tali indicatori fornirà indicazioni diverse, e sarà diversamente utilizzabile ai fini della elaborazione delle strategie di contrasto alla corruzione, sia quelle propriamente repressive, sia quelle basate su strumenti di prevenzione amministrativa.

there is still no agreement on what corruption precisely entails. Given that, what hope is there of reaching an agreement on how much of it exists?», cfr. D. HOUGH, *Analysing corruption*, Newcastle, 2017, pp. 33 e ss. e p. 49. Sul problema della misurazione della corruzione, R. CANTONE-E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione – Dieci lezioni*, Milano, 2018, pp. 29 e ss.

⁶² In tema, E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2017, pp. 445 e ss.; B. A. OLKEN, *Corruption perceptions vs. corruption reality*, in *Journal of Public Economics*, 2009 (www.nbr.org).

2. Le statistiche ufficiali.

In linea teorica, i dati ufficiali dovrebbero essere quelli più affidabili. In realtà questa maggiore precisione del dato ufficiale rispetto al dato percepito è solo ipotetica, ed anzi, talvolta, confutabile: ciò è dovuto alla necessità di considerare altri ordini di variabili, che tendono a complicare il 'calcolo' ed a relativizzarne i risultati, o addirittura ribaltali⁶³. Quando si tratta della rilevazione delle statistiche criminali, il principale (ma non l'unico) dei fattori che possono influire sulla fruibilità o meno dei dati ufficiali è rappresentato dalla complessiva fisionomia socio-fenomenica della classe di delitti che si vuole prendere in considerazione, nella quale rilevano il numero, il ruolo e la qualità dei soggetti attivi; la presenza o meno di soggetti passivi determinati o determinabili; il tipo di interesse coinvolto (privato o pubblico, di natura individuale o diffuso); caratteristiche che si riflettono sulla maggiore o minore capacità di tracciare e poi registrare i comportamenti delittuosi, e dunque sulla 'permeabilità' della criminalità che si intenda quantificare alle dinamiche di accertamento processuale. Nel caso che ci riguarda, ad esempio, la struttura bilateralmente illecita dei fatti di corruzione tende a sviluppare tra i protagonisti del *pactum sceleris* una mutuale collaborazione difensiva, con conseguente diminuzione delle chances di far emergere tali realtà criminose⁶⁴. Anche l'assenza (o la presenza solo eventuale) di un soggetto direttamente danneggiato da una pratica corruttiva, rischia di influire sull'efficienza dei sistemi di controllo: nel senso che, potendo mancare il titolare di un diretto interesse a compulsare l'autorità giudiziaria (a differenza di quanto avviene nelle tipologie criminose di aggressione immediata alla sfera giuridica di uno o più soggetti ben determinati), la stessa notizia criminis potrebbe non arrivare mai all'attenzione delle autorità competenti, aumentando in misura non indifferente la cifra nascosta degli episodi di criminalità corruttiva⁶⁵.

⁶³ Negli studi criminologici, viene anzi considerato metodologicamente errato correlare le variazioni statistiche relative alla criminalità registrata con l'andamento della criminalità reale, cfr. T. BANDINI, in AA.VV., *Criminologia*, I, Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale, Milano, 2003, pp. 45-46.

⁶⁴ A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione – Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 28.

⁶⁵ G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattuabilità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, p. 483

Anche le condizioni 'ambientali' in cui tali comportamenti illegali possono diffondersi influiscono sulla capacità del dato ufficiale di registrarli: livello di diffusione della cultura della legalità nelle pubbliche amministrazioni e nelle imprese⁶⁶; carattere affaristico o burocratico del modello corruttivo esistente⁶⁷. Si tratta di dinamiche di relazione tra settore pubblico e settore privato che possono influenzare notevolmente (ed in maniera reciprocamente inversa) l'estensione e la tracciabilità delle pratiche corruttive: se culturalmente strutturate in senso anti-legalitario, ad esempio, esse tendono a 'normalizzare' l'approccio di tipo affaristico-contrattuale, inteso quale unico o più efficace modo di interlocuzione con la pubblica amministrazione; ispirando di conseguenza o un senso di sfiducia nelle istituzioni; o, all'inverso, un interesse parassitario a sfruttare tale abitudine culturale e sociale alla mercificazione della pubblica funzione. In entrambi i casi, non vi è lo stimolo o la convenienza ad attivare meccanismi di controllo, cioè a segnalare l'esistenza di illecite forme di contrattazione alle autorità competenti, ivi comprese quelle giudiziarie. In un simile scenario, è facile concludere che mentre il dato fattuale tenderà ad aumentare, diminuirà invece quello ufficiale; e quest'ultimo, se isolatamente considerato, implicherebbe l'erronea conclusione per cui, contrariamente alla sua sistemica.

diffusione, quello corruttivo verrebbe registrato come fenomeno criminoso regressivo. Per quanto detto sinora, allora, non sembra azzardato affermare che esiste una sorta di relazione inversa tra l'estensione della criminalità di tipo affaristicocorruttiva e la capacità del (solo) sistema penale di farvi fronte; condizione a sua volta sufficiente per negare o mettere fortemente in crisi la validità dei tentativi di mappatura dei suindicati fenomeni delittuosi operati attraverso i (soli) dati ufficiali. I quali sarebbero in grado di rivelare un dato non solamente parziale, ma anche 'bugiardo' e compromettente, poiché, come prima

⁶⁶ Per spiegare l'eziologia delle pratiche corruttive sotto un profilo più marcatamente criminologico, è possibile richiamare la nota teoria delle c.d. "sub-culture criminali", elaborata dallo studioso americano A.K. COHEN, *The Sociology of the Deviant Act: Anomie Theory and Beyond*, in *American Sociological Review*, 1965, vol. 30, pp. 5 e ss.

⁶⁷ La corruzione 'burocratica' è quella in cui domina l'atto amministrativo oggetto del mercimonio, tendenzialmente individuato e inserito in un episodio singolo e definito. La corruzione 'affaristica' è quella in cui domina il flusso di denaro prodotto da un rete elastica ed abbastanza indeterminata di scambi corruttivi che tendono a sfumare in rapporti interpersonali sufficientemente stabili, cfr. F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione, tra presupposti criminologici e finalità eticosociali*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 10, p. 3390.

si accennava, disegnerebbe una traiettoria calante, anziché in ascesa, nella curva statistica relativa alla diffusione nel tempo delle prassi corruttive⁶⁸.

Si spiega in tal modo il motivo per cui gli organismi deputati alla misurazione di tale settore di devianza criminale – soprattutto quelli di carattere sovranazionale – si avvalgano anche di altre rilevazioni di tipo statistico, che fanno principalmente leva sulla mera percezione della corruzione; le stesse, se incrociate con i dati ufficiali, riescono non solo a spiegare l'andamento decrescente di questi ultimi, ma anche a restituirci una più fedele rappresentazione della reale diffusione di tali reati contro la p.a. Una simile visione d'insieme del fenomeno comporta poi fondamentali implicazioni dal punto di vista della corretta individuazione delle strategie normative da adottare per arginarne l'espansione: in effetti, è solo attraverso questo tipo di misurazione empirica della 'grandezza' delle prassi corruttive, che possiamo essere in grado di comprenderne la reale carica offensiva.

3. La percezione del fenomeno corruttivo e gli altri misuratori della corruzione.

Ai fini di un corretto approccio empirico-criminologico, occorre dunque integrare il dato ufficiale sulla corruzione con altri elementi di conoscenza. Ci riferiamo a: (a) gli indicatori che registrano la c.d. corruzione percepita; (b) i dati forniti dalle statistiche non giudiziarie; (c) i c.d. indicatori indiretti. (a) Tali strumenti di misurazione – per quanto attuati con rigore metodologico – hanno carattere più incerto, poiché sono quelli che si riferiscono al dato percepito. Questi indicatori possono poi essere raggruppati in due sotto-insiemi, a seconda che le informazioni siano ricavate da sondaggi condotti su di un campione rappresentativo dell'intera popolazione, e che si riferiscono alle opinioni di soggetti non qualificati (a1); o da indagini più specifiche, basate invece sul grado di diffusione della corruzione nella percezione di soggetti qualificati, quali operatori economici, soggetti istituzionali, giornalisti, esperti di determinate aree geo-politiche, ecc. (a2). Per loro natura imprecisi ed imperfetti, essi rischiano anche di cadere nel noto paradosso di Trocadero, per il quale più si combattono i fenomeni criminali (corruttivi in questo caso), sia sul piano della prevenzione che su quello della repressione, maggiore è la percezione che del fenomeno ha

⁶⁸ Cfr. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma, a cura del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, ottobre 2012, pp. 8 e ss.

la popolazione⁶⁹. Si tratta di un percorso ad anello nel quale le stime sul fenomeno e le valutazioni sull'efficacia del sistema – complice anche un opportunistico populismo penale che oramai contrassegna gran parte delle attuali tendenze politiche - rimangono ingolfate in un perverso circolo vizioso per cui: (1) per assecondare la richiesta di contenimento di un fenomeno criminoso avvertito come particolarmente diffuso dalla popolazione → (2) si attuano programmi di rafforzamento delle risposte sanzionatorie e preventive – amministrative o penali, principali o accessorie → (3) che generano un paradossale aumento della percezione del fenomeno (più si combatte una certa criminalità, più si è portati a credere che quella criminalità sia diffusa o stia aumentando) → (4) che si trasforma in una richiesta di nuovi e sempre più restrittivi provvedimenti → (5) che viene sfruttata per acquisire/aumentare il consenso elettorale → (6) che genera le condizioni per promuovere ed attuare nuovi interventi legislativi in maniera, ed a questo punto è possibile ritornare al punto 1. A voler essere più precisi, l'andamento, più che ciclico, assume una traiettoria a spirale, ingrossando di volta in volta l'anello esterno: ogni nuovo intervento legislativo, infatti, inasprisce sempre più il sistema, erodendo per tale via anche le garanzie legate all'idea del diritto penale minimo e sfociando in un vero e proprio terrorismo repressivo. (a1) Tornando agli indici di misurazione basati sulla percezione del fenomeno corruttivo, ed esaminandoli più nel dettaglio, il primo tipo – quello basato sulle esperienze personali degli intervistati – ha una valenza decisamente relativa e (ancor) meno scientifica, dovuta principalmente alla sua natura 'laica': la non necessaria presenza di una particolare qualifica professionale o conoscenza degli esatti termini giuridici del tema, unitamente al fatto che la fonte dell'informazione non debba necessariamente essere verificata, si rifletterà, ovviamente, sulla validità ed obiettività delle risposte fornite e dei relativi dati ricavabili⁷⁰. Ciò nonostante, almeno per quanto riguarda una certa tipologia di comportamenti corruttivi, si

⁶⁹ L'espressione è stata coniata, pochi anni fa da G.T. POLCINI, ed il suo concetto, in sintesi è rinvenibile in ID., Il paradosso di trocadero, in www.dirittopenaleglobalizzazione.it.

