

20 MARZO 2019

Verso il controllo penale degli assetti
parlamentari?
Profili critici del paradigma corruttivo
‘politico-parlamentare’ introdotto dalla
sentenza della Cassazione sulla
‘vicenda Berlusconi – De Gregorio’

di Carmelo Rizzo

Professore a contratto di Diritto penale
Università degli Studi di Salerno

Verso il controllo penale degli assetti parlamentari? Profili critici del paradigma corruttivo ‘politico- parlamentare’ introdotto dalla sentenza della Cassazione sulla ‘vicenda Berlusconi – De Gregorio’ *

di Carmelo Rizzo

Professore a contratto di Diritto penale
Università degli Studi di Salerno

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La posizione della Cassazione sulla configurabilità della ‘corruzione del parlamentare’ nel ‘caso Berlusconi – De Gregorio’. Alcune osservazioni preliminari... **3.** L’esigenza di un approfondimento costituzionalmente orientato. **3.1.** La questione centrale: l’attività parlamentare di indirizzo politico non può essere iscritta nello ‘statuto penale della pubblica amministrazione’. **3.2.** Il rischio di una espansione compulsiva del (neo)paradigma corruttivo elaborato dalla Cassazione.

1. Premessa

La sentenza in epigrafe¹, aprendo un sentiero finora ignoto, disegna l’inedito modello criminoso della ‘corruzione del parlamentare per l’esercizio della funzione di indirizzo politico’.

In generale, il tema della configurabilità della corruzione del parlamentare pone interrogativi non indifferenti al penalista che operi nella cornice assiologica della Costituzione repubblicana, in quanto gli impone di confrontarsi con un ‘materiale codicistico’ che, se non utilizzato razionalmente, potrebbe dischiudere scenari gravemente eccentrici rispetto ai principi e alle regole che fondano l’architettura costituzionale dell’ordinamento democratico.

E ciò spiega, plausibilmente, l’atteggiamento – cauto fino all’immobilismo – mostrato, in tale campo di materia, dalla stessa prassi giudiziaria. Infatti, l’ipotesi della corruzione del parlamentare (con riferimento ad un caso, invero, privo delle note specifiche che caratterizzano la questione trattata dalla pronuncia in commento) è stata sottoposta allo scrutinio della Corte di Cassazione – sia pure nella limitata ottica di una decisione relativa ad un ricorso proposto dalla Procura di Milano avverso sentenza di non luogo a procedere emessa dal G.u.p. del Tribunale milanese – soltanto nel 2017².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta di Cass., sez. VI, 2/7/2018, n. 40347.

² Cass., sez. VI, 8/6/2017, n. 36769.

Ma la vera svolta arriva, per l'appunto, con la sentenza sulla 'vicenda Berlusconi – De Gregorio', che interviene in questo delicato ambito, privo di precedenti, con una soluzione ermeneutica particolarmente radicale.

La 'Berlusconi – De Gregorio', infatti, non si limita ad affrontare il tema generale della sostenibilità giuridica della corruzione del parlamentare, ma contiene una novità ancor più dirompente: afferma, per la prima volta, la possibile tipicità corruttiva delle trattative concernenti gli assetti delle maggioranze di governo.

Riguardata sotto questo angolo prospettico, la pronuncia della Suprema Corte ha, in un certo senso, il merito di 'costringere' la comunità penalistica (e, più in generale, quella giuspubblicistica) a 'prendere una posizione' o, quantomeno, ad approfondire i termini del problema anche in ragione delle prevedibili implicazioni applicative che ne deriveranno per il futuro.

Nondimeno, può già anticiparsi che, a parere di chi scrive, la trama argomentativa sviluppata dai giudici della Cassazione, pur raffinata nei contenuti e sapientemente costruita nelle forme espositive, desta alcune perplessità di fondo proprio alla luce delle istanze politico-criminali e istituzionali sancite dalla nostra Carta. Infatti, incide sui nervi scoperti del già difficile rapporto tra 'diritto penale della pubblica amministrazione' e principi costituzionali, antepoendo le funzioni di tutela a quelle di garanzia. E questo sbilanciamento si manifesta attraverso un'operazione di (ri)costruzione tipologica che finisce con il legittimare una inquietante penetrazione del controllo penalistico in quello spazio di dialettica politica che è sempre sottendibile alle dinamiche della democrazia parlamentare. Da ciò il rischio di una irrefrenabile espansione dell'intervento giudiziario penale nei rapporti politico-parlamentari, secondo moduli, allo stato attuale, solo parzialmente intuibili, ma sicuramente forieri di conseguenze istituzionali, finanche, più drammatiche di quelle sinora prodotte dallo storico conflitto tra 'giustizia' e 'politica' che caratterizza la transizione infinita vissuta dal nostro Paese.

Nel sottolineare tale aspetto si è, altresì, ben consapevoli che il rilievo politico-mediatico del caso dedotto in giudizio e le connesse 'letture profane' di singoli passaggi della sentenza (estrapolati in maniera mirata da quanti aspirano ad orientare l'opinione pubblica) rischiano di precludere la possibilità stessa di articolare un discorso giuridico di segno critico.

Ciò nonostante, anche e a maggior ragione quando la polemica extragiuridica è più accesa ed aspra, ragioni di 'deontologia costituzionale' impongono al giurista di rivendicare la plausibilità razionale dei contenuti proposti; nel segno dell'autonomia rispetto a qualsivoglia strumentalizzazione; tenendo sempre, realisticamente, presente che la riflessione scientifica su temi mediaticamente sovraesposti risulta di per sé difficilmente compatibile con i meccanismi antidialettici e 'manichei' dell'universo comunicativo

contemporaneo³ e, perciò, si presta facilmente ai fraintendimenti o ai tentativi di distorsione posti in essere da quanti guardano il ‘dito’ anziché la ‘luna’...

Si tratta, però, di un’evenienza cui è giusto e doveroso far fronte. La posta in gioco è alta. Vengono qui in rilievo i principi di civiltà giuridica tramandatici dalla ‘Modernità’ e recepiti dalla Costituzione. Principi che sono più importanti di qualsiasi interesse di parte e che, quindi, vanno preservati sempre, con ogni forza e in qualsiasi circostanza, visto che «è occorso molto tempo ed è stato necessario affrontare conflitti epocali per affermarli»⁴. Principi la cui difesa si intreccia, in definitiva, con «la mai sopita lotta per il costituzionalismo»⁵ e che – è sempre bene ricordarlo – vincolano tanto il legislatore quanto il giudice.

2. La posizione della Cassazione sulla configurabilità della ‘corruzione del parlamentare’ nel ‘caso Berlusconi – De Gregorio’. Alcune osservazioni preliminari...

L’iter giudiziario che conduce alla pronuncia in discorso muove da una vicenda articolata, il cui nucleo storico centrale viene condensato dalla Cassazione sulla base della ricostruzione proposta dalla sentenza oggetto di ricorso, a sua volta recettiva di argomenti forniti dalla decisione del giudice di prime cure. Ebbene, all’esito di questa ‘concatenazione epistemologica’ si prospetta che nel giugno del 2006 sia intercorsa tra l’ex Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi e l’ex Senatore De Gregorio, anche grazie all’intervento di un terzo soggetto, *«una pattuizione [...] nella quale, a fronte della promessa e della successiva erogazione della complessiva somma di euro 3.000.000,00, era stata dedotta l’attività del De Gregorio, intesa come pluralità di atti inerenti alla stessa, comprensiva dell’incarico, già assunto, di Presidente della Commissione Difesa, nel presupposto che la stessa concorresse nel suo concreto divenire a realizzare l’aspirazione del Berlusconi a far cadere il Governo Prodi»* (p. 70).

Tale fatto, in precedenza ricondotto dai giudici di merito alla figura criminosa della ‘corruzione propria antecedente’ (secondo quanto statuito sia dalla sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Napoli in data 8 luglio 2015 sia dalla sentenza della Corte di appello di Napoli del 20 aprile 2017 che, in parziale riforma della decisione dei giudici di primo grado, aveva prosciolto gli imputati dal reato loro ascritto per l’intervenuta prescrizione dello stesso), viene riqualficato dai giudici di legittimità come *«corruzione impropria antecedente ai sensi dell’art. 318 cod. pen., nel testo anteriore alla riforma operata con legge 190/2012»* (p. 78).

³ In proposito, colpiscono sempre per la loro lungimiranza le considerazioni formulate con riferimento alla «chiusura dell’universo di discorso» da H. MARCUSE, *L’uomo a una dimensione. L’ideologia della società industriale avanzata* (trad. it. a cura di L. Gallino e T. Gian Gallino), nuova edizione, Torino, 1991, pp. 102 ss.

⁴ S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, n. 17/2018, p. 39.

⁵ *Ibidem*.

Ma come si sviluppa il percorso motivazionale attraverso il quale gli ‘ermellini’ pervengono a questa ridefinizione del parametro di tipicità?

Per rispondere, occorre concentrarsi sui profili tematici specificamente inerenti a tale operazione ermeneutica. Pertanto, in questa sede non è possibile e non è necessario dar conto di altre, pur interessanti questioni, quali, ad esempio, – ripercorrendo a grandi linee l’ordine di trattazione seguito dal Collegio nell’esame dei motivi di ricorso articolati dalle difese – quella relativa all’individuazione del luogo di consumazione del reato e, in corrispondenza, alla determinazione della competenza territoriale; o quella concernente la credibilità del De Gregorio (escusso in giudizio quale ‘teste assistito’, essendo stata pronunciata nei suoi confronti sentenza irrevocabile di applicazione della pena ai sensi dell’art. 444 c.p.p.) e, conseguentemente, la valutazione di attendibilità della chiamata in correità dallo stesso formulata; o, ancora, quella (egualmente importante nell’ottica della garanzia del diritto di difesa dell’imputato) riguardante la dedotta nullità della sentenza impugnata, per difetto di correlazione rispetto alla contestazione.

Piuttosto, bisogna soffermarsi, innanzitutto, sulle coordinate tracciate dalla sentenza in punto di attribuzione al De Gregorio della qualifica di “pubblico ufficiale”.

La Cassazione afferma, infatti, che *«in primo luogo occorre stabilire se lo statuto dei reati contro la pubblica amministrazione sia radicalmente incompatibile con le funzioni parlamentari»* e, immediatamente, risolve il quesito sancendo che allo stesso *«deve darsi con certezza risposta negativa, in quanto, al contrario, dall’art. 357 cod. pen. già sul piano letterale si desume che è specificamente prevista la riferibilità dei reati contro la pubblica amministrazione a coloro che svolgono funzioni legislative, qualificati di per sé come pubblici ufficiali»* (p. 46). Subito dopo, però, la Suprema Corte, consapevole del ‘salto’ che intercorre tra “funzione legislativa” e ‘funzione parlamentare’, si preoccupa di stemperare la evidente differenza delle due categorie, equiparandone i significati.