⁷⁰ Si tratta, inoltre, di indagini realizzate da soggetti non sempre istituzionali, circostanza che, per l'occasionalità della loro frequenza nonché per la limitatezza del campione di riferimento, rende ulteriormente complicato l'utilizzo dei dati ricavabili, soprattutto per tracciare delle linee di tendenza evolutive o avere un quadro comparativo affidabile. Tra le molte fonti, facilmente rintracciabili attraverso ricerche in rete, ci si limita a segnalare i sondaggi più aggiornati (febbraio 2017), effettuati da SWG (consultabili da www.swg.it); tra quelli commissionati da soggetti istituzionali, si possono segnalare le ricerche effettuate per conto del Parlamento europeo da Eurobarometro, il cui ultimo sondaggio in materia è consultabile dal sito <https://ec.europa.eu>.

tratta di indicazioni in qualche misura utili per registrare la parte sommersa del fenomeno e per ricavare alcune informazioni di supporto ai fini della definizione o ridefinizione delle strategie preventive e repressive; permettendo, ad esempio, di rilevare dati relativi ai diversi livelli di 'contaminazione' nei singoli settori di attività della pubblica amministrazione, o alla diversa diffusione delle suindicate pratiche nelle singole aree o macro-aree geografiche del paese di riferimento o del contesto europeo. Ma, si ripete, sono dati che vanno sempre in qualche misura filtrati, verificati ulteriormente, perché per loro natura refrattari ad un riscontro di tipo scientifico, talvolta iperbolici nei loro risultati a causa del meccanismo ozioso in precedenza analizzato⁷¹.

(a2) Ben più densi di significato, e praticamente la principale e più quotata fonte di informazione utilizzata in campo internazionale sul tema della corruzione e sui suoi tassi di diffusione (nonostante lo scetticismo sempre più diffuso nella comunità scientifica nazionale), sono i rilievi basati sulla percezione del fenomeno da parte di soggetti qualificati, tra i quali spiccano quelli effettuati da Transparency International, nota istituzione internazionale non governativa che si occupa della corruzione, non solo politica⁷². Tale organizzazione predispone annualmente una graduatoria mondiale dei paesi basata sul Corruption Perception Index (CPI)⁷³, ovvero sia uno strumento di misurazione della percezione dei fenomeni corruttivi fondato sulle opinioni di soggetti esperti⁷⁴;

⁷¹ Cfr. Eurispes: "L'Italia è molto meno corrotta di quello che crede", in www.repubblica.it.

⁷² «La più grande organizzazione a livello globale che si occupa di prevenire e contrastare la corruzione. Fondata nel 1993, con sede a Berlino, è diffusa in oltre 100 Paesi del mondo. La sua missione è dare voce alle vittime e ai testimoni di corruzione e collabora con Governi, aziende e con i cittadini per mettere un freno alla piaga della corruzione», cfr. www.transparency.it.

⁷³ Tale indice consiste in un voto numerico che può variare da 0 – valore che indica la massima corruzione – a 100 – che al contrario ne segnala la totale assenza; per tutte le informazioni dettagliate e la consultazione dei dati, anche quelli degli anni precedenti, si rinvia a <http://www.transparency.org/research/cpi/overview>; per un'analisi comparatistica dettagliata, basata sul CPI, cfr. J. POPE, *Confronting corruption*, cit.

⁷⁴ Oltre il CPI, tra gli indici di misurazione del dato percepito sulla corruzione più conosciuti ed utilizzati in chiave analitica, va annoverato anche il Rating of Control of Corruption (RCC), realizzato dalla Banca Mondiale, il quale tuttavia non si riferisce soltanto a soggetti esperti, ma anche ad imprese e cittadini; la stessa Transparency international, in verità, realizza delle graduatorie basate su indici differenti, come ad esempio il Global Corruption Barometer (GCB), che rileva anche'esso le opinioni dirette dei cittadini. Altro fondamentale strumento di analisi realizzato da TI è il Bribe Payers Index (BPI), attraverso il quale si realizza una «graduatoria dei paesi corruttori tra le principali nazioni industrializzate in cui, nonostante l'adozione di leggi che rendono un crimine il pagamento di tangenti agli ufficiali, l'uso della corruzione per ottenere commesse non è stato eliminato. Nella letteratura straniera, si v. il saggio di A.

essi non solo sono in grado di osservare da un punto di vista 'privilegiato' il fenomeno ma, in chiave prognostica, sono capaci di esprimere valutazioni destinate ad inverarsi nella realtà socio-economica, diventando delle vere e proprie aspettative⁷⁵: il CPI, in effetti, pur esprimendo un dato solamente percepito, riflette in buona sostanza l'opinione degli operatori economici e degli investitori (banche, imprese, società finanziarie ecc.), soprattutto esteri, sul grado di trasparenza e di moralità presenti nelle pubbliche amministrazioni e sulla correttezza delle procedure decisionali con le quali ne vengono distribuite le relative risorse. È evidente, allora, che un simile parametro influenzerà anche i possibili comportamenti futuri di tali investitori, i quali decideranno se ed in che maniera interagire con i singoli paesi in base alla posizione occupata nella graduatoria di riferimento: posizioni medio-alte ispireranno, logicamente, una maggiore fiducia, e convinceranno della convenienza (anche economica) di investire in paesi dove le procedure di assegnazione e di ripartizione delle risorse pubbliche e le opportunità di fare impresa risultano essere rispettose dei criteri di trasparenza e legalità, senza costi aggiuntivi o pastoie burocratiche dovute all'insinuarsi di meccanismi corruttivi. Stimolando di conseguenza un tipo di concorrenza 'sana' ed una competitività maggiore. Al contrario, posizionamenti bassi in classifica, provocheranno un processo di selezione in negativo, sia nel senso che tenderanno ad allontanare capitali 'puliti' dal paese, con tutto ciò che ne consegue in termini di equilibrata crescita economica e di stabilità sociale; sia nel senso che attireranno investitori avvezzi o propensi alla corruzione, ovvero soggetti che non contribuiscono allo sviluppo dei mercati, ma anzi ne peggiorano i livelli di concorrenza e di produttività⁷⁶. Senza contare un ulteriore e non secondario effetto negativo, per cui anche investitori tendenzialmente integri,

HAWKEN-G. L. MUNCK, *Measuring corruption – a critical assesment and a proposal*, in AA.VV., *Perspective on corruption and human development*, Macmillan, 2009, pp. 72 e ss.

⁷⁵ Cfr. A. VANNUCCI, *op. cit.*, pp. 35 e ss.

⁷⁶ 8 Cfr. J.S.YOU-S.KHAGRAM, *A Comparative Study of Inequality and Corruption*, in *American Sociological Review*, Vol. 70, No. 1, 2005, 136-157 e spec. 141: «as income inequality increases, the rich have more to lose through fair political, administrative, and judicial processes. As inequality increases, the rich will also have greater resources that can be used to buy influence, both legally and illegally [...] The rich as a class or interest groups can employ legal lobbying and political contributions or bribery (grand political corruption) to influence law-making processes. The rich, as interest groups, firms, or individuals may use bribery or connections to influence lawimplementing processes (bureaucratic corruption) and to buy favorable interpretations of the law (judicial corruption)»; cfr., inoltre, il rapporto *Inclusive growth and development*, del World Economic Forum, http://www3.weforum.org/docs/WEF_Forum_IncGrwth_2017.pdf.

che decidano tuttavia di operare in un paese con elevati indici di diffusività della corruzione, tenderanno ad interpretare i comportamenti equivoci delle pubbliche amministrazioni (ritardi, richieste irrituali, malintesi, ecc.) in linea con la cultura dell'illegalità percepita come dominante, adeguandosi di conseguenza a quelle che si reputano essere le reali (anche se informali) regole del gioco, di fatto stimolando ulteriormente la corruzione dal lato della domanda. Gli indicatori basati sul dato percepito hanno subito, soprattutto negli ultimi anni, un duro attacco da parte della comunità scientifica ed istituzionale italiana (ma non solo), che ne ha messo in dubbio sia la validità come metodo di rilevazione, sia, di conseguenza, la veridicità dei dati negative relativi al nostro paese. Un altro limite degli indicatori basati sul dato percepito, ed in particolare il CPI di Transparency international, risiede anche nella maniera in cui sono strutturati i questionari. Come è stato rilevato, uno dei principali difetti del CPI sta nel fatto di essere un indicatore troppo sintetico: congeniale alla sua duttilità ed alla capacità di mettere a confronto esperienze caratterizzate da realtà normative ed istituzionali anche molto distanti, allo stesso tempo ne limita anche la capacità di individuare con precisione i tipi di comportamento penalmente rilevanti. Di conseguenza, tale tipo di rilevazione non può (non dovrebbe) essere adottato come base di studio per effettuare un'analisi sulla fattibilità o meno di determinate politiche criminali⁷⁷.

Vi è poi un rischio da non sottovalutare. Ne abbiamo già parlato in precedenza: l'appartenenza al campione di riferimento qualificato anche di soggetti interessati agli investimenti di capitali o comunque in grado di condizionarli (banche, imprenditori, finanziari, ecc.), fa sì che le informazioni sui tassi di diffusione della criminalità corruttiva comincino a circolare in quella ristretta comunità, con il rischio di attirare risorse economiche e finanziarie illecite. A ben vedere si tratta di un effetto criminogeno, doppiamente lesivo rispetto ai beni collegati all'economia pubblica e privata ed al buon andamento della pubblica amministrazione. In ogni caso, non vi è dubbio che tali misurazioni e le conseguenti valutazioni abbiano comunque contribuito a stimolare, soprattutto in Italia, numerosi processi di riforma. Si tratta inoltre di un linguaggio rodato, che mette in comunicazione da molti anni l'intera comunità internazionale in ordine ad un fenomeno criminoso che non conosce frontiere⁷⁸.

(b) In alternativa a quelle basate sulla percezione del fenomeno, esistono altre statistiche che si fondano su dati più oggettivi, anche se non quanto potrebbero

⁷⁷ R. CANTONE-E CARLONI, cit., 37.