Perciò, ci ricorda che *ex art. 357 c.p.* la nozione penalistica di pubblica amministrazione ha un significato più ampio di quello correlabile alla attività amministrativa in senso stretto. E qui – viene da dire – *nulla quaestio!* Infatti, in base alla previsione codicistica, effettivamente, la qualifica di “pubblico ufficiale” viene ancorata all’esercizio di una pubblica funzione, *«intesa nel senso più ampio, così da riflettere la classica tripartizione delle funzioni primarie, inquadrata nel vigente sistema costituzionale»* (p. 47). Tuttavia, smentendo questo richiamo alla caratterizzazione (doverosamente) costituzionale dell’inquadramento delle tre funzioni pubbliche il cui esercizio assegna la qualità di p.u., allorquando occorre enucleare la “funzione legislativa”, la sentenza si allontana palesemente tanto dalla declinazione costituzionale della stessa quanto, ovviamente, dalla ‘lettera’ dell’art. 357 c.p. e vi ricomprende anche attività che non hanno carattere legislativo, quali l’elezione del Presidente della Repubblica, la nomina dei giudici costituzionali, l’elezione dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura o il voto di fiducia. Infatti, per la Corte di Cassazione, il

riferimento dell'art. 357 c.p. alla “funzione legislativa” si collegherebbe *«non alla mera partecipazione, nelle forme tipiche, disciplinate dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari, al procedimento di formazione delle leggi, ma più in generale allo svolgimento di quelle funzioni che spettano a chi assume la veste di parlamentare, che possono esercitarsi, sempre nel rispetto dei regolamenti e delle disposizioni di legge, sul versante delle funzioni di indirizzo politico, di ispezione e controllo, di impulso e garanzia»* (p. 47).

Insomma, rimettendo in fila i passaggi di questo periodo, ne ricaviamo che, secondo la sentenza in esame, la “funzione legislativa” può identificarsi anche in funzioni parlamentari che legislative non sono, quali le *«funzioni di indirizzo politico, di ispezione e controllo, di impulso e garanzia»*; mentre la nozione costituzionale viene svilita nella sua valenza ricostruttiva e liquidata come *«mera partecipazione, nelle forme tipiche, disciplinate dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari, al procedimento di formazione delle leggi»*.

Il punto verrà ripreso successivamente⁶, ma già sembra lecito chiedersi quale rilevanza debba, allora, assumere il parametro costituzionale nella integrazione della funzione in questione. Ha carattere vincolante o è mero *flatus vocis* che il giudice può modellare ricorrendo ad implementazioni di carattere sostanzialistico che si appellano nominalisticamente alla Costituzione per poi discostarsene nei contenuti? La sentenza della Cassazione sembra imboccare la seconda strada. E questo, nonostante la questione si collochi in un ‘campo di materia’ i cui confini sono costituzionalmente e codicisticamente tipizzati con tale chiarezza ed univocità da non lasciare spazio ad alcun soggettivismo ermeneutico.

La conclamata contraddizione in cui cade la Corte trova, poi, una spiegazione paradossale: le funzioni parlamentari non legislative devono per forza essere qualificate come legislative in quanto non possono essere iscritte nella categoria del “pubblico servizio”. Tanto si evidenzia laddove viene sostenuto che l'esclusione di tali attività dall'ambito di incidenza della “funzione legislativa” di cui all'art. 357 c.p. *«comporterebbe la loro diversa classificazione all'interno degli altri tipi di funzione, ma con la strutturale difficoltà di dar conto del fatto che si tratta di attività che esprimono la sovranità del Parlamento e che non possono in alcun modo ridursi ad un mero pubblico servizio»* (p. 48). Ma ciò vuol dire che la Cassazione rifiuta aprioristicamente la possibilità che le funzioni parlamentari non legislative siano sottratte alla qualificazione e alla perseguibilità secondo gli schemi dello ‘statuto penale della pubblica amministrazione’.

In altre parole, poiché tali funzioni non possono essere ricomprese nella nozione di “pubblico servizio”, l'unico modo per attrarle nell'orbita dello ‘statuto penale della p.a.’ è farle rientrare artificiosamente nello spazio categoriale dell'attività legislativa, con la motivazione (invero suscettibile – come si cercherà di chiarire in seguito – di una duplice critica) che *«ineriscono comunque alla manifestazione di una volontà che è del Parlamento o comunque di ciascuna Camera»* (p. 47).

⁶ Vedi *infra*, 3.1.

In ciò un'evidente inversione logica: non si interpreta la disposizione per stabilire i confini della tutela penale, ma, al contrario, l'esigenza di colmare qualsiasi vuoto di tutela forza la (ri)costruzione semantica della disposizione e, segnatamente, della locuzione "funzione legislativa".

L'altro polo argomentativo della decisione in commento è rappresentato dalla messa a fuoco della «valenza dell'immunità prevista dall'art. 68 Cost.» (p. 50). In proposito, la Suprema Corte sviluppa un percorso ermeneutico che muove dalla preliminare constatazione della necessità di rimodulare l'oggettività giuridica tradizionalmente evocata in materia di "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" (ossia il 'buon andamento e l'imparzialità' contemplati dall'art. 97 Cost.) adeguandola all'esaminata, maggiore ampiezza del concetto penalistico di pubblica amministrazione, «posto che la sfera dell'attività legislativa e di quella parlamentare [...] non può farsi coincidere con l'ambito dell'attività amministrativa in senso stretto» (p. 51).

Prima di proseguire, però, sia consentito sottolineare che l'inciso riportato sembra confermare le perplessità che si sono espresse in precedenza, visto che, nel richiamare distintamente l'attività legislativa e quella parlamentare, la Cassazione stessa mostra di essere ben consapevole della loro non integrale identificabilità e sovrapponibilità. In altre parole, la differenza concettuale intercorrente tra le due nozioni (tale per cui l'attività legislativa si configura come *species* qualificata rispetto al *genus* rappresentato dall'attività parlamentare e, dunque, di converso, non tutta l'attività parlamentare può farsi coincidere con l'attività legislativa che, come detto, ne rappresenta soltanto una porzione, benché di incontestabile rilievo), dopo essere stata svalutata e rimossa, viene attestata e ripresa dalla stessa sentenza, così denotando la intrinseca fragilità della indistinta e 'onnivora' qualificazione del parlamentare come "pubblico ufficiale".

Ciò detto, la riflessione della Corte di Cassazione in merito al bene giuridico di riferimento introduce, tra l'altro, un tema di grande interesse, poiché mette in luce le specifiche conseguenze che l'individuazione dell'interesse protetto determina sul versante della ricognizione di tipicità del fatto *de quo*.

In particolare, il bene 'buon andamento e imparzialità', che fornisce «le linee guida per desumere l'eventuale configurabilità della corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio» (p. 50), mal si attaglia all'ipotesi scrutinata. Basti pensare che, mentre l'attività amministrativa in senso tecnico trova limiti nella disciplina legislativa ordinaria le cui 'linee guida' sono, per l'appunto, proiettate dall'art. 97 Cost., l'attività legislativa è sostanzialmente libera nei fini sicché «la discrezionalità di cui dispone il parlamentare non rinviene in linea di massima limiti esterni che trovino riscontro nella definizione di una disciplina diversa da quella dettata da principi di rango costituzionale» (p. 51).

D'altronde, a tale profilo si aggancia quanto sancito dall'art. 67 Cost., ai sensi del quale il parlamentare non soggiace a vincolo di mandato ma è libero nelle sue scelte, che, per questa ragione, sono imputate direttamente alla nazione, quali che ne siano gli intenti ispiratori e i fini perseguiti.

Infatti, *«l'attività del parlamentare si inquadra nella sfera di autonomia di cui devono godere le Camere di appartenenza, cosicché, ove si esaurisca nell'esercizio di poteri riconducibili all'assetto costituzionale, garantito da autonomia, essa non tollera l'intromissione di poteri esterni e la possibilità che la sua astratta sussunzione in categorie proprie del diritto comune possa risolversi in un vulnus alla sfera di prerogative riservata alle Camere cui il parlamentare appartiene»* (p. 53).

Nondimeno, tale sottrazione a sindacati esterni e catalogazioni di diritto comune verrebbe meno *«ove vi siano margini per valutare aspetti esterni sia nella connotazione strutturale della condotta sia nei suoi riflessi, coinvolgenti beni riconoscibili e nella disponibilità di terzi»* (p. 54).

E, invero, nell'immediato non si può fare a meno di cogliere la vaghezza di questa formula di chiusura laddove fa riferimento a segmenti di condotta strutturalmente esterni alla funzione, poiché – fatta eccezione per eventuali casi-limite caratterizzati dalla evidente fibrillazione dello stesso ordinamento costituzionale (ad esempio, la Cassazione stessa evoca l'ipotesi estrema della commissione di 'crimini contro l'umanità') – non è dato comprendere in maniera sicura come possa apprezzarsi la rilevanza di questi frammenti esterni all'attività del parlamentare senza un sindacato sull'attività stessa; né tantomeno risulta chiaro il criterio discretivo di ciò che è 'interno' all'attività rispetto a ciò che è 'esterno' ad essa.

Ad ogni modo, di seguito, la sentenza giunge ad occuparsi del tema relativo all'immunità sancita dall'art. 68 Cost., riportandosi all'inquadramento funzionale e contenutistico operato dalla Corte costituzionale. Perciò, tale immunità viene definita (sulla base della sentenza n. 379/1996 Corte cost.) come *«lo strumento principe per assicurare l'autonomia e [la] libertà delle Camere»* (p. 55) – essendo associata alla *«esigenza di assicurare lo svolgimento delle alte funzioni al riparo dal condizionamento che altrimenti potrebbe discendere dall'ipotesi di sindacato esterno»* (*ibidem*) – e, avuto particolare riguardo alla giurisprudenza costituzionale formatasi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 104 del 2003, viene, correttamente, riferita a tutte le attività connesse alla funzione di parlamentare, in qualunque sede espletate.

La Suprema Corte mette in luce le difficoltà di qualificazione dommatica di tale istituto, vistane l'incidenza non solo sulla responsabilità penale ma anche su quella civile e disciplinare. Per questo motivo, escluso il ricorso tanto alla categoria della 'incapacità penale' – che ha carattere totalizzante ed è, quindi, incompatibile con la matrice funzionalistica dell'immunità in esame –, quanto a quella della 'mera causa di non punibilità' – che, invece, non rende la *ratio* costituzionale di questa peculiare ipotesi di esonero da responsabilità penale –, la Cassazione cerca di individuare una soluzione dommatica più approfondita. Essa collega l'effetto finale dell'esonero da responsabilità ad una vera e propria *«causa di imperscrutabilità dell'attività del parlamentare»* (p. 57) e – sembrando quasi prendere le distanze dalla giurisprudenza penale,

nella quale è prevalente il richiamo alla nozione di ‘causa di non punibilità’⁷, solo in un’occasione essendosi fatto riferimento allo schema definitorio della ‘causa di giustificazione’⁸ – mutua l’inquadramento radicatosi nella giurisprudenza civile di legittimità⁹ «secondo cui l’immunità dà luogo ad una causa personale di esonero della responsabilità, ma con la precisazione che tale esonero ha alla sua origine l’esercizio di funzioni che sono intrinsecamente insindacabili e non classificabili, salvo il coinvolgimento di funzioni o beni ulteriori» (*ibidem*). Ed utilizza tale orientamento per riprendere la distinzione tra condotta che rientri nei confini dell’esercizio della funzione, così configurandosi come imperscrutabile e insindacabile, e «frazione esterna» (p. 58) della stessa, invece suscettibile di classificazione secondo il diritto comune e, quindi, di perseguibilità anche dal punto di vista penale.

Ma, se l’intento della sentenza era quello di chiarire, in tal modo, i dubbi sollevati dalla puntualizzazione concettuale effettuata (successivamente alla ‘lettura’ dell’art. 67 Cost.) con riguardo all’ampiezza della libertà/insindacabilità delle scelte del parlamentare, l’impressione che se ne ricava è quella di una sostanziale ripetitività e di una evidente inefficacia esplicativa.

Per esempio – al di là delle divagazioni in materia di diffamazione (che chiamano in causa il profilo della possibile incidenza della condotta del parlamentare su beni di terzi) –, con riguardo all’esercizio dell’azione politica relativa agli assetti di maggioranza, che, invece, rappresenta il tema autentico della questione oggetto di analisi e in relazione alla cui qualificazione – come già da ora intuibile – viene evocato dalla Cassazione il parametro della ‘frazione esterna’ (rispetto alla condotta funzionalmente ortodossa), a quali indici dovrà ancorarsi la valutazione di ‘extrafunzionalità’? Atteso che questo (ineliminabile) confronto interpartitico e/o intersoggettivo si sviluppa prevalentemente al di fuori di moduli procedurali formalmente predeterminati, dovrebbe, forse, assumere valore sintomatico un criterio incentrato sulla collocazione spaziale dell’attività del parlamentare? Ma, ove ciò fosse, le trattative aventi ad oggetto la formazione di un governo, per poter essere considerate tipiche e, quindi, ‘interne’ alla funzione parlamentare e, quindi, libere e insindacabili, dove dovrebbero svolgersi? Solo ed esclusivamente tra il Quirinale e le Aule parlamentari? O anche presso gli uffici parlamentari? E vi sarebbe differenza tra le sedi dei gruppi parlamentari e le sedi di partito? E tra le sedi fisiche e la ‘rete’? E un accordo concluso alla ‘buvette’ o in ‘transatlantico’ a quale schema qualificativo dovrebbe ricondursi?

Si tratta di domande che cercano di cogliere un rischio intuibile: quello che la proteiforme dialettica politico-parlamentare, sol perché condotta al di fuori della ‘liturgia pubblica’, venga stigmatizzata come esterna/estranea alla funzione e, quindi, assoggettata al sindacato del giudice penale. E questo, sulla base

⁷ Tra le altre, Cass., sez. V, 19/9/2007, n. 43090.

⁸ Cass., sez. V, 27/10/2006, n. 38944.

⁹ Si veda Cass. civ., sez. un., 12/4/2012, n. 5756.

di una enucleazione dei margini di operatività della garanzia costituzionale (pre)orientata da giudizi aleatori di stampo eticizzante.

Sul tema si ritornerà, anche allo scopo di esaminarlo sotto un diverso angolo visuale. Ma non si può fare a meno di ricordare che le cronache della vita parlamentare repubblicana (anche recente) sono ricche di aneddoti relativi alle peculiarità spaziali e perfino gastronomiche di riunioni svoltesi al di fuori del circuito istituzionale, ma aventi ad oggetto la elaborazione e, in molti casi, la negoziazione delle strategie parlamentari relative ad un ampio e variegato spettro di possibili deliberazioni. Eppure, la natura politica degli accordi così stipulati non è mai stata messa in discussione. E, anche quando si è criticata la matrice extraparlamentare, per esempio, delle crisi pianificate negli incontri tra segretari di partito, non si è mai sostenuto, neppure in ipotesi, che patti siglati al di fuori della cornice e delle sedi istituzionali potessero assurgere ad oggetto di scrutinio da parte dell'autorità giudiziaria, trattandosi di questioni di matrice squisitamente politica, in quanto tali ampiamente contestabili e censurabili (ma) su un terreno egualmente ed esclusivamente politico.

Ad ogni buon conto, dopo questa introduzione, la pronuncia passa a vagliare la 'tipicità corruttiva' del caso di specie, premettendo un breve *excursus* sull'evoluzione normativa della materia alla luce della legge n. 190 del 2012.

In breve, secondo la Cassazione con la novella assumerebbe rilievo esplicito il mercimonio della funzione, che già prima sarebbe stato comunque riconducibile all'art. 318 attraverso un'interpretazione che la Suprema Corte definisce come estensiva.

Inoltre, per demarcare gli odierni spazi applicativi, i giudici di legittimità chiariscono preliminarmente che «l'art. 318 cod. pen. contempla un reato di pericolo, mentre l'art. 319 cod. pen. un reato di danno, implicante una più specifica offensività rispetto al bene protetto» (p. 62). Quindi gli 'ermellini' precisano questa relazione sistemica, affermando che l'art. 319 ricorre quando, pur in presenza di mercimonio della funzione, siano compiuti atti contrari ai doveri di ufficio, cioè atti che – sebbene discrezionali e formalmente legittimi – risultino connotati dall'interesse del privato corruttore; mentre, in presenza di una compravendita della funzione, trova applicazione l'art. 318 «allorché non sia specificamente individuata la categoria degli atti di riferimento ovvero quando non possa prospettarsi la deduzione della specifica violazione dei doveri di ufficio nel compimento degli atti inerenti all'esercizio della funzione» (p. 63).

In particolare, per quanto concerne l'art. 318, – collocandosi nel solco della giurisprudenza che esclude che la riforma del 2012 abbia determinato l'instaurazione un meccanismo di *abolitio criminis* – la Suprema Corte ribadisce che «rispetto alla corruzione impropria antecedente, la deduzione di uno o più atti inerenti all'ufficio in cambio di un'indebita remunerazione continua ad essere penalmente rilevante, trattandosi di ipotesi idonea ad essere sussunta nella vigente corruzione per l'esercizio, non ulteriormente qualificato, delle funzioni» e che, d'altro canto, anche nella

versione previgente, «*pur occorrendo la correlazione sinallagmatica con atti dell'ufficio, non si esigeva l'effettivo compimento degli atti*» (*ibidem*).

Per tal motivo, i giudici di legittimità giungono alla conclusione che, in luogo della 'corruzione propria antecedente' prospettata dai giudici di merito, «*si sarebbe dovuto ravvisare [piuttosto] il reato di cui all'art. 318 cod. pen. anche nel caso della deduzione di plurimi atti, in relazione ai quali non potesse, neppure in astratto, cogliersi il riflesso della connotazione privatistica che caratterizza la contrarietà ai doveri inerenti al concreto esercizio della funzione, ma solo la contrarietà a doveri esterni, inerenti alla correttezza del pubblico ufficiale e al dato puramente esteriore – potrebbe dirsi di immagine – della imparzialità*» (pp. 63-64).

Detto altrimenti, i giudici di merito avevano ritenuto configurabile un'ipotesi di 'corruzione propria antecedente' integrata dalla stipulazione di un patto illecito per violazione del divieto di mandato imperativo e, con tale espediente concettuale, avevano superato lo sbarramento dell'insindacabilità sancito dall'art. 68 Cost. in relazione ai singoli atti del parlamentare.

Ma, secondo i giudici di legittimità, questa opzione ermeneutica non tiene conto della già evocata «*sfera di libertà del parlamentare, ben diversa da quella di chi svolge attività amministrativa in senso stretto*» (p. 66) e incorre nell'errore di utilizzare il divieto di mandato imperativo come parametro di qualificazione antidoverosa del patto, laddove, al contrario, proprio l'art. 67 Cost. pone l'attività del parlamentare al riparo da interferenze valutative esterne. Insomma, l'assenza di parametri di riferimento e la garanzia dell'autonomia delle funzioni (attestata dal combinato disposto degli artt. 67 e 68 Cost., letti anche alla luce di quanto previsto dagli artt. 64 e 72 Cost.) non rendono sindacabile l'esercizio delle funzioni stesse e, dunque, precludono la prospettabilità dello schema criminoso della 'corruzione propria'.

Piuttosto, i giudici della Suprema Corte fanno leva sulla collocazione di tale patto all'esterno dell'esercizio della funzione per predicarne la rilevanza penalistica e, segnatamente, la perseguibilità ai sensi dell'art. 318 c.p., sul presupposto che in capo al parlamentare incomba un divieto che è parimenti esterno rispetto all'esercizio della funzione. Si tratta del «*divieto di remunerazione del munus publicum, che esprime il valore della correttezza, quale dovere esterno, e che trova riscontro per ogni soggetto investito di pubbliche funzioni anche nel dovere di svolgerle con onore e disciplina, ai sensi dell'art. 54 Cost.*» (p. 67). E questa norma costituzionale, «*che non possiede uno specifico valore precettivo e non conferisce un preciso contenuto, ove non diversamente risultante, all'esercizio delle funzioni, peraltro insindacabilmente libero, assume tuttavia un rilievo ab extrinseco, concorrendo a rafforzare la dignità della funzione, che non può tollerare una ingiustificata locupletazione o comunque l'acquisizione di un vantaggio non previsto, sinallagmaticamente correlato al pur insindacabile esercizio di essa*» (p. 68).

Dunque, riepilogando, la sentenza circoscrive l'intervento penalistico alla frazione di condotta esterna rispetto all'esercizio della funzione, che è, invece, imperscrutabile e insindacabile. In relazione a tale segmento esterno, non ponendosi esigenze di garanzia della libertà del parlamentare e dell'autonomia

della Camera di appartenenza, sarebbero, cioè, possibili sindacati e valutazioni secondo i moduli del diritto comune. Ed è per questo motivo che, collocandosi in detta frazione esterna, assumerebbe rilievo penale il «vincolo sinallagmatico dedotto nel patto, coinvolgente prospetticamente da un lato il denaro erogato o promesso e dall'altro il compimento di atti di ufficio, rientranti nell'esercizio delle funzioni, di per sé non classificabile, ma costituente causa della dazione o della promessa e tale da qualificare altresì la veste di pubblico ufficiale assunta dal parlamentare in sede di stipula del patto» (p. 69). Tale pattuizione, produttiva di «un vulnus all'immagine del parlamentare, essendo essa idonea ad inficiarne la correttezza e la dignità, a fronte dell'indebita retribuzione per tale via riconosciutagli» (p. 70), viene riqualficata dalla Cassazione come 'corruzione impropria' ai sensi del previgente art. 318, ferma restando, secondo i giudici di legittimità, la continuità normativa che legherebbe vecchia e nuova formulazione della disposizione elevata a parametro di tipicità del caso *de quo*.