⁷⁸ Ibidem.

essere quelli ufficializzati tramite i resoconti delle attività giudiziarie. Si tratta delle cosiddette statistiche di vittimizzazione, le quali – attraverso una serie di questionari piuttosto dettagliati – tendono a far emergere le esperienze dirette di corruzione: esse dovrebbero avere, da un lato, il pregio delle statistiche ufficiali, ovverosia quello di riferirsi ad episodi reali di criminalità, senza tutte le distorsioni e le inesattezze che inevitabilmente si legano alla mera percezione del fenomeno; dall'altro, dovrebbero riuscire a contenerne le limitazioni, dovute alla difficoltà di far emergere una attraverso gli accertamenti giudiziari una quota del fenomeno corruttivo che sia in grado di rispecchiare verosimilmente l'effettivo andamento di quel tipo di criminalità. È chiaro che la possibilità per questi strumenti di misurazione di riuscire ad unire i pregi delle statistiche ufficiali e degli indici di percezione, ed allo stesso tempo di eliminarne i difetti dipende in gran parte dall'estensione del campione di riferimento: maggiore esso sarà, maggiore sarà la corrispondenza tra i dati raccolti ed il reale andamento della criminalità. Non solo: esso, se arricchito di quante più variabili possibili, sarà in grado anche di differenziare il dato per area geografica di riferimento, per tipologia di attività e settore della pubblica amministrazione coinvolta (sanità, edilizia, forze dell'ordine, ecc.), per modalità di realizzazione dell'episodio corruttivo (forme di pagamento, modalità di contatto tra pubblico e privato, tipo di vantaggio ottenuto, ecc). Tale caratteristica lo rende in teoria uno strumento utile non solo dal punto di vista della messa a punto delle strategie di contrasto di natura repressiva, ma anche da quello della redazione degli strumenti di prevenzione del fenomeno sul versante amministrativo. Il problema è che si tratta di indagini costose, svolte secondo scadenze temporali non sempre precise e troppo distanziate nel tempo per poter verificare con maggiore puntualità l'andamento dei fenomeni criminosi e l'eventuale efficacia delle azioni intraprese. Ed ovviamente questo tipo di verifica non è neanche confrontabile con analoghe iniziative di paesi esteri, per il suo carattere altamente specifico⁷⁹.

(c) I c.d. misuratori indiretti della corruzione, per definizione, non hanno la capacità di rappresentare con precisione la qualità e la quantità dei fenomeni di malaffare nelle pubbliche amministrazioni. Per capire come funzionano sarà utile un esempio: ciò che contraddistingue la corruzione da altre pratiche di sfruttamento illecito dei pubblici poteri (come ad esempio l'abuso di ufficio), è che essa rappresenta un 'costo' per il corruttore. Ebbene, tali costi dovrebbero poi essere, in qualche maniera, 'spalmati' sull'intera operazione coinvolta dalla pratica criminosa, ad esempio sui lavori pubblici ottenuti attraverso l'illecita

⁷⁹ A. VANNUCCHI, op. cit., 33.

interferenza del pubblico agente corrotto: cosicché, dato il costo X di una determinata attività o operazione appaltata, il superamento di quel valore potrebbe essere indice del fatto che vi siano stati dei costi occulti (da ammortizzare) rappresentati dal pagamento di una tangente. Questi indicatori, che le scienze statistiche indicano come proxy⁸⁰, hanno sicuramente una loro utilità nella definizione delle politiche di contrasto al fenomeno corruttivo, sia perché aiutano a capire gli effetti nocivi della corruzione sulla spesa pubblica e sulla regolarità del mercato; sia, e soprattutto, perché risultano fondamentali per le attività di regolamentazione delle attività pubbliche, che rappresentano un nodo prioritario da affrontare prima ancora di qualsiasi strategia di lotta che punti solo ed esclusivamente alla repressione dei fenomeni criminosi. Strumento dunque indispensabile per le politiche anticorruzione in senso ampio, decisamente più approssimativo se ci si voglia riferire alle politiche di lotta alla corruzione propriamente criminali.

4. Prime conclusioni.

In definitiva, e riassumendo, nessuno strumento sembra da solo in grado di decifrare i numeri della corruzione. Troppe le variabili da considerare e le peculiarità di questo tipo di devianza, che spingono ora a doversi riferire al dato percepito, ora a quello reale; ora ad una concezione legale di corruzione, ora ad una più ampia e di senso comune, che si affida a norme di tipo etico-morali; ora a statistiche sulla corruzione esistente, ora su quella presunta⁸¹. Ed i risultati possono assumere esiti completamente contrapposti, quando si riferiscano ad uno solo di tali parametri. La cifra 'sommersa' rimane il grande mistero di questa indagine, che solo per successive approssimazioni può essere circoscritta entro una statistica più o meno verosimile. L'unico dato certo è che, a prescindere dalla maggiore o minore precisione di questi numeri, esistono delle strategie di contenimento del fenomeno che precedono e, in un certo senso, dovrebbero evitare il ricorso a strumenti di natura repressiva: tali attività sono tutte quelle che tendono a rilevare, all'interno di ogni singola pubblica amministrazione – tenuto conto delle specifiche che caratterizzano quel settore di attività – comportamenti sospetti, procedure anomale, regolamentazioni che già in origine contengono il rischio di inquinamento tra interessi di opposta natura e che

⁸⁰ M.R. WICKENS, A Note on the Use of Proxy Variables, in *Econometrica*, Vol. 40, No. 4, 1972.

⁸¹ Si v., a tal proposito, l'intuitiva tabella proposta da F. MONTEDURO-S. BRUNELLI-A. BURATTI, *La corruzione*, cit., 23.

dunque andrebbero ripensate. Il movimento legislativo italiano si sta muovendo meritoriamente in questa direzione, per lo meno a partire dalla riforma Severino del 2012, al fine di attuare quella doverosa prevenzione amministrativa del rischio di comportamenti abusivi da parte dei pubblici ufficiali; cercando, al contempo, di divulgare una cultura della legalità e dell'efficienza, che garantisca la trasparenza e la meritocrazia nelle scelte pubbliche, senza mascherarli dietro un vuoto formalismo burocratico. In questi settori, tutti gli indicatori cui abbiamo fatto riferimento, anche quelli c.d. indiretti, assumono un ruolo indispensabile per orientare le scelte normative, lasciando che solo all'esito di tale importanti opzioni, intervenga, in maniera selettiva, lo strumento punitivo in senso stretto. Maggiore sarà la qualità della regolamentazione amministrativa, maggiore sarà la corrispondenza tra criminalità reale e criminalità percepita, con le attività sommerse che dovrebbero possibilmente regredire, lasciando che sia davvero il solo dato ufficiale a rappresentare, con sufficiente verosimiglianza, la diffusione dei fenomeni corruttivi.

5. Dai numeri alle forme: la corruzione e la criminalità di impresa.

La ricerca della reale grandezza di scala della corruzione fornisce indicazioni non solo sulla concreta estensione del fenomeno, ma anche sulla natura degli interessi coinvolti, tanto più a rischio quanto più si constaterà una diffusione di tipo ambientale ed una interiorizzazione culturale di quei comportamenti illeciti. Su di un piano criminologico, ciò permette di capire anche attraverso quali meccanismi eziologici quel tipo di criminalità vada ad alimentarsi, di fatto potendo dimostrarsi l'esistenza di processi devianti progressivi ed autoreplicanti – di tipo 'tumorale' – per i quali alla crescente estensione del fenomeno corruttivo corrisponderà una sua maggiore capacità di perpetrarsi⁸². Come abbiamo verificato dalle statistiche, infatti, nei paesi con maggiore indice di diffusività di comportamenti corruttivi esisterà una relazione inversa per la quale al crescere del fenomeno – che verrà puntualmente registrato dagli operatori economici, e che ad esso tenderanno ad adeguarsi – decrescerà il dato ufficiale, rivelando non solo l'incapacità del sistema penale di fare da solo fronte ad una tale realtà delittuosa, ma anzi l'involontaria capacità di alimentarla (se non supportato dal altri meccanismi di controllo). Cambia così anche la morfologia delle pratiche

⁸² Come vedremo, la corruzione si lega sempre più indissolubilmente ai paradigmi tipici della criminalità di impresa; in tema E.H. SUTHERLAND, White-collar criminality, in *American Sociological Review*, 1940, pp. 3 e ss

corruttive, che si slacciano dalla classica sequenza di atteggiamenti negoziali incentrati sulla compravendita di singoli atti amministrativi e sulla diretta remunerazione monetaria degli stessi, per divenire rapporti interpersonali di tipo strutturale e continuativo, ove ciò che viene mercificata non è più la singola attività amministrativa, ma la stessa funzione pubblica. Tali rapporti, per di più, si arricchiscono anche di nuovi protagonisti in funzione di mediazione tra la parte privata e quella pubblica, con un coinvolgimento, a vario titolo, di faccendieri e procacciatori. Le cause della corruzione, allora, non possono essere più rintracciate nella venalità di agenti infedeli o nell'occasionale opportunismo di un privato cittadino. I meccanismi che ne spiegano la genesi e la struttura si generalizzano e, in un certo senso, si spersonalizzano, poiché divengono dei meccanismi aziendali: un processo strategico⁸³, nella pianificazione e svolgimento dell'attività di impresa, se si guarda alla parte privata del fenomeno; di amministrazione (e procrastinazione).

del potere politico e partitico, se ci si rivolge a quella pubblica. con tutto ciò che comporta a monte ed a valle del fenomeno corruttivo. L'indagine sui motivi e sulle modalità di approccio alla corruzione, va dunque riparametrata tenendo conto dell'oramai costante ricorso alla stessa da parte delle organizzazioni imprenditoriali, con diverse implicazioni dal punto di vista criminologico.

6. La corruzione come criminalità di impresa.

L'insufficienza del diritto penale. La conseguenza in un certo senso più scontata, e perciò quella che da più tempo rilevano gli studiosi delle discipline criminologiche e penalistiche, è quella di inquadrare la corruzione ed i fenomeni di devianza ad essa correlati nel contesto della criminalità economica in senso stretto⁸⁴. E quando ci si muove nel campo delle attività economiche, gestite in larga misura in forma societaria, il fatto illecito da comportamento diviene piuttosto un fenomeno criminoso, un agire collettivo e spersonalizzato non sempre immediatamente percepibile quale comportamento *contra legem* e che in ogni caso mal si incastra nelle rigide schematizzazioni dell'illecito penale tradizionale. Questi diversi modi di configurare responsabilità e risposte normative (sia di natura preventiva che repressiva, sia strettamente penali che

⁸³ R.N ANTHONY., Sistemi di pianificazione e controllo: schema di analisi, Milano, 1967.

⁸⁴ G.M. FLICK, Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione, in www.penalecontemporaneo.it, passim.; A. SPENA, Il «turpe mercato», Milano, 2003, pp. 20 e ss.

punitivoamministrative) non possono che essere riproposti anche nel campo delle pratiche corruttive, diventate uno strumento privilegiato della criminalità di impresa: in tale prospettiva, occorre superare l'esclusiva o comunque l'assorbente riconduzione di questa delittuosità al novero dei reati contro la pubblica amministrazione, ed abbandonare l'idea di potersi muovere nell'illusione di poter gestire il 'problema' corruzione agendo solo sul versante della regolamentazione dei comportamenti dei pubblici agenti. Se i comportamenti corruttivi originano nei luoghi in cui si pianificano scelte imprenditoriali e gestionali, in cui si decide come affrontare mercato e concorrenza e come ricercare opportunità di investimento ed ottenere canali di finanziamento, è in quel contesto che vanno sin dall'inizio concentrati gli sforzi, vigilando su tutti i possibili canali di alimentazione di queste pratiche illecite, principalmente quelli che attengono alla gestione dei flussi monetari e finanziari all'interno dell'azienda ed alla modalità di interlocuzione con le pubbliche amministrazioni. Occorre insistere, in particolare, sulla sinergia tra discipline più marcatamente repressive (penali o amministrativo-punitive) e misure legislative di più ampio 'respiro culturale', volte a prevenire la realizzazione di comportamenti illeciti attraverso la promozione di comportamenti virtuosi antagonisti, con conseguente marginalizzazione ed isolamento delle pratiche scorrette: misure volte, cioè, ad aumentare, anche attraverso la premialità, gli standard qualitativi delle pubbliche amministrazioni, in termini di trasparenza ed efficienza; allo sviluppo delle c.d. best practice ed alla diffusione di codici etici; all'implementazione dell'istituto del whistle-blowing; e, sul versante privato, all'incentivazione di sistemi volontari di partecipazione a programmi di diffusione della legalità e dell'etica professionale e di meccanismi di sottoposizione ad un giudizio di valutazione da parte di apposite autorità di vigilanza con conseguente attribuzione alle imprese ed ai mercati di riferimento di un rating di legalità. Come è stato affermato, la diffusione di tali strumenti, percepiti positivamente perché seguiti su base sempre più spontanea da amministrazioni sia pubbliche che private, va anche legislativamente incoraggiata, poiché tali soluzioni «probabilmente sono più efficaci e concrete del proliferare di norme imposte dall'alto e del moltiplicarsi di controlli solo formali [...] esse valgono ad esprimere lo sviluppo della cultura della partecipazione in quello della reputazione e – in posizione simmetrica a quest'ultima – della vergogna. Il controllo sociale attraverso la reputazione e la vergogna assume un rilievo intermedio

fondamentale, tra il controllo personale di coscienza e quello istituzionale, per prevenire la corruzione»⁸⁵.

In seconda istanza, e più nello specifico delle misure di carattere penale, diventa inevitabile coordinare la disciplina dei reati contro la p.a. con quella dei reati societari. La serialità e la 'veste' economica assunta della criminalità corruttiva sono fattori, allora, che influiscono non solo sulla definizione legislativa delle fattispecie penalmente rilevanti, ma anche sulla complessiva strategia di contrasto approntata per quella che a tutti gli effetti si può definire una vera e propria piaga sociale; nella piena consapevolezza, inoltre, di ulteriori meccanismi che incidono sulle cause di quel fenomeno, e che derivano dallo stretto connubio tra pratiche di malaffare ed attività economico-imprenditoriali: studi economici, ad esempio, mettono in relazione il crescere o il decrescere della corruzione alla qualità della regolamentazione predisposta per l'avvio di nuove imprese, alla disciplina della concorrenza e dei mercati, alla legislazione fiscale, nonché al livello di sofisticazione e di moltiplicazione dei pubblici uffici e della burocratizzazione delle relative attività. Altri fattori sono ancora meno controllabili legislativamente (per lo meno nel breve e medio periodo), men che meno attraverso lo strumentario predisposto dal diritto penale, ed attengono a fattori sociali (livello di istruzione dei cittadini, con il connesso tema della spesa pubblica per istruzione e ricerca; grado di diffusione della legalità e di percezione del 'rischio' penale), economici (livello degli investimenti, in particolare quelli esteri), di politica economica (livello degli investimenti pubblici, dinamiche di accesso agli stessi). Da queste prime indicazioni, ed al di là degli specifici contenuti delle possibili manovre legislative di contrasto alla corruzione, emerge con chiarezza un dato, che è quello della insufficienza – a prescindere da qualunque modifica possa immaginarsi delle singole fattispecie incriminatrici – del solo intervento del diritto penale.

7. La lotta alla corruzione nel contesto della globalizzazione.

Una seconda implicazione empirico-criminologica dovuta all'evoluzione della fenomenologia corruttiva – divenuta espressione (ancorché patologica) di attività economiche – è che essa non potrà che adattarsi al contesto geografico, politico-istituzionale ed ordinamentale nel quale oramai quelle attività prendono luogo; ed è facile rendersi conto di come l'avanzata globalizzazione dei mercati abbia necessariamente coinvolto tutte le dinamiche relative alle movimentazioni

⁸⁵ G.M. FLICK, op. ult. cit., p. 2.

di capitali, lecite od illecite che esse siano. In realtà, più che un semplice scenario internazionale, quello che caratterizza l'attuale stadio di evoluzione dell'economia è lo sviluppo in senso trans-nazionale delle attività commerciali e degli affari⁸⁶: pur stanziate in un preciso contesto statale – che è quello in cui generalmente si colloca la proprietà dell'azienda – molti degli assetti produttivi, distributivi e (soprattutto) organizzativi delle imprese sono ormai dislocati su più paesi esteri, tali da far assumere alle stesse una struttura 'reticolare'. La disciplina giuridica di quella attività, di conseguenza, si frantuma, ed ogni aspetto della vita di impresa (regimi fiscali, legislazione gius-lavoristica, regole amministrative, sistemi di controllo giurisdizionali) finisce con il fare riferimento ad un proprio ed autoctono assetto regolamentare. Questa circostanza sta inesorabilmente erodendo (pur mantenendola formalmente intatta) la capacità regolatoria dei singoli stati-nazione, affidando il compito di predisporre le linee guida delle politiche che normano l'attività di impresa ad inedite 'centrali del diritto', in grado di assumere decisioni ad immenso impatto economico e sociale, ma dalle caratteristiche istituzionali e democratiche, se non proprio assenti, comunque 'a bassa definizione'. La sovranità (quella delle istituzioni, anche europee), di conseguenza, si è indebolita. Tornando allo specifico della corruzione, essa – sospinta dal moto irrefrenabile della globalizzazione nella quale confluisce – ha finito con l'assumere un carattere sempre più spiccatamente internazionale, smettendo di essere un fenomeno anche solo definibile (ed a maggior ragione, regolabile) a livello domestico; contemporaneamente – complice anche il progresso tecnologico, che ha facilitato le comunicazioni e gli spostamenti su dimensione planetaria – il suo potenziale di diffusività è diventato pandemico, alimentato dalle opportunità offerte dall'abbattimento delle frontiere spazio-temporali⁸⁷: in un mercato oramai

⁸⁶ A. PORTES, *Globalization from below: The Rise of Transnational Communities*, Princeton, 1997; nella letteratura giuridica italiana, per tutti, A. GALGANO, *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in Riv. it. dir. proc. civ., 2005, pp. 40 e ss.

⁸⁷ La «compressione dello spazio e del tempo» viene individuata, in effetti, quale segno maggiormente identificativo della globalizzazione da Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, trad. it., Roma-Bari, 2001, p. 4.; per A. PORTES, op cit., 2: «what is new in the contemporary period are the modalities and intensity of the process, driven by technological improvements in communications and transportation. Today instantaneous investments and disinvestments are made in the bourses of remote Asian and Latin American countries and [...] a garment design conceived in New York can be transmitted electronically to a factory in Taiwan, and the first batches of the product received in San Francisco in a week's time. The advantages of the process seem to be entirely on the side of those best able to avail themselves of the new technologies, thus turning globalization into the final apotheosis of

senza confini, in effetti, aumentano in maniera esponenziale le occasioni di contatto con pubblici funzionari e governi esteri, soprattutto quelli dei paesi c.d. emergenti. Più nel dettaglio, le dinamiche della corruzione, nel momento in cui si legano all'attività di impresa, si allineano alle caratteristiche dimensionali e strutturali del mercato globale, sfruttando i vantaggi che esso offre: se la concorrenza è una partita che si gioca su base mondiale, una volta annullate le distanze, ciò che determina la scelta sul dove e come investire capitali ed avviare attività produttive è determinata soprattutto dalle opportunità offerte dai diversi contesti ordinamentali ed istituzionali, in quello che è stato definito, con un ribaltamento di ruoli e posizioni tra economia e diritto, un vero e proprio "mercato degli ordini giuridici"⁸⁸. Ciò, se da un lato determina una scelta razionale delle imprese verso i Paesi che offrono le migliori condizioni legislative (a livello fiscale, giuslavoristico, societario, finanziario ecc.) e che garantiscono il minor "rischio penale" (in termini di severità della risposta punitiva e di efficienza dei sistemi di controllo), dall'altro spinge le istituzioni locali ed i soggetti pubblici conniventi ad accaparrarsi il favore delle multinazionali attraverso l'instaurarsi di canali privilegiati, lungo i quali scorrono forme di alleggerimento o di superamento di ogni possibile 'onere' amministrativo e burocratico necessario per lo svolgimento dell'attività di impresa, spesso con gravi ripercussioni sullo sviluppo sociale di paesi già di per sé molto fragili dal punto di vista democratico ed istituzionale⁸⁹. Passando dal rilievo empirico alle valutazioni in prospettiva politico-criminale, gli effetti dell'internazionalizzazione delle pratiche corruttive sono molteplici, e, per quanto più nello stretto ci riguardano, influiscono sia sugli aspetti contenutistici delle normative di contrasto, che devono adattarsi alle fasi, ai luoghi ed agli strumenti che caratterizzano il mercato al tempo del villaggio globale; sia – sotto un profilo ancor più genuinamente politico – su quello delle fonti che quei contenuti sono chiamati a precisare, offrendoci uno scenario che relega sempre più nelle retrovie il ruolo dei parlamenti e degli organi legislativi nazionali. Per quanto riguarda il primo aspetto, il travalicamento dei confini nazionali ha comportato la necessità di adattare le fattispecie criminose e le altre misure di lotta alla corruzione alle profonde mutazioni degli schemi comportamentali, ove le forme

capital against its adversaries, be they state managers or organized workers».; in tema, v. anche M.R. FERRARESE, s.v. Globalizzazione – Aspetti istituzionali, in Enc. sc. soc., in www.treccani.it.

⁸⁸ N. IRTI, s.v. Geo-diritto, in Enciclopedia del Novecento, III, Supplemento, 2004, consultabile su www.treccani.it

⁸⁹ Cfr. M.R. FERRARESE, op. cit

di contatto tra gli attori privati e pubblici delle illecite contrattazioni vengono rese ancor più sofisticate dalla filosofia e dalle potenzialità tecnologiche del mercato globale: le pratiche affaristiche sono sempre più complicate e difficili da tracciare, con tutto ciò che ne consegue in termini di inquadramento in precise fattispecie incriminatrici; e, ancor prima, della stessa possibilità di riconoscere il carattere illecito dei pagamenti. Inoltre, il frazionamento dell'iter criminis depotenzia anche le competenze giurisdizionali e le possibilità di indagine e di intervento delle autorità investigative. Pensare di costruire le fattispecie delittuose che coinvolgono le movimentazioni di capitali pubblici (tra le quali rientrano a pieno titolo tutte quelle rientranti nella famiglia delle corruzioni) senza tener conto delle profonde evoluzioni del sistema capitalistico – che non ha affatto rinunciato al ruolo delle istituzioni politiche e degli apparati amministrativi nei processi economici e produttivi, ma anzi ha deciso di sfruttarlo su base mondiale – significa imbalsamare le figure di reato in una astratta ed astorica forgia, condannandole all'ineffettività. Sotto il secondo aspetto, ovvero sia quello degli organi deputati a decidere (o meglio, ad indirizzare) le politiche legislative da attuare al fine di adattare lo strumentario giuridico alle nuove forme di estrinsecazione della criminalità affaristico-corruttiva, occorre registrare il netto superamento dei classici paradigmi penalistici che vogliono le legislazioni nazionali gelosamente arbitre nelle scelte di criminalizzazione dei fenomeni di devianza: al di là delle questioni di contenuto (che attengono al merito delle scelte), il problema è, allora, anche politico-istituzionale, ed impone di riflettere sul metodo attraverso cui tali scelte vengono messe in opera; ed esso riguarda non solo la selezione degli strumenti normativi da adottare per ottenere forme di livellamento delle legislazioni nazionali, ma, soprattutto, il grado di legittimazione democratica di tali strumenti e dei soggetti che li predispongono⁹⁰.