Ancora una volta bisogna prendere atto del pervicace richiamo ad una indistinta qualificazione come "pubblico ufficiale" del parlamentare in quanto tale. Equazione, questa, che si è già avuto modo di criticare in precedenza e che non sembra per nulla corroborata dal riferimento all'ipotesi della «*corruzione dei membri del Parlamento europeo*» (p. 65) contemplata dall'art. 322-bis c.p., visto che la indiscutibile differenza terminologica lascia, piuttosto, propendere per la erroneità di una meccanicistica attribuzione della veste giuridica di p.u. al parlamentare nazionale anche nel caso in cui questi non eserciti una funzione legislativa.

Allo stesso modo, lascia perplessi il riconoscimento della libertà del parlamentare nell'esercizio della funzione ma non nella 'programmazione' di tale esercizio. La sentenza, cioè, sembra incorrere in una sorta di contraddizione logica, nella misura in cui sottrae a sindacato le scelte del parlamentare ma non il 'progetto embrionale' che ad esse è sotteso. Gli atti non possono essere assoggettati a valutazioni esterne, mentre questo controllo da parte di terzi è ammesso per tutte le dinamiche che sottostanno all'atto, ossia alla scelta finale formalizzata nella sede istituzionale. I rischi di condizionamento, di interferenza, di sottoposizione della vita stessa del parlamentare a giudizi di matrice extralegale sono chiaramente percepibili...

Ora, però, occorre sviluppare in maniera più organica le perplessità e le riflessioni abbozzate, chiarendo preliminarmente per quale motivo sia così importante una disamina in chiave costituzionale del paradigma criminoso enucleato dalla Suprema Corte.

3. L'esigenza di un approfondimento costituzionalmente orientato

La questione in esame, pur con le comprensibili differenze di carattere storico-giuridico, trova interessanti riferimenti interpretativi già nella dottrina penalistica e giuspubblicistica dell'età liberale.

Degno di nota è, per esempio, il suggestivo dialogo ‘a distanza’ che, nel 1893, vede protagonisti Giovan Battista Impallomeni e Vittorio Emanuele Orlando sulle pagine dell’*Archivio di diritto pubblico*.

Impallomeni, cui era stato richiesto un parere scientifico in ordine alla configurabilità codicistica della corruzione dei parlamentari, in una lettera di risposta densa di spunti utili anche per la nostra analisi, dava una soluzione negativa al quesito sottopostogli¹⁰. In particolare, sosteneva che al parlamentare non potesse attribuirsi la veste giuridica di “pubblico ufficiale” (legalmente necessaria perché nei suoi confronti fossero applicabili gli artt. 171 e 172, dedicati dal codice penale alla corruzione) sulla base di una duplice motivazione.

Da un lato, nell’art. 207 del codice Zanardelli (che, per l’appunto, forniva la definizione di p.u.) mancava un riferimento espresso ai “membri del Parlamento”, invece specificamente menzionati da altre disposizioni. Questa circostanza denotava una incontestabile distinzione della nozione di parlamentare rispetto a quella di pubblico ufficiale cui corrispondevano, nella sistematica codicistica, differenti statuti di rilevanza penale¹¹. E pertanto, rilevata l’autonomia delle due qualifiche soggettive agli effetti della legge penale, poiché per gli artt. 171 e 172 la corruzione era «la venalità del *pubblico ufficiale*»¹² (e solo di questo) in tali disposizioni non poteva farsi rientrare anche la corruzione del parlamentare.

Dall’altro, l’intento del legislatore di escludere i membri del Parlamento dal perimetro giuridico della corruzione dei pubblici ufficiali trovava una importante conferma nei lavori preparatori, visto che allorquando «nella Commissione Reale di revisione del Progetto del 1887 si discuteva l’art. 196, corrispondente all’articolo 207 del Codice, il Commissario Ellero propose che vi fossero mentovati anche i membri del Parlamento, ma la sua proposta fu combattuta e respinta»¹³.

E la risposta giuridica così efficacemente articolata dall’illustre Autore risulta tanto più esemplare alla luce delle considerazioni conclusive. Egli, infatti, con rigore tecnico esclude che la corruzione del parlamentare possa considerarsi come reato, ma al tempo stesso stigmatizza questo vuoto di tutela in quanto la «venalità di un membro del Parlamento [...] è ben più perniciosa ancora che la venalità dei funzionari di una pubblica amministrazione, perché non si esercita in un determinato affare, ma in affari di ordine generale, ed estende pertanto i suoi effetti nocivi a tutta la nazione, gettando in pari tempo il discredito sulle istituzioni»¹⁴. Insomma, in questa prospettiva, il giudizio etico – per quanto radicato e sentito – viene tenuto nettamente separato dallo scrutinio di tipicità, non condiziona l’opera di qualificazione giuridica

¹⁰ Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *La corruzione dei membri del Parlamento secondo il Codice penale (lettera al Direttore)*, in *Arch. dir. pubb.*, 1893, p. 36.

¹¹ Cfr. *ivi*, pp. 38-40.

¹² *Ivi*, p. 36.

¹³ *Ivi*, p. 41.

¹⁴ *Ivi*, p. 42.

del fatto, non si traduce, cioè, in indebite applicazioni analogiche. E, a ben più di un secolo di distanza, questa è una lezione che risulta quanto mai preziosa ed attuale...

Qui si apre, poi, lo splendido confronto con Vittorio Emanuele Orlando, il cui articolo ci restituisce tutta la ricchezza umana ed intellettuale di un dibattito scientifico di altissimo livello. Questi, ringraziando il collega per la lettera di risposta pubblicata nel precedente fascicolo della rivista e manifestando la sua ammirazione per la precisione e la sobrietà con le quali aveva esaminato la questione prospettatagli, dichiarava di condividere la conclusione cui Impallomeni era pervenuto in merito alla non punibilità del parlamentare a titolo di corruzione, ma di dissentire dal criterio adottato¹⁵. Nello specifico, Orlando riteneva che al ‘risultato’ della non punibilità della corruzione del parlamentare dovesse giungersi proprio rifacendosi a quell’art. 51 dello Statuto che era stato, invece, svalutato nella soluzione proposta da Impallomeni.

In questo passaggio emerge chiaro lo spirito costituzionalistico delle riflessioni dell’Autore. Egli, precedentemente, si era espresso per la modificabilità dello Statuto da parte del legislatore ordinario. Nel contempo, però, aveva messo in luce che il legislatore era stato sempre restio ad esercitare la competenza statutaria, visto che «tutte le volte che [aveva] toccato [...] qualche disposizione dello Statuto, ciò [era] avvenuto, per così dire, suo malgrado e senza mai esplicitamente ammetterlo»¹⁶. E da questa ricognizione ricavava una conferma della validità del suo «criterio esegetico per cui, *nel dubbio*, bisogna(va) ammettere che una legge ordinaria si [fosse] riferita allo Statuto per confermarne e non per abrogarne le disposizioni»¹⁷.

In altri termini, Orlando coglieva, al di là del dato formale relativo alla riconosciuta ‘flessibilità’ dello Statuto, il senso di autorevolezza che questa fonte, comunque, trasmetteva al legislatore ordinario, in certo qual modo condizionandolo da un punto di vista sostanziale, sicché, da un lato, il legislatore non assumeva mai una posizione di netta e frontale contrapposizione rispetto allo Statuto stesso, e, dall’altro, l’interprete, nelle ipotesi di dubbia conflittualità tra tali fonti, avrebbe dovuto attribuire alla legge un significato confermativo, anziché abrogativo, delle disposizioni statutarie.

Fatta questa premessa, l’Autore osservava – in ciò discostandosi da Impallomeni – che il combinato degli artt. 171 e 207 del codice sembrava, in realtà, rendere dubbia la questione della punibilità o meno del parlamentare per il reato di corruzione, poiché, in base all’art. 207, il membro del Parlamento ben poteva essere considerato come “pubblico ufficiale”. Ma – questo era il *proprium* del ragionamento di Orlando –

¹⁵ Cfr. V.E. ORLANDO, *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento pel titolo di corruzione. Nota*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1893, p. 134.

¹⁶ *Ivi*, p. 135.

¹⁷ *Ibidem*.

, in virtù del criterio interpretativo poc'anzi illustrato, tale dubbio andava risolto alla luce dell'art. 51 dello Statuto. Disposizione che, nell'incertezza, doveva ritenersi conservata e che, perciò, rendeva il parlamentare non punibile¹⁸, poiché – chiariva l'A. –, affermando la insindacabilità di senatori e deputati «*per ragione delle opinioni da loro emesse e dei voti dati nelle Camere*», ne sanciva l'irresponsabilità penale e non semplicemente politica.

E questo, anche con riferimento all'ipotesi di una corruzione commessa al di fuori della camera di appartenenza, ma che si ponesse in rapporto di causa ad effetto rispetto al voto espresso dal senatore o dal deputato nell'esercizio della funzione parlamentare¹⁹. Infatti, in tal caso, un accertamento del reato avrebbe richiesto necessariamente una «ricerca dei *motivi del voto*, [...] perentoriamente esclusa dall'assoluta irresponsabilità sancita dallo Statuto»²⁰ in ossequio a superiori esigenze di carattere istituzionale afferenti alla tenuta e alla stessa sopravvivenza dell'ordinamento statale²¹.

Le autorevoli posizioni riportate colpiscono per la straordinaria modernità delle indicazioni che se ne ricavano.

Ovviamente si confrontano con un contesto ordinamentale diverso dal nostro. Diverso è il codice con la relativa disciplina delle qualifiche soggettive, che verrà volutamente modificata dal codice del 1930²², tuttavia residuandone gli spazi – in relazione alle ipotesi specificamente riconducibili al 'calco tipologico' del caso *de quo*, ancorché, più in generale, in rapporto a tutte le ipotesi per le quali possa venire in rilievo quanto successivamente previsto dall'art. 68 della nostra Costituzione – per virtualità interpretative dagli esiti identici a quelli qui sintetizzati; e, soprattutto, diversa è la collocazione sistematica della Carta costituzionale di riferimento.