Tre, almeno, sono gli attori di questo vasto e variegato parterre normativo: 1) i soggetti privati (le imprese), che non solo sono in grado di auto-normarsi, ma sono anche capaci di influire in maniera assai incisiva sulle definizioni delle strategie politiche che attengono ai fenomeni economici. E possono farlo non solo attraverso forme più o meno consentite di lobbismo, intercedendo cioè presso organismi di tipo istituzionale (nazionali o sovranazionali); ma anche partecipando direttamente ai processi decisionali dei soggetti non istituzionali;

⁹⁰ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, passim e spec. pp. 131 e ss.

2) i soggetti sovranazionali non istituzionali; 3) i soggetti sovranazionali istituzionali.

7.1. Il ruolo 'normativo' dei soggetti privati nella definizione delle strategie di contrasto ai fenomeni corruttivi.

Al di là della dimensione più genuinamente istituzionale, che attiene agli interessi collettivi ed individuali che gravitano attorno al funzionamento della pubblica amministrazione, i beni che vengono coinvolti da tali pratiche di malaffare – soprattutto nella loro espressione politico-affaristica (con meno evidenze di tal tipo in quella burocratico-amministrativa) – sono sempre anche di natura economica e patrimoniale, sia che si guardi al complesso delle attività imprenditoriali (dunque in una misura pubblica dell'economia e dell'attività di impresa), sia nella prospettiva degli interessi di natura individuale dei soggetti privati concretamente o solo potenzialmente interessati (come autori o come vittime, dirette o indirette) da episodi di natura corruttiva. Di conseguenza, sono le stesse imprese e le loro forme associative ad avere interesse alla tutela dei beni messi in pericolo o lesi dalla corruzione: esse devono arginare le spinte egoistiche attraverso un fronte normativo condiviso che detti per tutti le 'regole del gioco', in una prospettiva più ampia che riconosca come beni comuni – e convenienti – la tutela della concorrenza e la correttezza delle pratiche affaristiche. Il ruolo che gli imprenditori ed i soggetti di diritto privato assumono nelle politiche di contrasto ai fenomeni di corruzione, in definitiva, è conseguenza dell'interesse che essi hanno (dovrebbero avere) a ridurre quanto più possibile la diffusione; e della possibilità che ad essi viene conferita attraverso la dimensione planetaria raggiunta dei mercati⁹¹.

Questo potere normativo dei soggetti privati – seppur in un contesto di indebolimento dei meccanismi costituzionali tradizionali e della perdita di capacità regolatoria dei singoli Stati⁹² – deve tener conto di un aspetto che nessun fenomeno connesso alla globalizzazione è riuscito a mettere in discussione: essi non sono titolari di poteri imperativi in senso stretto, e dunque la loro capacità di produrre norme di self-restraint è essenzialmente confinata

⁹¹ U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione: rischi e prospettive della società planetaria*, (tr. it), Roma, 1999, p. 24.

⁹² Sul rapporto tra processo di globalizzazione e crisi dei costituzionalismi moderni, G. TEUBNER, *Constitutional Fragments – Societal Constitutionalism and Globalisation*, Oxford, 2012, passim e spec. pp. 51 ss.; ID, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*, in *Storrs Lectures 2003/04*, Yale Law School.

agli strumenti di diritto privato. Anche su base extraterritoriale, allora, si verifica quanto di solito avviene negli ordinamenti interni: la capacità di autoregolamentare i propri comportamenti attraverso la creazione di norme giuridiche è di natura eminentemente privatistico-commerciale.

Il pensiero va principalmente al fenomeno della *lex mercatoria*⁹³ – definita come “il più riuscito esempio di diritto globale senza Stato”⁹⁴ – che in qualche misura svolge o prova a svolgere anche una funzione di carattere preventivo contro la delittuosità di impresa utilizzando strumenti tipicamente regolatori, sebbene di *soft law*, come raccolte di *best practice*, raccomandazioni di associazioni di categoria, linee guida, codici etici, ecc.. Su tale strumentario giuridico non bisogna né riporre eccessiva fiducia, ma neanche né, all’opposto estremo, essere del tutto disillusi: si tratta certamente di un sistema di fonti che rivela una capacità modesta di svolgere una simile funzione, limitata dal carattere spontaneo dell’adesione ad esso, e la cui coerenza è rimessa ad semplice atteggiamento di responsabilizzazione volontaria; ed è dunque difficile che ad essa possano essere affidati meccanismi di tutela di interessi pubblici e di diritti fondamentali. Cionondimeno, si tratta di forme di auto-regolamentazione che possono disvelare delle potenzialità sul piano dei contenuti delle strategie anticorruzione e delle misure legislative di contrasto alla criminalità da contatto tra impresa e pubblica amministrazione, sia nella misura in cui questo tipo di norme prepara il terreno per la successiva elaborazione di norme a carattere imperativo; sia nel momento in cui tali ‘prontuari etici’ si legano alle forme di organizzazione interna che provano ad allinearsi ai dettami della responsabilità sociale di impresa⁹⁵. Essa va intesa, secondo la definizione fornita dalla Commissione europea, quale meccanismo di «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ambientali in tutte le operazioni commerciali, nei processi decisionali e nei rapporti tra l’azienda ed i propri interlocutori»⁹⁶: più specificamente, la responsabilità sociale d’impresa rappresenta un sistema di

⁹³ In tema, per tutti, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

⁹⁴ G. TEUBNER, *La Bukovina globale. Il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Soc. e pol. soc.*, 1999, pp. 3 e ss.

⁹⁵ In tema, P. ACCONCI, *La promozione della responsabilità sociale d’impresa sul piano internazionale e la sostenibilità del modello di sviluppo industriale italiano*, in F. BILANCIA-F.M. DI SCIULLO-A. GIANELLI-M.P. PATERNÒ-F. RIMOLI-G.M. SALERNO (a cura di), *Fardelli d’Italia. L’Unità nazionale tra coesione e conflitti*, Napoli, 2011, pp. 248 e ss., G. TEUBNER, *SelfConstitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.18, pp. 618 e ss.

⁹⁶ Cfr. COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Libro Verde – Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM (2001), 366 def., 18 luglio 2001.

valori in grado di qualificare l'operato dell'impresa, di renderne il governo societario 'eticamente responsabile' e, dunque, di rafforzarne la credibilità di fronte a consumatori ed investitori; ad essa, dunque, si ricollega anche una finalità 'reputazionale' (economicamente e commercialmente sfruttabile), che trascende una necessaria adesione intima e disinteressata ai valori etici e sociali dichiarati, e questo è tanto più vero quanto più l'immagine diventa un fattore produttivo all'interno del mercato globale. Ma non si tratta solo di questo: la Rsi, in effetti, risulta uno strumento volto anche a stemperare le diseguaglianze e le distorsioni che possono crearsi attraverso le asimmetrie normative dei singoli ordinamenti interni che entrano in competizione nel mercato globale, e disincentivano i pericolosi fenomeni di shopping giuridico. Dunque, nella misura in cui non si tratti di una mera operazione di facciata, la responsabilità sociale di impresa può in ogni caso inserirsi tra i meccanismi che dal basso provano a garantire standard di legalità necessari a contrastare il diffondersi di comportamenti criminosi; e l'anticorruzione ed i temi della governance sono certamente elementi chiave nell'attuazione di tale principio. Oltretutto, i principi che ispirano la responsabilità sociale di impresa tendono sempre di più a normativizzarsi: si consideri, ad esempio, la Direttiva dell'Unione Europea n. 2014/95, recepita in Italia con il d.lgs. 254/2016, che prescrive, a partire dal 2017, l'obbligo per le grandi imprese europee di includere nei rapporti gestionali una sezione relativa alla RSI (la c.d. "informativa non finanziaria"): « In definitiva, lo strumento della RSI, con le sue ricadute anche in materia di anticorruzione, sembra rispondere a delle nuove esigenze di compromesso tra opposti valori in gioco, che non riguardano più solo l'impresa e la ristretta comunità dei lavoratori, ma l'intera società umana, globale o nazionale che essa sia; un compromesso che, anziché comprimere le aspettative di profitto dei soggetti imprenditoriali, si proietta in avanti garantendo la sostenibilità ed il rinnovamento delle attività produttive e commerciali.

7.2. Gli organi della "governance globale". A dettare l'agenda politica dell'anticorruzione, si è detto, sono oramai essenzialmente i soggetti internazionali. La perdita di centralità dello Stato nella definizione delle politiche di contrasto al malaffare pubblico rientra in verità in un più generale movimento di mondializzazione delle dinamiche produttive del diritto⁹⁷. In questo nuovo ordine giuridico, chiamato ad attuare una "governance globale", si sono andati via via definendo dei nuovi paradigmi politico-istituzionali i quali, sviluppatisi

⁹⁷ Cfr. U. BECK *Lo sguardo cosmopolita*, Roma 2005, p. 262; e ID, *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*, Bologna, 2003, passim.

parallelamente ed indipendentemente dal prototipo fondato sulla sovranità nazionale, hanno finito con l'imporre ad esso le proprie scelte. Per quanto riguarda gli organi di questo poliedrico sistema giuridico interstatale – ovvero le istituzioni sovranazionali ed internazionali che in origine avevano «come scopo quello di governare la "globalizzazione" nei suoi aspetti economici e commerciali», ma che «ben presto hanno dovuto estendere l'ambito di operatività anche ai profili criminali legati alla stessa globalizzazione»⁹⁸ – la prima annotazione da fare è che essi rappresentano un insieme del tutto eterogeneo, per composizione, natura giuridica, ed ambito spaziale di riferimento⁹⁹. Tale varietà sotto il profilo istituzionale ed organizzativo si riflette anche sugli strumenti che essi hanno a disposizione per adempiere alla loro mission, che vanno dalla consueta e già di per sé composita categoria della softlaw, fino ad arrivare a strumenti – più incisivi e più facilmente inquadrabili sotto il profilo giuridico – di hard-law internazionale (di origine pattizia o eurocomunitaria).

Tale varietà sotto il profilo istituzionale ed organizzativo si riflette anche sugli strumenti che essi hanno a disposizione per adempiere alla loro mission, che vanno dalla consueta e già di per sé composita categoria della softlaw, fino ad arrivare a strumenti – più incisivi e più facilmente inquadrabili sotto il profilo giuridico – di hard-law internazionale (di origine pattizia o eurocomunitaria). Nello scenario internazionale (e salvo il caso, per quanto ci riguarda, dell'UE) non esistono in effetti soggetti le cui caratteristiche politico-istituzionali si allineino perfettamente al modello democratico a base rappresentativa¹⁰⁰, né di conseguenza organi propriamente governativi, tanto da aver spinto politologi e gius-pubblicisti a parlare di una «governance without government»¹⁰¹, o, similmente, di «un governo senza organi di governo»¹⁰². Ciononostante, e cercando di schematizzare, essi possono essere innanzitutto suddivisi in due sotto-insiemi, a seconda del loro operare a livello mondiale, oppure solo a livello

⁹⁸ A. DE VITA, *Evoluzione e deriva del sistema transnazionale di lotta contro il riciclaggio*, in V. PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine transnazionale organizzato*, Napoli, 2003, p. 160.

⁹⁹ Cfr. S. CASSESE, s.v. *Globalizzazione del diritto*, in XXI Secolo – www.treccani.it, 2009

¹⁰⁰ In tema D. HELD-A. MCGREW, *The Global Transformation Reader. An introduction to the globalization debate*, Cambridge, 2000.

¹⁰¹ Secondo la celebre definizione di J.E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, W.W. Norton Editore, 2002.

¹⁰² Cfr. J.N. ROSENAU, *Governance, Order and Change in World Politics*, in N. ROSENAU-E.O. CZEMPIEL (a cura di) *Governance without Government*, Cambridge, 1992.

regionale-continentale: - al primo gruppo appartengono svariate organizzazioni internazionali o soggetti inter-governativi, tra cui assumono un ruolo trainante sia quelli deputati al controllo dei flussi finanziari mondiali (come la Banca mondiale ed il Fondo monetario internazionale – FMI); sia quelli che governano, più in generale, le dinamiche del commercio e dei rapporti economici internazionali (L’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – OCSE; e l’Organizzazione mondiale del commercio – WTO); queste quattro organizzazioni hanno visto nel corso dei decenni espandere sempre più la loro consistenza numerica, accogliendo col tempo economie più o meno evolute, in via di sviluppo o in crisi, di paesi dalla cifra democratica più o meno sviluppata; di fatto però, al netto dei diversi sistemi di partecipazione e dei relativi meccanismi di votazione previsti da ciascuna di esse, è possibile affermare come sia soprattutto la volontà collegiale dei paesi del G-7 a guidarne il funzionamento; pur non essendo un’organizzazione inter-governativa, poiché i suoi membri non sono Stati ma imprese private, andrebbe inserita in tale elenco (in virtù anche del suo status di osservatore presso le Nazioni Unite e della sua presenza in tutti i principali fora del commercio e dell’economia globale) anche la Camera di commercio internazionale. Attraverso tali istituzioni, a bene vedere, si raccolgono e diffondono le voci di coloro che parlano il “linguaggio del capitale”¹⁰³. Del resto globalizzazione non vuol dire necessariamente uniformazione dello stato di progresso civile, garantito invece solo dalla universalizzazione dei diritti umani¹⁰⁴, ed in questo senso il ruolo del G-7 non sembra essere più sufficiente: nonostante esso raccolga i paesi più industrializzati e progrediti dal punto di vista della rule of law e del rispetto dei valori di civiltà giuridica, esso sicuramente non rappresenta più le principali economie mondiali, oggi incarnate da Stati non sempre in linea con quei principi di libertà e democrazia¹⁰⁵. Non mancano, allora, soggetti a caratteri più universalistico ed umanitario, visto che la criminalità di impresa, come abbiamo

¹⁰³ L’espressione è tratta da M. SANTORO, Giochi di potere. Pierre Bourdieu e il linguaggio del “capitale”, prefazione a P. BOURDIEU, *Forme di capitale*, trad. it, Roma, 2016.

¹⁰⁴ U. BECK, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Frankfurt am Main 2007; tr. it. *Conditio Humana. Il rischio nell’età globale*, Roma-Bari, 2008; A. MARTINELLI, *La democrazia globale*, Milano, 2008.

¹⁰⁵ Le crisi finanziarie a scavalco tra i due millenni (quella asiatica del 1997 e quella partita dagli Stati Uniti nel 2008) e la crescita rampante delle nuove economie (quelle dei paesi BRICS – Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica, e quelle del gruppo MIKTA – Messico, Indonesia, Corea del Sud, Turchia e Australia), hanno portato ad allargare il club dei paesi leader ed a parlare, oramai anche in veste formale (dopo il vertice di Pittsburgh del 2009), di un G-20.

visto, provoca effetti più ampi di quelli che si realizzano nel solo mercato, e che anzi minano alla base la stessa tenuta istituzionale ed il rispetto dei fondamentali diritti umani, particolarmente vero quando si parli di corruzione. Al ruolo dell'ONU, in questo senso, si affianca quello di numerosissime altre organizzazioni internazionali o agenzie ed istituzioni specializzate all'interno delle stesse Nazioni Unite (come ad esempio, L'UNCTAD, la Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo); nonché di ONG, che svolgono un ruolo di contrappeso nel sistema della governance globale, valorizzando il "capitale dei diritti umani" in chiave complementare¹⁰⁶, quando non proprio antagonista, al "capitale dei valori economici". - il secondo gruppo di soggetti si riferisce al più ridotto ambito regionale, nel quale rientrano sia organizzazioni a carattere intergovernativo che vere e proprie istituzioni sovranazionali: dunque, per quanto riguarda il nostro Continente, l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa (al quale corrispondono, con struttura e funzioni assimilabili sotto il profilo internazionalistico, gli organismi delle altre realtà continentali quali la Lega araba, l'Unione africana e l'Organizzazione degli Stati americani). Mediante specifici accordi, poi, all'interno del Consiglio d'Europa sono stati istituiti altri importanti organismi, fra cui la Commissione Europea per la Democrazia attraverso il diritto o Commissione di Venezia (aperta anche a Paesi extraeuropei), la Banca di Sviluppo e, soprattutto, il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO).

Anche nel contesto regionale-continentale, il discorso portato avanti sul ruolo e sulla portata istituzionale dei soggetti che popolano lo scenario mondiale, può essere ripreso, seppur con delle significative variazioni sul tema: va infatti tenuto conto dell'eccezione rappresentata dall'Unione Europea, istituzione singolare nel suo genere in quanto unica vera struttura sovra-statale del Vecchio Continente in grado di comportare delle limitazioni di sovranità ai suoi appartenenti, attraverso i crismi delle forme di rappresentanza democratica (sempre più sviluppatesi nel tempo); ed anche del dinamico ruolo del Consiglio d'Europa, per il tramite del suo più noto atto convenzionale, la CEDU, e dell'organo giurisdizionale deputato a garantirne il rispetto, quella Corte europea che ha contribuito in maniera innegabile ed ineguagliata all'elevazione degli standard di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo ed alla conformazione ad essi dei sistemi nazionali. In conclusione, lo scenario istituzionale della comunità globale è eterogeneo ed irriducibile alle unità concettuali proprie del costituzionalismo domestico, ed i punti di vista sulla globalizzazione del diritto sono i più svariati e

¹⁰⁶ J.C. ALEXANDER, *Real Civil Society: Dilemma of institutionalization*, London, 1998.

tutti a loro modo legittimi, poiché colgono gli aspetti rivoluzionari della governance globale: fusione dell'ambito nazionale con quello internazionale; aumentato ruolo degli attori non statali; emergere della governance privata; passaggio a un nuovo modo di ottenere il rispetto delle regole attraverso l'uso degli standard non coercitivi; e la crescente complessità dell'orizzonte istituzionale.

7.3. Segue: gli strumenti internazionali di lotta alla corruzione.

Il potere normativo nell'ordine giuridico globale è un potere 'non convenzionale' (non-treaty law-making)¹⁰⁷, nel quale il diritto dei trattati internazionali costituisce solo un primo livello di diritto internazionale, accanto a quello consuetudinario. Al di sotto, c'è un secondo livello, costituito da norme che non derivano da accordi, prodotte da poteri pubblici dotati dai trattati di competenze normative. Ciò vale anche per l'attuazione delle politiche internazionali anticorruzione: se è essenzialmente dal diritto di origine pattizia che ha preso avvio il moto riformatore delle legislazioni interne, sono stati soprattutto gli atti normativi "derivati" – ossia quelli prodotti da organismi che quelle convenzioni internazionali hanno istituito – ad aver fatto assumere a quell'opera di implementazione del diritto interno un andamento costante ed inarrestabile. È opportuno ricordare, inoltre, come molte delle iniziative di contrasto alla corruzione (sia domestica che internazionale) siano state portate avanti attraverso strumenti che rientrano nell'orbita della soft-law internazionale, quali codici di condotta, linee guida, raccomandazioni. I principali testi normativi internazionali e di livello regionale-europeo, sia di matrice eurounitaria che pattizia sono: - la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, stipulata a Parigi il 18 dicembre 1997, ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999: il ruolo di impulso dell'OCSE ha riguardato principalmente il contrasto alla corruzione internazionale, considerata essenzialmente quale fattore di distorsione della concorrenza¹⁰⁸. Dunque è essenzialmente il modello economicistico quello al quale essa fa riferimenti, con scarsa o nulla attenzione al modello pubblicistico

¹⁰⁷ In tema J. ALVAREZ, *International Organization as Law Makers*, Oxford, 2006; R.R. BAXTER, *International Law in her "Infinite Variety"*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, n. 4, 1980, pp. 549 e ss.; A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto: studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018.