Eppure ci convincono una volta di più della necessità di un approfondimento della delicata questione affrontata dalla Suprema Corte. Infatti, se Maestri del diritto che non potevano contare sul sostegno di valori fortificati dalla rigidità costituzionale sono giunti – anche se per strade diverse (codicistica per Impallomeni e statutaria per Orlando) – a negare la configurabilità della corruzione del parlamentare, se hanno, cioè, raggiunto tale conclusione mettendo a frutto una sensibilità informata a principi di civiltà giuridica profondamente avvertiti ma non ancora assurti al rango di direttive apicali dell'ordinamento, a

¹⁸ Cfr. *ivi*, p. 136.

¹⁹ Cfr. *ivi*, p. 137.

²⁰ *Ivi*, p. 138.

²¹ Cfr. *ivi*, pp. 138-139.

²² Sul punto, si veda C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione – I. I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 38.

maggior ragione un impegno di stampo critico/razionale deve essere profuso dal penalista che si muova nello scenario della Costituzione repubblicana²³.

Si tratta – lo si è detto in apertura – di un compito non facile. La materia è scottante.

Se è vero che la questione giuridica (colta nei suoi tratti essenziali) non è nuova, è, tuttavia, altrettanto vero che nella nostra epoca essa si carica di accentuati significati extragiuridici, poiché vi confluiscono anche le tensioni generate da decenni di permanente conflittualità politico-giudiziaria.

Il punto di partenza di questa drammatica contrapposizione è rappresentato dalla vicenda di ‘mani pulite’, la cui stessa denominazione sembra evocare istanze purificatrici e palingenetiche che mal si conciliano con il delicato equilibrio «tra scopi di tutela collettiva e di garanzia individuale»²⁴ che dovrebbe sempre caratterizzare la giustizia penale di un ordinamento che si riconosca nel modello dello ‘Stato sociale di diritto’. Difatti, pur rispondendo all’inconfutabile esigenza di accertare fatti connotati da un elevato tasso di dannosità sociale, i procedimenti iscrivibili nel segmento storico di questa esperienza giudiziaria hanno determinato (nelle loro concrete modalità operative) una evidente fibrillazione delle garanzie, al punto che in dottrina, con riferimento a profili patologici quali l’uso strumentale della custodia cautelare e l’instaurarsi di un vero e proprio cortocircuito mediatico-giudiziario, si è coniata la definizione di «'rito ambrosiano'»²⁵, ad indicare un’ulteriore (rispetto alle tendenze autoritarie che erano già in atto nel nostro sistema penale) deriva di stampo simbolico-emergenziale caratterizzata da «gravi violazioni dei diritti fondamentali»²⁶.

E, *in subiecta materia*, la logica emergenziale è perpetuata anche da un legislatore che, «assecondando indiscriminatamente, in chiave simbolico-strumentale, le istanze di tutela (spontanee o indotte, endogene o esogene) che provengono dalla collettività, sottopone a continui stress ermeneutici i principi costituzionali»²⁷.

Non a caso, in sede di commento alla legge ‘anticorruzione’ n. 190 del 2012, si è espressa preoccupazione per il «clima incandescente, poco adatto alla necessaria razionalità con cui andrebbero invece sempre maneggiate le norme penali»²⁸, che ne ha costituito l’*humus* unitamente a «pressioni europee, [...] esigenze

²³ Per una sintesi del dibattito teorico in tema di fondazione costituzionalistica del sistema penale, si rinvia a G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, pp. 1262 ss.

²⁴ V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall’indulgentia principis all’idea dello scopo*, Napoli, 2007, p. 367.

²⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed. riveduta ed ampliata, Napoli, 2000, p. 154.

²⁶ *Ivi*, p. 159.

²⁷ Sia consentita la citazione di C. RIZZO, *Brevi considerazioni sul “traffico di influenze illecite”*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 1-2/2017, p. 166.

²⁸ F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3389.

antispread e di rilancio dell'economia»²⁹; e, in termini complementari, se ne è stigmatizzata la mancanza di adeguate e solide premesse ricognitive di carattere empirico-criminologico³⁰. Infatti, un legislatore preoccupato solo di assecondare gli umori popolari e di ottenere il consenso dei 'mercati' ha formulato scelte incriminatrici – su tutte si pensi a quella relativa al “traffico di influenze illecite” – criticabili sia sotto il profilo della congruità rispetto agli scopi che sotto quello della conformità rispetto ai valori costituzionali.

Né tale tendenza pare destinata ad arrestarsi, visto che, appellandosi alla necessità di una nuova riforma, ancora una volta fondata sulla equivoca confusione e sovrapposizione di realtà e percezione del fenomeno corruttivo³¹, il legislatore odierno ha confezionato un intervento che viene preannunciato come salvifico e catartico, ma che, a ben vedere, risulta l'ennesimo stadio di quel «moto riformatore perpetuo, che nelle nostre plaghe accompagna il ritmo incessante di una persistente emergenza»³².

D'altronde, lo spostamento del baricentro delle 'strategie istituzionali' dai fatti agli autori, dall'accertamento garantito all'obiettivo di spazzare via i nemici, è il tratto distintivo dell'emergenzialismo legislativo e giurisprudenziale.

Perciò, tanto più se si tiene conto della vigenza di un apparato 'anticorruzione' le cui espressioni legislative e giurisprudenziali risultano, prevalentemente, dissonanti rispetto alle direttive costituzionali, occorre comprendere se la prospettazione giuridica contenuta nella pronuncia annotata – che, per l'importanza dei temi che involge, aspira a porsi come 'guida' verso una nuova frontiera del 'diritto penale della pubblica amministrazione' – sia davvero conforme alle istanze di valore affermate dalla nostra *Magna Charta*. Il percorso che essa mostra è nuovo. Meglio, allora, cercare di capire in anticipo, seguendo le tracce argomentative abbozzate in precedenza, se vi è il rischio che tale strada, una volta imboccata, risulti senza uscita...

3.1. La questione centrale: l'attività parlamentare di indirizzo politico non può essere iscritta nello 'statuto penale della pubblica amministrazione'

La lettura della decisione della Suprema Corte e le considerazioni formulate in prima battuta rendono più agevole la delimitazione del piano espositivo.

La questione centrale è la seguente. Riprendendo la sentenza, vi si legge che nel patto qualificato come corruttivo sarebbe stata «dedotta l'attività del De Gregorio, intesa come pluralità di atti inerenti alla stessa, comprensiva

²⁹ A.R. CASTALDO, *Luci e ombre dell'anticorruzione*, in ID., *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Torino, 2016, p. 34.

³⁰ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Volume I* (V ed.). *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 2013, p. 7.

³¹ Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018, p. 2.

³² *Ivi*, p. 1.

dell'incarico, già assunto, di Presidente della Commissione Difesa, nel presupposto che la stessa concorresse nel suo concreto divenire a realizzare l'aspirazione del Berlusconi a far cadere il Governo Prodi» (p. 70).

Ebbene, in base a tale inquadramento della *quaestio facti*, può davvero sostenersi che il De Gregorio, per la veste funzionale concretamente attribuitagli dalla stessa Cassazione nella ricostruzione del contenuto del vincolo sinallagmatico, fosse qualificabile come “pubblico ufficiale”?

Qui non è in discussione che il parlamentare possa indossare anche, per così dire, l'abito del “pubblico ufficiale”. Quel che si contesta è che tale veste giuridica gli venga attribuita sempre e comunque, senza verificare se in concreto ne ricorrano i requisiti tipici.

Ma procediamo con ordine. Costituisce dato ormai acquisito che il concetto penalistico di ‘pubblica amministrazione’ è più ampio di quello di marca giuspubblicistica, poiché comprende, oltre all'attività amministrativa *stricto sensu* intesa, anche «[...], in parte, quella **legislativa** e [quella] giudiziaria³³» Infatti, il I comma dell'art. 357 c.p. assegna la qualifica di p.u. a «*coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*». Al riguardo, occorrono due rapide precisazioni, che appaiono utili per impostare la risposta all'interrogativo formulato.

La prima: mentre per la funzione amministrativa si è resa necessaria, al II comma dell'art. 357, una specificazione definitoria (introdotta dalla l. n. 86/1990 e modificata dalla l. n. 181/1992) diretta a tassativizzarne la portata, tale esigenza non si è posta per la funzione legislativa (così come, d'altronde, per quella giudiziaria) visto che è «caratterizzata da connotazioni interne tanto tipicizzate da consentire una diretta e immediata individuazione dei soggetti che la esercitano»³⁴. La “funzione legislativa”, cioè, presenta una caratterizzazione costituzionale così spiccata, chiara, precisa e riconoscibile da non richiedere ulteriori mediazioni definitorie in sede penale. Possiamo linearmente capire in cosa consista rifacendoci alla Costituzione.

La seconda: il riferimento all'esercizio della funzione denota l'adesione del legislatore ad un criterio di stampo oggettivo³⁵ (ampiamente valorizzato dalla riforma del '90), in virtù del quale l'attribuzione della qualifica pubblicistica postula uno scrutinio concreto dell'attività esercitata dall'agente, considerata nella sua oggettiva connotazione, a prescindere dal rapporto di dipendenza dell'a. stesso dallo Stato o da altro ente pubblico³⁶.

³³ C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 3.

³⁴ *Ivi*, p. 38.

³⁵ Cfr. *ivi*, pp. 36-37.

³⁶ In proposito, si veda O. DI GIOVINE, *Le qualifiche pubblicistiche*, in A. MANNA (a cura di) *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Padova, 2007, p. 411.

Una corretta lettura dell'art. 357 c.p. ci porta, dunque, a dire che la qualità di “pubblico ufficiale” non può essere associata, in maniera generalizzata ed astratta, al parlamentare in quanto tale. Piuttosto, il parlamentare potrà essere considerato “pubblico ufficiale” solo se ed in quanto eserciti un'attività che, in base ad un riscontro concreto di carattere oggettivo, si configuri come “funzione legislativa” alla stregua della disciplina costituzionale.

E invece – come accennato – la Cassazione sovrappone integralmente la qualità di parlamentare e quella di p.u., includendo nella nozione di “funzione legislativa” anche funzioni parlamentari che legislative non sono, come quelle «*di indirizzo politico, di ispezione e controllo, di impulso e garanzia*» (p. 47). Inoltre, cita a sostegno di tale tesi l'art. 322-*bis* c.p., che prevede l'applicazione di una serie di fattispecie, tra le quali quelle in materia di corruzione, anche ai “membri del Parlamento europeo”, benché questa destinazione categoriale faccia, piuttosto, risaltare per contrasto la matrice irriducibilmente selettiva dell'art. 357, che, per l'appunto, non contiene un generico richiamo ai ‘membri del Parlamento’, ma si sofferma sul profilo qualificante dell'esercizio di una pubblica funzione (per quel che in questa sede ci interessa) legislativa.