¹⁰⁸ Su tale documento, ex multibus, M. PIETH-L. LOW-P. CULLEN, *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge, 2007.

ed alla sua caratterizzazione in senso burocratico-amministrativo. Essa prevede inoltre la previsione di meccanismi di monitoraggio periodico, che vengono adottati per verificare l'implementazione del testo pattizio all'interno delle legislazioni degli Stati aderenti; a tale scopo, la Convenzione, ex art. 12, ha provveduto alla istituzione di un apposito organo collegiale cui è stato affidato il compito di vigilare periodicamente sulle azioni intraprese dagli stati aderenti, ovverosia il Working Group on Bribery – WGB. Esso, a conclusione delle procedure di valutazione delle quali è titolare⁵¹, può emanare delle raccomandazioni, le quali, unendosi ad altri di strumenti di soft-law adottati direttamente dall'OCSE, vanno a comporre quell'articolata rete di disposizioni convenzionali e atti derivati che, nel loro continuo divenire, hanno richiesto o comunque comportato una febbrile opera di aggiornamento delle legislazioni nazionali; - la Convenzione ONU sulla lotta alla corruzione di Merida, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre del 2003 (risoluzione n. 58/4) ed entrata in vigore il 14 dicembre 2005¹⁰⁹: i contenuti della Convenzione ed in generale politiche anticorruzione dell'ONU, rivelano la distanza concettuale tra la dimensione del fenomeno accolta da questa Organizzazione internazionale e quella, vista in precedenza, fatta propria dall'OCSE: al di là dei meri effetti distorsivi sulla concorrenza e la libertà dei mercati, nelle aspirazioni delle Nazioni Unite vi è la volontà più ampia di contrastare i danni che la corruzione arreca alla tenuta dello Stato sociale, quale riflesso di una illecita deviazione dei poteri e delle risorse pubbliche al soddisfacimento degli interessi opportunistici dei corruttori. Dunque la sua idea di corruzione è prettamente pubblicistica, così come lo è nella dimensione nazionale e (come vedremo a breve) in quella europea, circostanza che crea sicuramente meno frizioni nell'opera di adeguamento degli ordinamenti interni agli obblighi di natura pattizia e ad altre indicazioni dal carattere non vincolante. Un aspetto di assoluto rilievo di tale Convenzione, che la rende unica nel suo genere e ne rivela uno spirito più consapevole delle strategie di contenimento della fenomenologia corruttiva, che non siano incentivate solo sul versante repressivo, è il suo approccio multidisciplinare ed il suo considerare preliminare, rispetto alle forme di reazione ex post 53, la diffusione di una preventiva cultura della legalità e della correttezza delle pubbliche amministrazioni. Decisiva, secondo tale visione strategica, è predisposizione di un sistema di prevenzione amministrativa della corruzione: negli artt. da 5 a 14, dedicati alle "misure preventive", vengono

¹⁰⁹ Su tale documento, C. ROSE-M. KUBICIEL-O. LANDWEHR, *The United Nations Convention Against Corruption – a Commentary*, Oxford, 2019.

infatti indicate le misure che gli Stati si impegnano a portare avanti per quella che dovrebbe essere la principale strategia di contrasto poiché «la prevenzione della corruzione è più efficace in ambienti che incoraggiano l'integrità, consentono la trasparenza, godono di una forte e legittima guida normativa e integrano insieme gli sforzi del settore pubblico, privato e della società»; - la Convenzione contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, del 26 maggio 1997. La Convenzione in oggetto rappresenta sicuramente il principale strumento in materia di contrasto alla corruzione pubblica adottato in seno all'Unione¹¹⁰ in ogni caso l'unico ad essa specificamente dedicato¹¹¹. Un sguardo ai principali contenuti precettivi della Convenzione, in particolare l'analisi degli articoli 2 e 3, che descrivono le condotte corruttive, confermano che il modello preso in considerazione nella prospettiva di tutela dell'UE è la corruzione strutturata secondo il paradigma pubblicistico, incentrata sul mercimonio di un singolo atto o di una singola omissione del funzionario (dunque, sul classico modello mercantile, e non sulla "messa a libro paga" del pubblico agente corrotto). L'attività dell'Unione europea volta al rafforzamento delle politiche anticorruzione è poi proseguita in maniera costante anche negli anni successivi all'entrata in vigore della Convenzione, sebbene si sia concretizzata in iniziative meno vincolanti e dal carattere più squisitamente politico; o in attività di monitoraggio e rilevazione dei dati sulla diffusione di tali pratiche all'interno dei Paesi membri e conseguente valutazione circa l'efficacia delle misure normative adottate: il 3 febbraio 2014, ad esempio, è stata pubblicata la prima Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione¹¹². - la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, aperta alla firma degli Stati interessati ad aderirvi a far data dal 27 gennaio 1999¹¹³: preceduta dalla istituzione nel 1998 del Group of States against Corruption (o, in francese, Group

¹¹⁰ Sui temi dell'europeizzazione del diritto penale e sulle competenze in tale ambito dell'UE, in una ormai vastissima produzione scientifica, ci si limita qui a segnalare C.E. PALIERO-F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013; A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge, 2012; J.B. BANACH-GUTIERREZ-C. HARDING (a cura di), *EU Criminal Law and Policy*, Oxon-New York, 2017

¹¹¹ Per la corruzione privata, cfr. Decisione quadro 2003/568/GAI sulla corruzione nel settore privato.

¹¹² 6 Cfr. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_italy_chapter_it.pdf.

¹¹³ Criminal Law Convention on Corruption – E.T.S no. 173, reperibile, nella sua versione in italiano, all'indirizzo <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2004/6253.pdf>.

d'Etats contre la Corruption, da cui l'acronimo GRECO), la Convenzione in oggetto, insieme alla Convenzione OCSE del 1997, è tra quelle che maggiormente hanno stimolato le riforme legislative interne in materia di corruzione: questo non solo perché cronologicamente hanno rappresentato i primi due strumenti di origine pattizia volti all'armonizzazione ed alla diffusione di severe politiche anticorruzione; ma anche perché entrambe prevedono un meccanismo di implementazione, affidato ad appositi organismi (il WTO ed il GRECO¹¹⁴). Le forme di manifestazione della corruzione prese in considerazione ai fini degli obblighi di incriminazione sono quelle 'classiche', ovvero intese in senso pubblicistico e svincolate da ogni riferimento alle connotazioni in senso economicistico¹¹⁵.

8. Tra autoregolamentazione, legislazione internazionale e diritto interno: i possibili modelli di law enforcement.

A conclusione di questa breve e sintetica rassegna dei molteplici soggetti che animano lo scenario giuridico globale, ciascuno con un ruolo per tanti versi eccentrico rispetto ai classici paradigmi istituzionali dello Stato-nazione; e degli altrettanto variegati atti normativi che si muovono seguendo scadenze spaziotemporali difficili da prevedere; ciò a cui assistiamo è un ordinamento che riesce ad assumere una sua coerenza solo se osservato da una certa distanza, in una visione minimalista del sistema giuridico che mal si incastra nell'ordine 'particolare' che alle fonti del diritto aveva imposto il modello kelseniano. Ciò premesso, per cercare di spiegare come si sia formato e si stia ancora sviluppando quel complesso sistema normativo, sono stati proposti due modelli evolutivi, entrambi in grado di rivelarci solo una parziale verità di quali siano gli attuali meccanismi di law enforcement in materia: il primo è il c.d. modello "piramidale", basato sulle teorizzazioni del noto criminologo australiano John Braithwaite¹¹⁶; il secondo è quello che adatta al sistema globale il concetto di ordinamento multilivello, già noto nel campo del regionalismo giuridico, sia con

¹¹⁴ Cfr. <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/how-does-greco-work>

¹¹⁵ A parte il caso di corruzione internazionale.

¹¹⁶ Cfr., tra i numerosissimi lavori dell'A., che propone tale modello essenzialmente con riferimento alla criminalità d'impresa, J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Mich. Law Rev.*, 1982, pp. 1466 e ss.; ID, *Reducing the crime problem: a not so dismal criminology*, in P. WALTON-J. YOUNG (a cura di), *The New Criminology Revisited*, Basingstoke, 1998, pp. 47-63; B. FISSE - J. BRAITHWAITE, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge 1993, pp. 141-145.

riferimento al diritto eurounitario⁶¹ che a quello di natura convenzionale (e, in quest'ultimo caso, essenzialmente legato ai rapporti degli ordinamenti interni rispetto ai vincoli derivanti dalla Convenzione EDU, dunque nella prospettiva della tutela multilivello dei diritti fondamentali). Il modello piramidale Secondo la prima prospettiva, la migliore forma di armonizzazione ed elevazione degli standard di tutela contro le pratiche corruttive si realizzerebbe attraverso una combinazione di 1) forme di autoregolamentazione privata; 2) meccanismi di moral suasion attivati dall'alto, ovvero sia attraverso una regolamentazione pubblica basata su strumenti di soft-law; 3) strumenti imperativi e cogenti di hard law. Più precisamente, il loro combinarsi dovrebbe assumere un procedimento scalare di enforcement progressivo (da cui l'immagine della piramide), per il quale la prioritaria forma di regolamentazione dovrebbe partire dal basso, ad opera degli stessi soggetti potenzialmente autori dei fatti criminosi, ed attraverso meccanismi persuasivi ed incentivanti delle buone pratiche affaristiche e della correttezza reciproca. Il rifiuto dell'illegalità, cioè, dovrebbe raggiungersi attraverso un'interiorizzazione dell'opposto stimolo alla legalità. E non necessariamente questo meccanismo deve funzionare richiedendo un'intima adesione a valori di carattere etico: l'integrità, in effetti, non è solo un patrimonio reputazionale dell'impresa, ma è un valore economicamente spendibile se a quella reputazione consegue la possibilità di fidelizzare la propria utenza; ancora più a monte, trasformare il valore della legalità in un valore di impresa è sintomo di una intelligenza prospettica con la quale si diffonde l'idea che la correttezza dell'uno andrà a vantaggio di tutti gli altri, garantendo solo così, in condizioni di pieno e reciproco rispetto delle regole, i risvolti democratici del libero mercato. Nel modello immaginato da Braithwate, in effetti, alla base della piramide le regole funzionano in base al meccanismo persuasivo, mirano alla capacity building del suo destinatario e si rivolgono al learning citizen; mano a mano che si sale lungo quel sistema di regole di controllo sociale, e che quindi dalle fonti di autoregolamentazione privata si passa alle fonti pubbliche, le norme devono farsi progressivamente più incisive affidandosi dapprima ad un livello intermedio di misure di controllo e intervento pubblico (che va dalle forme di ammonimento - warning letters, alle ingiunzioni, passando anche per gli strumenti di pubblicità negativa), e poi attraverso l'applicazione di vere proprie misure sanzionatorie (la fase della deterrence), ove la sanzioni civili ed amministrative devono precedere quelle penali, a queste ultime si deve far ricorso «per illeciti particolarmente gravi, o reiterati malgrado la precedente inflizione di misure meno afflittive» (adversarial model); tale ultimo stadio, può anche prevedere forme di

invalidamento mediante sospensione ed interdizioni dallo svolgimento di determinate attività (incapacitation). Risalendo questo percorso, tuttavia, si restringe anche l'area dei destinatari di quelle norme, poiché la deterrenza si applicherà solo a quei soggetti che nonostante le forme di moral suasion privata (prima) e pubblica (poi) abbiano compiuto scelte non virtuose. Adattato allo specifico contesto della lotta alla corruzione, il modello piramidale risulta del tutto compatibile non solo con il paradigma economicistico della corruzione, che fa rientrare tale forma di delittuosità a pieno titolo nel novero dei white collar crimes; ma anche con quello pubblicistico-istituzionale, riuscendo a fornire delle utili informazioni anche per la definizione delle strategie di contrasto alla corruzione amministrativa.