In tal modo, i giudici di legittimità compromettono la tassatività della previsione codicistica in relazione ad entrambi i profili poc'anzi lumeggiati. Infatti, per un verso, disconoscono la valenza tipicizzante del riferimento all'esercizio della funzione legislativa, che – come chiarito – rimanda al parametro più vincolante che possa esserci, ossia alla Costituzione. Per altro verso, facendo discendere automaticamente la qualifica di p.u. dal ruolo istituzionale di parlamentare, obliterano quel doveroso accertamento, da effettuare in concreto, in merito al tipo di attività esercitata, che è specificamente richiesto dal ‘criterio oggettivo-funzionale’ accolto dall'art. 357 del codice penale.

Tutto questo, per sostenere una costruzione giuridica che si regge, innanzitutto, sul presupposto della qualificabilità del De Gregorio come “pubblico ufficiale”.

Invero, nella *species facti* enucleata dalla Suprema Corte l'attività ascritta al parlamentare non ha natura legislativa, né i termini dell'inquadramento possono mutare per effetto del richiamo ‘statico’ al ruolo di Presidente della Commissione Difesa che, astrattamente considerato, non assume alcun rilievo esplicativo, atteso che – lo si ribadisce – la veste di p.u. si collega non al mero legame di appartenenza soggettiva all'istituzione parlamentare, ma all'esercizio della funzione legislativa, da verificare caso per caso, nella dimensione effettiva della attività svolta.

Infatti, nella sentenza manca una determinazione analitica dei singoli atti dai quali ricavare in via inferenziale la funzione sottostante. E ciò si spiega, da un punto di vista giuridico, alla luce dell'esigenza di ‘tener fede’ all'impegno di non scrutare gli atti attraverso i quali si manifesta l'esercizio della funzione. La Cassazione – ricordiamolo – si muove, infatti, lungo il sentiero impervio di un difficile equilibrio tra

L'insindacabilità sancita dall'art. 68 Cost. e la classificabilità di diritto comune/perseguibilità penale che Essa ha associato alla condotta 'esterna' alla funzione.

Dunque, in assenza di una descrizione puntuale, i contorni dell'attività dedotta nell'accordo possono chiarirsi e definirsi solo in una prospettiva 'teleologica'. Possiamo capire di che funzione si tratti solamente in rapporto all'obiettivo finale al cui conseguimento l'attività medesima è rivolta. E questo 'scopo caratterizzante' è quello di *far cadere il Governo* in carica, ossia di far venir meno – con espressione tecnicamente più calzante – il rapporto fiduciario tra il Parlamento e il Governo in carica. È unicamente tale ipotetico esito a 'colorare' la funzione. Non abbiamo a disposizione altre 'narrazioni istituzionali'.

Ma ciò significa che tale attività – che è oggetto del mercimonio incriminato e il cui esercizio dovrebbe attribuire la qualità di "pubblico ufficiale" al parlamentare della nostra massima – attiene ad un piano diverso da quello legislativo. Difatti, non concerne l'approvazione di leggi costituzionali o di leggi ordinarie o di 'leggi delega' o di 'leggi di conversione di decreti legge'³⁷, ma ha a che vedere, esclusivamente, con il rapporto di fiducia intercorrente tra Parlamento e Governo. È verso questa inequivoca direzione politico-istituzionale che si orienta la trattativa. E la ricognizione del carattere non legislativo della funzione parlamentare negoziabilmente dedotta sarebbe già di per sé sufficiente a confutare l'assunto della sussistenza della qualifica di p.u. in capo al parlamentare *de quo*, così precludendo alla radice la prospettazione dello 'schema corruttivo' elaborato dalla Corte di Cassazione.

Nondimeno, per dare maggiore respiro sistematico al nostro discorso, possiamo anche cercare di focalizzare la natura di tale attività. Si tratta – è bene ribadirlo – di un percorso ricostruttivo ancorato all'orientazione finalistica del patto, poiché la Cassazione, non potendosi addentrare in nessuno scrutinio sui singoli momenti di esercizio della funzione, non ci fornisce elementi obiettivi.

Pertanto, occorre chiedersi quale sia la funzione parlamentare sottendibile alla votazione e (specularmente) alla revoca della fiducia al Governo, per come fisiologicamente disciplinate dall'art. 94 della Costituzione.

Al riguardo, sembra utile partire dalla risposta fornitaci dalla stessa istituzione parlamentare. Risposta che risulta particolarmente importante, in quanto specificamente indirizzata ai consociati attraverso i nuovi canali informatici della comunicazione istituzionale, secondo una logica divulgativa che – pur nei limiti connaturati alla variabile e facoltativa fruizione da parte dei destinatari – può ricondursi ad una condivisibile istanza di valorizzazione del dialogo partecipativo tra Stato e cittadini.

Ebbene, sul sito della Camera³⁸, in sezioni dedicate alle informazioni e agli approfondimenti, nel descrivere le funzioni parlamentari, si sottolinea che il Parlamento, oltre alla funzione legislativa, esercita

³⁷ Cfr. C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 38.

³⁸ www.camera.it

le funzioni di indirizzo politico e di controllo sull'attività del Governo e che la funzione di indirizzo politico si collega proprio a quel rapporto fiduciario con il Governo, le cui 'vicende normative' (dalla instaurazione alla cessazione) abbiamo già costituzionalmente iscritto nella cornice disciplinativa dell'art. 94. In verità, questo inquadramento, proprio perché diretto a diffondere nozioni basilari di cultura costituzionale presso l'opinione pubblica e destinato, quindi, ad incidere sui meccanismi formativi della 'conoscenza parallela nella sfera laica' elevandone il tasso di consapevolezza tecnica, si rivela qui particolarmente prezioso. Ci dice con chiarezza che le funzioni parlamentari non possono ridursi a quella legislativa e che la fenomenologia della relazione fiduciaria tra Parlamento e Governo rappresenta l'espressione di una specifica e fondamentale funzione parlamentare diversa da quella legislativa. Si tratta della funzione di indirizzo politico.

Ma se questo è un dato epistemologico tanto elementare da essere assunto ad oggetto di alfabetizzazione costituzionale del cittadino comune, se, cioè, si è al cospetto di una nozione tanto scontata da farla rientrare tra quelle cognizioni fondamentali che possono/devono concorrere a formare il patrimonio collettivo della cultura civica di una comunità democraticamente cosciente ed impegnata, evidentemente possiamo già affermare che non v'è alcuna ragione legittima per cui l'interpretazione penalistica possa discostarsene.

Da un punto di vista costituzionalistico, poi, il tema della enucleazione teorica dell'indirizzo politico è così vasto e articolato da non poter essere esaustivamente affrontato in questa sede.

Perciò, senza alcuna pretesa di completezza, possiamo solo ricordare che, nella sistematica delle funzioni pubbliche dello Stato contemporaneo, l'indirizzo politico viene considerato come una vera e propria quarta funzione³⁹; segna il superamento della tradizionale tripartizione dei poteri e, in via di prima approssimazione, può definirsi come attività che, entro i limiti contenutistici e procedimentali costituzionalmente apposti, è «diretta essa stessa a formulare i fini fondamentali dell'azione statale»⁴⁰.

Se ricostruiamo le coordinate storico-normative di questa nozione dobbiamo rilevarne il legame genetico con la forma di governo parlamentare⁴¹. In tale contesto istituzionale incomincia, infatti, ad emergere

³⁹ Sul punto, v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, X ed., Torino, 2009, p. 76.

⁴⁰ E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, IV ed., Bologna, 1994, p. 309.

⁴¹ Al riguardo, appare significativa la testimonianza dottrinale offertaci da G. ARCOLEO, *Il gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881, pp. 189-190, che coglie *in fieri* la delicatezza della relazione dualistica sottesa al modello del governo parlamentare, nel quale «il Gabinetto [...] ha un'azione propria, indipendente nel dirigere le varie attività dello Stato, il che dipende dallo intrinseco suo carattere di Governo: ma insieme ha l'obbligo di dar conto della sua azione al Parlamento, e ciò per la connessione che ha con l'Assemblea». Ebbene, in tale descrizione, che sottolinea il carattere non meramente esecutivo dell'azione governativa e, nel contempo, la responsabilità politica del Governo di fronte al Parlamento (che ne è base legittimante), appare già ben delineata una prima raffigurazione di quella dialettica interorganica, dinamicamente articolata, attraverso la quale si formano le scelte di scopo espressive dell'esercizio della funzione di indirizzo politico.

l'esigenza di sottrarre al controllo giurisdizionale quegli atti del governo che si configurino, per l'appunto, come 'atti politici' in quanto *emanati nell'esercizio del potere politico*, secondo una formula normativa attestata nel nostro ordinamento a partire dai lavori preparatori della «legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato»⁴² e, poi, consacrata dall'art. 31 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, successivamente trasposto nell'art. 7, comma I, del «codice del processo amministrativo» del 2010.

Ovviamente, una volta entrata in vigore la Costituzione, l'ampiezza della funzione sottostante alla categoria degli 'atti politici' deve essere ragguagliata alle peculiarità degli assetti costituzionali. Pertanto, in dottrina si individuano due 'circuiti' di manifestazione della funzione di indirizzo politico, entrambi legati alla declinazione costituzionale delle dinamiche democratiche: l'uno collegato ai meccanismi attuativi del 'principio di maggioranza', l'altro al sistema dei 'contrappesi costituzionali'.

Il primo circuito «si *attiva* nel rapporto Corpo elettorale-Parlamento attraverso le elezioni (art. 48 Cost.) e nel rapporto Parlamento-Governo attraverso il voto di fiducia (art. 94 Cost.), mentre si *disattiva*, nel primo caso, attraverso lo scioglimento delle Camere (art. 88 Cost.) e, nel secondo, attraverso la sfiducia (o, come accade nelle crisi extraparlamentari, attraverso le dimissioni del Governo comunque determinate)»⁴³.

Il secondo circuito, invece, si correla all'operato del Capo dello Stato e della Corte costituzionale, in quanto organi chiamati a svolgere un ruolo di difesa dei valori costituzionali, attraverso l'esercizio (diversamente modulato in ragione delle rispettive competenze) di una attività di controllo delle scelte politiche di maggioranza⁴⁴. Si tratta, insomma, di un circuito di garanzia, volto a controbilanciare il primo, in modo da contrastare il rischio che da una assolutizzazione delle logiche maggioritarie derivi una vera e propria 'tirannide della maggioranza'.