In particolare, l'idea di un'integrazione tra prospettive di autoregolamentazione e meccanismi di accountability pubblica che si fanno via via più stringenti e rigorosi dal punto di vista della coerenza e delle conseguenze sanzionatorie¹¹⁷, funziona (può funzionare) sia sul versante privato della corruzione, in particolare quando ad essere coinvolta è un'attività di impresa; sia su quello pubblico, confermando la necessità di una legislazione amministrativa che stimoli l'incentivazione della legalità prima che si intervenga con gli strumenti di natura punitiva (amministrativi, disciplinari, penali): punire la non-compliance presuppone, per definizione, che essa debba essere stata promossa, che l'impresa abbia avuto quantomeno occasione di svilupparla. In questo tipo di meccanismo sanzionatorio, non si guarda al fatto di reato come frutto di una scelta individuale, o meglio non solo: il fatto di reato è stato reso possibile anche per l'assenza di un meccanismo di orientamento giuridico e culturale che, alla base, avrebbe potuto diversamente orientare quella scelta singola. Dunque il sistema di law enforcement attraverso l'hard law ed il suo braccio armato del diritto punitivo (mediante il quale si tende anche ad imporre una strategia di prevenzione – vedi modelli di gestione e controllo) è un sistema che non si sviluppa (non dovrebbe svilupparsi) a prescindere dall'una (la compliance, che è il fattore preventivo migliore) o dall'altra (la soft-law nazionale ed internazionale, che ne rappresenta il primo mezzo di possibile diffusione), ma basandosi su di esse, lasciando che svolgano comunque un ruolo di frontiera: non illudendosi che da sole possano funzionare, ma confidando nel fatto che quanto più esse

¹¹⁷ G. FORTI, Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle, in A. ALESSANDRI, (a cura di), *Impresa e giustizia penale. Tra passato e futuro. Atti del Convegno* (Milano, 14-15 marzo 2008), Milano 2009, p. 225.

vengano valorizzate, tanto più si riuscirà a «beneficiare della collaborazione almeno in parte consensuale (assente nel modello punitivo puro) da parte degli stessi attori da controllare, con la possibilità di metterne a frutto le conoscenze della situazione e le risorse operative, generalmente assai superiori a quelle di cui disponga ogni controllore "esterno"»¹¹⁸. Non è una novità, del resto, che il concetto di compliance sia oramai utilizzato, nelle scienze economiche ed aziendali, anche con riferimento alle strutture pubbliche ed amministrative, e questo al di là del fenomeno delle public companies, degli enti pubblici economici o delle aziende alle quali comunque partecipa, attraverso i propri capitali, lo Stato. Concetti tipicamente riservati all'universo dell'impresa privata, sono oramai entrati a pieno regime anche nella gestione delle strutture pubbliche, come il risk management, le policies e la governance aziendali, il ciclo della performance, ecc. La trasparenza amministrativa si confronta così con criteri di giudizio tipicamente imprenditoriali, come quelli di efficacia, efficienza, economicità (le "3 E")¹¹⁹. In questo senso, la mera compliance normativa, intesa come formale adesione alle regole sull'agire amministrativo tende ad essere superata, in una prospettiva sempre più manageriale che porta «a ragionare sui benefici per gli utenti-destinatari dei servizi ed i cittadini, in termini non solo di servizi messi a disposizione o erogati, ma anche di trasparenza, accountability, anticorruzione; quest'ultimi incrementano la percezione positiva del settore pubblico e possono innescare percorsi di miglioramento delle organizzazioni pubbliche. L'obiettivo finale è sempre l'incremento del benessere e della qualità della vita della collettività»¹²⁰.

Il modello multilivello.

L'adesione ideologica al modello piramidale, dunque, non vuol dire disinteresse per l'implementazione delle legislazioni attraverso strumenti di hard law. Semplicemente, invita a non trascurare le forme di regolamentazione bottom-up o tramite strumenti di soft-law, i quali, se ben integrati ed intesi in una logica di utilizzo progressivo, finiscono col garantire anche una migliore funzionalità degli stessi strumenti di legislazione 'dura'. La dimostrazione di tale assunto ci sembra di poterla cogliere anche nei contenuti delle varie fonti internazionali, le quali sottolineano la necessità di dotarsi di articolati sistemi di natura preventiva e di

¹¹⁸ G. FORTI, *ibidem*.

¹¹⁹ F.T. ATTISANO, *La performance delle pubbliche amministrazioni, oltre la compliance normativa*, in <https://www.riskcompliance.it/news/la-performance-delle-pubbliche-amministrazioni-oltre-lacompliance-normativa/>, 9 aprile 2020.

¹²⁰ *Ibidem*.

accompagnare le attività di gestione ed organizzazione degli enti pubblici e privati attraverso l'elaborazione di strumenti di soft-law (pareri, raccomandazioni, linee guida, libri bianchi, codici di condotta, raccolte di principii, ecc.). Ci sembra, insomma, che gli atti normativi che di fatto concretizzano e certificano l'assetto multilivello delle fonti in materia di contrasto alla criminalità corruttiva, avvalorino allo stesso tempo il modello di tipo piramidale e confermino l'assoluta compatibilità e la reciproca capacità di rafforzamento dei due paradigmi di law enforcement. L'idea di un assetto multilivello, si può dire allora, 'proietta' il modello piramidale dal contesto domestico a quello regionale e globale, ed aggiunge alla necessità di un approccio integrato tra autoregolamentazione, prevenzione e repressione la convinzione che in un contesto globale gli assetti di tutela del mercato – ma anche quelli delle istituzioni pubbliche – devono passare attraverso una pluralità di centri di produzione giuridica.

Cosicché – inteso che la corruzione, come qualunque altra forma di crimine transnazionale, necessita di strategie quanto più possibili comuni che livellino il campo da gioco in uno spazio che oramai sfugge al controllo sovrano dei singoli Stati-nazione – «l'apparato preventivo e repressivo della corruzione domestica e internazionale e venuto articolandosi lungo un triplice livello: un primo livello interno o 'nazionale', un secondo 'sovranzionale' e 'regionale-continentale', e un altro ancora 'internazionale mondiale'. Attenzione però: il paradigma multilivello non si sviluppa in maniera verticale, come siamo invece abituati a pensare quando ragioniamo in termini di sistema gerarchico delle fonti: la differenza di livello è infatti riferibile principalmente alla dimensione spaziale delle norme che insistono in ciascuno dei piani normativi, ma non certamente ad una necessaria superiorità di grado capace di influenzare, con forza vincolante, il livello sottostante; la fonte internazionale non è sicuramente sovraordinata a quella regionale; ed entrambe non lo sono rispetto a quella nazionale, a meno che non subentri un meccanismo di diritto internazionale che sottragga spazi di sovranità ai singoli Stati (come nel caso dell'UE) o li obblighi al rispetto delle norme 'esogene' attraverso lo strumento pattizio. In ogni caso il deficit di democraticità comunque presente nelle istituzioni della governance globale ci spiega perché siano sempre e comunque gli Stati a dover intervenire nel settore del diritto penale. In tale contesto dunque, nessuno spazio di libertà personale potrà mai essere compreso in virtù della diretta applicazione di una fonte non nazionale. Al modello di integrazione normativa su scala globale si adatta meglio l'immagine della "rete", «come figura organizzativa contrapposta

al modello tradizionale dello Stato sovrano, unitario, retto secondo un principio di rigida gerarchia e autoreferenzialmente chiuso»: tale idea chiarisce immediatamente come la trama normativa dell'ordinamento giuridico globale si sviluppi non solo (e non tanto) in senso verticale, quanto anche (e piuttosto) in senso orizzontale. Ed indubbiamente, quello della lotta alla corruzione è stato una dei settori ove maggiormente abbiamo assistito allo svilupparsi di questa rete globale di norme, ne rappresenta quasi il prototipo. Il problema dell'assetto multilivello, tuttavia, è che il processo di armonizzazione cui esso tende, deve tenere conto proprio di quella moltitudine di voci che animano il contesto globale, provando a sintetizzarle in un messaggio che difficilmente riuscirà a ridurle ad unità. E non è solo un problema di coordinamento tra fonti, ovverosia dei più svariati modi attraverso cui le istanze politiche vengono formulate (strumenti di soft law e di hard law; strumenti convenzionali e strumenti 'derivati'); ma essenzialmente di contenuti, che riflettono paradigmi culturali e sociali eterogenei e talvolta contrastanti. Ciò è particolarmente vero nel caso delle politiche anticorruzione, che si confrontano con un fenomeno di devianza per sua natura restio a rigide categorizzazioni e che abbiamo visto anzi poter fare capo a diversi modelli criminologici (modello economicistico, pubblicistico, di agenzia). Viene da farsi, allora, una serie di domande, che tradiscono tutte le tensioni di un modello non gerarchizzato ma basato sulla cooperazione tra soggetti portatori di ideologie tanto diverse: come si può, ad esempio, aspirare ad una armonizzazione delle legislazioni domestiche in materia di corruzione, se già la sua definizione sfugge ad un contesto concettuale e lessicale universalmente accettato? È davvero necessario che si raggiunga una forma di livellamento non solo dall'alto, ma verso l'alto, o è sufficiente che si garantisca un livello minimo di tutela penale, lasciando che l'eventuale maggiore severità di un ordinamento nazionale rimanga 'affare di Stato'? E ancora: ammesso che un 'compromesso' in sede internazionale si riesca a raggiungere, cosa garantisce che il contenuto di quella decisione politica non vada in conflitto con i valori interni disegnati dalle singole Carte costituzionali o con i principi di sistema, particolarmente rigidi nel caso del diritto penale? Possono esistere eventuali obblighi di incriminazione? Ed in caso affermativo, come rendere di conseguenza atto di simili vincoli, a fronte del segnalato difetto di democraticità delle istituzioni internazionali? I timori sono tanti, e in qualche misura giustificati dalla prassi: l'aspetto più allarmante dell'attuale assetto multilivello della lotta alla corruzione è il fatto che tale forma di devianza sia stata sovraccaricata di tanti e tali messaggi di disvalore da essere oramai affiancata a forme ben più odiose e

cruente di criminalità, come quella terroristica o quella mafiosa. Abbiamo assistito e continuiamo ad assistere è una iper-produzione normativa nel campo del diritto penale, un accumularsi di fonti internazionali non simmetriche dal punto di vista dei contenuti, ma alle quali si pretende di dare contestuale e piena esecuzione: l'esito è una legislazione fitta e disorganica, una vera e propria giungla in cui si ramificano nuove e sempre più feroci disposizioni incriminatrici. La nostra riflessione sul tema dei meccanismi di law enforcement rimane allora con un giudizio sospeso, tra la bontà di un sistema multilivello che sicuramente risultati di rilievo li ha comunque prodotti, non fosse altro che per il decisivo stimolo che esso ha rappresentato per l'avvio e lo sviluppo di una serie di legislazione di prevenzione amministrativa, ma che per molti altri aspetti rimane ancora deficitario rispetto alla vera diffusione di una cultura della legalità penale (ed in questo molto aiuterebbe, a nostro avviso, aderire ideologicamente al modello piramidale); la classe politica mondiale e locale ha inviperito la società contro una determinata forma di delinquenza (tra l'altro difficile da definire e misurare) come la corruzione – sicuramente deleteria per la corretta tenuta degli assetti istituzionali e che dunque merita di essere ai primi posti nell'agenda politica nazionale, sovranazionale e globale – ma le ha di conseguenza confezionato una realtà normativa per molti tratti pericolosa ed illiberale.