In un'ottica di adeguamento costituzionale, riferendosi in maniera specifica agli atti (che, da un punto di vista logico-giuridico, si presentano come il prodotto finale dell'esercizio della funzione), altro orientamento ritiene, poi, che sia più corretto parlare di «*atti costituzionali politici*»⁴⁵, ossia di atti emanati da organi politici, che, in ragione della loro matrice costituzionale, sono sottratti alla giurisdizione ordinaria o amministrativa. Viene così individuata una categoria dalla quale sono esclusi sia i meri atti di governo (sui quali si concentrano le formule normative evocate) sia gli atti costituzionali non politici, quali, ad esempio, le sentenze della Corte costituzionale. Al contrario, ne fanno parte «gli atti di autoregolazione e

⁴² E. CHELI, *op. cit.*, p. 303.

⁴³ *Ivi*, p. 306.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 307.

⁴⁵ R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in www.forumcostituzionale.it, 9 ottobre 2012, p. 6.

di autorganizzazione delle Camere [...], nonché gli atti di indirizzo e controllo delle assemblee e degli altri organi parlamentari, gli atti di sindacato ispettivo e gli atti di inchiesta rivolti all'esterno dell'ordinamento di ciascuna Camera funzionali ad acquisire elementi di conoscenza e documenti a supporto dell'esercizio della funzione parlamentare, nonché gli ulteriori atti parlamentari atipici posti in essere nell'esercizio delle funzioni delle Camere»⁴⁶.

Ora, al di là delle variabili geometrie della categoria degli 'atti politici' e della funzione corrispondente, preme mettere a fuoco che, anche in quest'ultima versione, l'esistenza di una funzione parlamentare di indirizzo politico risulta incontestabile.

Il Parlamento, infatti, ha una sua funzione di indirizzo e controllo politico che si manifesta nella dialettica fiduciaria con il Governo e che non può essere confusa con la funzione legislativa, viste, tra l'altro, le differenti collocazioni topografiche dei rispettivi regimi all'interno della Costituzione.

Per questo motivo, definire "pubblico ufficiale" il parlamentare che eserciti non la funzione legislativa (come tassativamente richiesto dall'art. 357 c.p.) ma la funzione di indirizzo politico (che è costituzionalmente altra rispetto a quella legislativa) costituisce un'operazione creativa di stampo analogico.

Operazione tanto più incomprensibile perché realizzata su un terreno disciplinare che non presenta quelle caratteristiche di precarietà, incertezza e fluidità che contraddistinguono l'esperienza giuridica 'postmoderna'⁴⁷ e che, nello specchio della prassi giurisprudenziale, si associano al crescente disallineamento tra *law in the books* e *law in action* fino al profilarsi di una vera e propria «giurisprudenza giuscreativa»⁴⁸, antagonisticamente sostitutiva della fonte legislativa.

Nell'ipotesi considerata dalla Cassazione, invero, non vi è possibilità di equivoco. Sul piano generale, il 'mosaico normativo' risulta chiaramente ed armonicamente composto. Pertanto, collocandosi nell'orizzonte 'penal-parlamentare', l'affermazione della 'tipicità corruttiva' richiede il preliminare accertamento della sussistenza della qualità di "pubblico ufficiale" in capo al parlamentare; tale qualifica soggettiva (ai sensi dell'art. 357, I comma, c.p.) poggia sull'esercizio della "funzione legislativa"; e la "funzione legislativa", a sua volta, presenta connotati di indiscutibile univocità che le derivano dall'essere inderogabilmente definita a livello costituzionale.

Nel caso storico esaminato viene, però, in rilievo l'esercizio da parte del parlamentare di un'attività che, per come ipoteticamente prospettata dalla stessa Suprema Corte (data la più volte evidenziata

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ In argomento, si veda R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in ID. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2017, pp. 9 ss.

⁴⁸ A. MANNA, *Il principio di legalità*, in *Arch. pen.*, n. 3/2017, p. 2, cui si rinvia per la disamina delle nuove declinazioni del 'principio di legalità' alla luce dei (paradigmatici) casi Contrada, Taricco e De Tommaso.

impossibilità di un sindacato su singoli atti concretamente verificati), inerisce solo ed esclusivamente alla relazione fiduciaria tra Parlamento e Governo. E questo tipo di attività non ha natura legislativa, ma si identifica nel modello della funzione parlamentare di indirizzo politico, alla stregua di una distinzione che, lungi dal rimanere relegata nei confini della riflessione dottrinale, rientra piuttosto tra i fondamenti della ‘grammatica costituzionale’, al punto da ritenersene democraticamente necessaria la conoscenza da parte della comunità statale tutta.

Dunque, nell’ipotesi scrutinata, il difetto di qualifica soggettiva inibisce alla radice il giudizio di tipicità che la Cassazione raccorda all’art. 318 c.p., tanto nella precedente quanto nella nuova versione, seguendo la linea di continuità normativa che unisce la ‘corruzione impropria’ e la “corruzione per l’esercizio della funzione”. La mancanza della qualità di “pubblico ufficiale” rappresenta uno sbarramento prioritario e ineludibile, che, a rigore, esonera dall’approfondimento di ulteriori questioni. E questo vuoto di tipicità non può essere legittimamente colmato, a meno che non si voglia assecondare quella ‘cultura giudiziaria’ che considera la legge come «molle cera nelle mani dei giudici»⁴⁹.

Ma a ciò ostano le istanze garantistiche del *nullum crimen*, che, «in ragione delle particolari connotazioni della sanzione [penale], che incide tanto direttamente e intensamente in diritti fondamentali della persona», comporta, tra l’altro, che «nessun “rappresentante” della “coscienza sociale”, nessuna “comunità di sapienti” [possa] essere affidataria del potere di creare la regola penale mentre la applica al caso, e di consolidarla poi nella prassi applicativa»⁵⁰, tale compito essendo, invece, attribuito alla legge che è, per definizione, «il prodotto di un decisore politico rappresentativo»⁵¹.

D’altronde, la manipolazione di un dettato normativo costituzionalmente così pregnante – ampliando imprevedibilmente il fronte di tutela penale della pubblica amministrazione fino a ricomprendervi l’esercizio di attività di carattere politico-parlamentare (il ‘far cadere il Governo’) ad esso estranee per ragioni legali il cui significato costituzionale di fondo è percepito finanche dall’opinione pubblica ‘laica’, al riguardo corroborata dalla comunicazione istituzionale – compromette «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione». Travolge, cioè, quell’istanza di garanzia – messa in rilievo dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale – che esprime il significato profondo del ‘principio di legalità’ e che presenta una fondamentale connessione, sul versante delle concezioni della pena, con il modello della ‘prevenzione integratrice di stampo personalistico»⁵².

⁴⁹ G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, p. 291.

⁵⁰ S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, cit., p. 39.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Sul tema, si rinvia a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., pp. 377 ss.

E una simile deriva risulta tanto più preoccupante ove si consideri l'incidenza (potenzialmente incontrollabile) di questo inedito paradigma 'corruttivo-parlamentare' sulle dinamiche della democrazia rappresentativa...

3.2. Il rischio di una espansione compulsiva del (neo)paradigma corruttivo elaborato dalla Cassazione

La soluzione dommatica illustrata sembra dirimente. Tuttavia, possono formularsi alcune rapide considerazioni riguardanti ulteriori profili critici del modello criminoso costruito dalla Suprema Corte, colto nelle sue paradossali e pericolose ricadute politico-criminali ed istituzionali.

Come visto, il disegno ermeneutico coltivato dai giudici di legittimità deve confrontarsi con le garanzie di insindacabilità riconosciute al parlamentare dall'art. 68 della Costituzione⁵³. Tale problematico rapporto viene definito ricorrendo ad un sofisticato ed ingegnoso espediente tecnico-giuridico: mentre gli atti che costituiscono esercizio della funzione, essendo 'coperti' dall'art. 68 Cost., sono imperscrutabili e, pertanto, non soggiacciono al sindacato penale, il segmento comportamentale 'esterno' rispetto all'esercizio della funzione è passibile di qualificazione secondo il diritto comune e, quindi, può essere sottoposto anche al controllo del giudice penale.

Da ciò un primo paradosso: il sistema 'scalare' delle fattispecie corruttive, predisposto dalla riforma del 2012 in modo che la "corruzione per l'esercizio della funzione" (in ossequio al principio di specialità) debba applicarsi solo in via residuale rispetto alla, più grave, fattispecie della "corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio"⁵⁴, allorché è calato nello scenario parlamentare risulta 'geneticamente modificato'. Viene, cioè, privato, *ab origine*, della possibilità di applicazione della figura criminosa che, tra le due, in base al giudizio legislativo trasfuso nelle cornici edittali, dovrebbe corrispondere ad un fascio di ipotesi connotate da un più elevato tasso di offensività.

Così, la progressione di tutela costruita dal legislatore del 2012, a contatto con l'attività parlamentare, si spezza. Ne viene eliminata l'articolazione più incisiva, visto che, secondo lo schema adottato dalla Cassazione, al parlamentare non potrà mai contestarsi l'art. 319 c.p., ma solo ed esclusivamente l'art. 318. E, a onor del vero, non è dato comprendere che senso abbia insistere sulla configurabilità dell'art. 318 se viene rimossa *in nuce* la stessa configurabilità della fattispecie più grave. Infatti, la considerazione dei nessi

⁵³ In argomento, si vedano G. ZAGREBELSKI, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979 e A. PIZZORUSSO, *Dissonanze e incomprensioni tra la concezione penalistica e la concezione costituzionalistica delle immunità parlamentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 566.

⁵⁴ Cfr., D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *federalismi.it*, n. 23/2012, p. 6.

di complementarità sistemica che legano le due figure dovrebbe indurre, piuttosto, ad escludere l'applicabilità di entrambe.

D'altro canto, l'incoerenza di questo esito politico-criminale non dipende certo dal rispetto dell'autonomia del parlamentare, quanto piuttosto da una forzata istanza di legittimazione del controllo penalistico (almeno parziale) dell'attività dello stesso.

Ma la legittimazione di tale, invasivo controllo è foriera di altri e ben più preoccupanti paradossi.

Come già osservato, non si sottopone a scrutinio l'esercizio della funzione e, tuttavia, si assoggettano a sindacato i motivi di esercizio della funzione, la 'programmazione' che è sottesa al compimento degli atti, l'elaborazione dello svolgimento dell'attività. Insomma, questo controllo introspettivo o, comunque, esteso alla quotidianità extraistituzionale del parlamentare reca in sé evidenti rischi autoritari e, soprattutto, determina uno spostamento del baricentro dell'accertamento penale verso le inclinazioni, lo stile di vita, i propositi, i percorsi interiori⁵⁵ del parlamentare, che sarà (apparentemente) libero nell'aula o nel sicuro recinto delle sedi istituzionali, ma completamente in balia delle interferenze giudiziarie allorquando si esporrà al rischio di discutere, negoziare, formulare le future scelte funzionali al di fuori dei contesti istituzionalmente ortodossi.

In tal modo alle conseguenze deleterie prodotte dall'affermarsi di un diritto penale incentrato sul 'tipo d'autore' si affiancano i problemi di una reale ingerenza nei processi decisionali intimi del parlamentare, che vedrà irrimediabilmente inficiata la sua autonomia. Il 'foro interno', baluardo estremo della libertà individuale, viene aggredito con furore (neo)inquisitorio per giudicare e punire le ragioni che, a monte, hanno condotto a votare in un certo modo.

E, siccome non vi è un criterio discrezionale predeterminato che consenta di discernere la extrafunzionalità di una trattativa, già può intuirsi che la concreta implementazione giudiziaria di questo limite (dal quale dipende la punibilità del parlamentare a titolo di "corruzione per l'esercizio della funzione") sarà rimessa al soggettivismo del giudice. L'intuizionismo giudiziario sarà orientato solo da precomprensioni di carattere etico e, addirittura, estetico. L'extrafunzionalità della condotta perseguita verrà 'fiutata' dal giudice penale sulla base di indici sintomatici arbitrariamente declinabili e manipolabili.

Caso per caso, a seconda delle circostanze, nella sua signoria conoscitiva, il 'giuscreante' potrà 'colorare' a suo piacimento condotte realizzate in ambientazioni scenograficamente antitetiche... Si sono incontrati in un hotel di lusso (non importa se al termine di una conferenza): l'accordo si carica di connotazioni affaristiche. Si sono incontrati in un'umile e defilata casa di campagna: la trattativa si colora delle tinte fosche che nell'immaginario collettivo si associano ai *summit* della criminalità organizzata.

⁵⁵ Sul tema della 'colpa d'autore', v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, ristampa, Napoli, 2006, pp. 157 ss.

Si tratterà pure di scene narrativamente efficaci da un punto di vista letterario, cinematografico o giornalistico, ma denotano una deriva extralegale di stampo premoderno. L'assenza di parametri certi, determinata dalle forzature ermeneutiche della Cassazione, apre, infatti, il campo ad insindacabili (ri)costruzioni potestative da parte dell'autorità giudiziaria, intrise di valutazioni meramente moralistiche⁵⁶, non filtrate previamente dal 'setaccio legale' di tipicizzazioni normative rispettose dei principi politico-criminali sanciti dalla Costituzione. Con buona pace dei principi di 'legalità, 'materialità' ed 'offensività'⁵⁷... Dunque, riepilogando, con un'operazione analogica si forzano le 'porte d'ingresso' della funzione di indirizzo politico; con lo stratagemma dell'extrafunzionalità si supera il limite fissato dall'art. 68 della Costituzione, già pesantemente depotenziato (rispetto all'originario disegno dei Costituenti) da una modifica di chiara matrice emergenziale⁵⁸ approvata nel pieno di 'mani pulite'; l'implementazione dell'extrafunzionalità è affidata all'arbitrio del giudice, che si servirà di sensazioni emotive e di personali considerazioni di carattere antropologico e morale, in dispregio del modello costituzionale del 'fatto offensivo'.

E tutto questo, in definitiva, per sanzionare penalmente un 'passaggio di schieramento politico', laddove l'art. 67 della Costituzione afferma l'opposto principio della libertà del mandato parlamentare, storicamente concepita come «l'espressione per eccellenza della rappresentanza politica, proprio perché consente in principio al parlamentare di non dover sottostare a istruzioni, ordini o sanzioni nell'esercizio delle sue funzioni»⁵⁹.

Certo, è ben comprensibile che, da un punto di vista etico, si critichi, e con forza, la deriva pecuniaria dell'attività politica⁶⁰. E si è ben consapevoli dei problemi legati al generalizzato e trasversale affermarsi del modello del «"partito personale" [...] dominato dal suo *leader*, nei confronti del quale la macchina

⁵⁶ Per una affermazione dell'autonomia del diritto penale rispetto ad ipoteche di carattere meramente morale, cfr. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, pp. 215 ss.

⁵⁷ Per un'analisi dell'opera di valorizzazione del principio di offensività – principio cogente tanto per il legislatore quanto per il giudice – portata avanti dalla Corte costituzionale, si rinvia a C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 91 ss.

⁵⁸ Sul punto, si vedano le osservazioni di G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, settima edizione, Bologna, 2014, p. 152.

⁵⁹ C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, p. 2. In argomento, si vedano anche A. CERRI, *Osservazioni sulla libertà del mandato parlamentare*, in *federalismi.it*, n. 13/2018 e N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991.

⁶⁰ In generale, sul rapporto tra danaro e politica, si veda M. LUCIANI, *Danaro, politica e diritto*, in *Costituzionalismo.it*, 3 febbraio 2006, *passim*.

organizzativa è ridotta in funzione servente, strumento di trasmissione del comando politico»⁶¹, cui corrispondono su scala locale le peculiari *leadership* personalistiche incarnate da Sindaci e Governatori⁶². Nondimeno, proprio questa consapevolezza spinge a ritenere che tali questioni – che investono tutte le democrazie contemporanee e la cui complessità è destinata ad accentuarsi nell’intersezione con l’uso pervasivo delle tecnologie telematiche e con i preoccupanti processi tecno-finanziari di elaborazione e gestione dei *big data*⁶³ – non possano trovare la loro soluzione in un (costituzionalmente criticabile) modello criminoso creato dal giudice, poiché non è certo questo lo strumento adeguato ad affrontare il problema della «elevata disfunzionalità del circuito rappresentativo»⁶⁴.

Se la democrazia rappresentativa è in crisi, occorre reperire soluzioni conformi ai principi costituzionali e, nel merito, capaci di valorizzare le ragioni del «costituzionalismo pluralista e conflittuale»⁶⁵ che postula, innanzitutto, il rispetto delle dinamiche ‘polifoniche’ che – al di là delle semplificazioni di ispirazione radicalmente maggioritaria – contraddistinguono costitutivamente i processi democratici di mediazione politica.

E il ‘giudice legislatore’⁶⁶, forgiando la fattispecie della ‘corruzione del parlamentare per l’esercizio della funzione di indirizzo politico’, finisce col vulnerare duplicemente l’assetto democratico dello ‘Stato costituzionale di diritto’.

Infatti, per un verso, esercitando una impropria funzione di normazione penalistica, invade il campo della competenza parlamentare e, dunque, (ancora una volta) inficia la *ratio* democratica della riserva di legge in materia penale, che storicamente si riconnette al pluralismo dialettico del confronto politico garantito dalla conformazione stessa del procedimento legislativo⁶⁷ e alla legittimazione popolare piena e diretta della quale è depositario il Parlamento e non anche il giusdicente⁶⁸.

Per altro verso, delineando questo specifico paradigma corruttivo, apre la strada ad un penetrante controllo penalistico avente ad oggetto proprio quella (permanente) dialettica politica che risulta sempre sottesa ai processi della rappresentanza parlamentare. E questo controllo, a maggior ragione se si volge

⁶¹ S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *federalismi.it*, n. 19/2015, p. 3.

⁶² Al riguardo, si rinvia all’analisi offertaci da S. STAIANO, *Dai Sindaci ai Governatori*, in *federalismi.it*, n. 19/2012, *passim*.

⁶³ Cfr. S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2017, pp. 40-42.

⁶⁴ *Ivi*, p. 42.

⁶⁵ L’espressione è utilizzata da G. AZZARITI, *Mediazione politica e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo n. 2/2017, p. 2, il quale sottolinea la necessità di tornare a «ricercare i fondamentali su cui s’è edificato il costituzionalismo pluralista e conflittuale, che ha sorretto la cultura democratica più sensibile alle ragioni dei diritti delle persone concrete».

⁶⁶ Secondo la felice definizione proposta da S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, cit.

⁶⁷ Cfr. V. MAIELLO, *Il bicameralismo asimmetrico nello specchio della riserva di legge in materia penale*, in *federalismi.it*, n. 15/2016, p.3.

⁶⁸ Cfr. S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, cit., p. 39.



lo sguardo «alla disarticolazione di ogni assetto pregresso del contesto partitico e all'impossibilità di fare serie previsioni quanto ad assetti futuri»⁶⁹, potrebbe estendersi fino a raggiungere esiti iperbolici.

Infatti, muovendosi nel quadro della 'tipicità giurisprudenziale' definita dalla Cassazione, l'art. 318 c.p., a rigore, potrebbe applicarsi anche all'accordo politico in virtù del quale un parlamentare – politicamente o numericamente importante in un contesto caratterizzato dalla mancanza di equilibri stabili tra le varie forze partitiche – si impegna a sostenere la 'nascita' e la 'vita' di un Governo, votando la fiducia e garantendone la tenuta della maggioranza in Parlamento, in cambio della promessa di una nomina ministeriale per sé o per un esponente della sua corrente. Tale nomina, infatti, ben può ricondursi al concetto di *altra utilità* (per sé o per un terzo), che l'art. 318 individua, oltre al denaro, quale possibile corrispettivo dell'asservimento della funzione. E lo stesso predicato di tipicità potrebbe imprimersi alle ipotesi in cui la contropartita di tale trattativa sia rappresentata dall'elezione di un membro del CSM o di un giudice costituzionale o dello stesso Presidente della Repubblica...

Insomma, aperto il varco al giudice penale, questi potrebbe addirittura spingersi a sindacare i percorsi dialettici che stanno dietro alle designazioni di tutti i 'vertici' della vita istituzionale del Paese.

Si tratta di un rischio che già Vittorio Emanuele Orlando aveva intuito laddove, con riguardo ad un possibile intervento legislativo teso a colmare il vuoto della rilevata non punibilità della corruzione del parlamentare – intervento auspicato da Impallomeni e (in linea teorica) condiviso dallo stesso Orlando – , aveva manifestato tutta la sua perplessità in merito alla possibilità che il parlamentare fosse perseguito anche nell'ipotesi di voto dato per «ottenere un Sottosegretariato di Stato»⁷⁰.

Dopo più di un secolo quello scenario sembra essersi concretizzato. E non prende corpo in un progetto di riforma, ma in una sentenza della Cassazione che mette a repentaglio principi fondanti della nostra Costituzione.

Al lettore il compito di scegliere se guardare il 'dito' (la singola vicenda processuale) o la 'luna' (i principi costituzionali a rischio)...

⁶⁹ S. STAIANO, *L'incertezza (anche) delle regole sull'incarico*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, p. 2.

⁷⁰ «Vedremo noi tradotti in Corte di Assise i deputati rei non solo di aver ricevuto denari da una banca, ma di qualunque simonia politica e per qualunque caso di voto dato non conforme a coscienza ma per conseguire una "utilità qualsiasi" (art. 171 Cod. Pen.)... compresa quella di ottenere un Sottosegretariato di Stato ?!». Così, con straordinaria modernità comunicativa, V.E. ORLANDO, *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento*, cit., p. 139.