

# NOTA INTRODUTTIVA

Il 28 novembre 2012, quindici giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (n. 265/2012), è entrata in vigore la legge 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", generalmente nota come "legge anticorruzione", approvata al termine di un lungo e tormentato percorso parlamentare iniziato con il disegno di legge S. 2156, presentato nel marzo 2010 dall'allora Ministro della giustizia Alfano.

Si tratta di un intervento normativo che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto rafforzare l'efficacia e l'effettività dell'apparato preventivo e repressivo contro il fenomeno corruttivo, in modo da meglio adeguare il nostro sistema agli standard internazionali in materia, anche in esecuzione di strumenti sovranazionali già ratificati dal nostro Paese (l'art. 1, comma 1 richiama espressamente la "Convenzione ONU contro la corruzione" del 31 ottobre 2003 e la "Convenzione penale sulla corruzione" fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999).

Nello scritto del dott. Giuseppe LEOTTA (*infra*) sono efficacemente illustrati gli aspetti più significativi della nuova normativa con opportuni collegamenti anche alle fonti internazionali, che avrebbero dovuto costituire il costante riferimento per il legislatore ma che sono purtroppo rimaste disattese in alcuni punti non secondari.

E' innegabile che, nel complesso, la novella costituisca un miglioramento della normativa previgente ma il risultato finale non può dirsi pienamente soddisfacente perché il microsistema esitato dalla riforma presenta vuoti e disarmonie che, verosimilmente, creeranno problemi interpretativi con il rischio di incrinare, in qualche misura, gli effetti di quell'azione di prevenzione e repressione che si voleva rafforzare.

In relazione alle disposizioni di carattere penalistico, tra i vuoti e le disarmonie può certamente annoverarsi il fatto che la novella non si sia minimamente preoccupata di trovare un coordinamento con le disposizioni di diritto penale militare che prevedono reati contro l'amministrazione militare commessi da militari aventi funzioni amministrative o di comando e segnatamente: peculato militare (art. 215 c.p.m.p.); malversazione a danno di militari (art. 216 c.p.m.p.); peculato militare mediante profitto dell'errore altrui (art. 218 c.p.m.p.); cd. peculato del finanziere (art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383); pena accessoria della rimozione (art. 219 c.p.m.p.).

Come ben sanno gli operatori della materia, non è la prima volta che il legislatore omette di calibrare anche sulla legislazione penale militare i propri interventi innovativi in ambito penale e processualpenale comune.

Emblematica è stata la mancanza di qualsivoglia considerazione delle corrispondenti fattispecie penali militari (ad esempio, il furto militare di cui all'art. 230 c.p.m.p. rispetto al furto p. e p. dall'art. 624 c.p.) quando nel codice di procedura penale del 1988 si è trattato di elencare nominativamente, nell'art. 381, comma 2 c.p.p., i reati per i quali, a determinate condizioni, è consentito l'arresto in flagranza nonostante una pena edittale inferiore ai limiti che, in base ai criteri generali di cui al comma 1 dello stesso art. 381, legittimerebbero l'arresto; di tal che ancora oggi, e nonostante il risalente, esplicito invito a provvedere formulato dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. 188/96), si verifica un'irragionevole disarmonia nel regime dell'arresto facoltativo in flagranza tra fattispecie criminose sostanzialmente omologhe per tipo di condotta e disvalore.

Non è questa la sede – ovviamente – per ripercorrere diacronicamente le “manifestazioni di indifferenza” del legislatore ed i conseguenti problemi interpretativi ed applicativi (per tutte, si ricorda l'amnistia concessa con il D.P.R. 75/90, che tra i reati interessati inglobava la truffa aggravata prevista dall'art. 234, comma 2 c.p. e non anche la corrispondente truffa militare aggravata di cui all'art. 234, comma 2 c.p.m.p.; disarmonia che è stata rimossa soltanto nel 1997, con la sentenza n. 272 della Corte Costituzionale).

Non si può però fare a meno di rimarcare che nella materia dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione il legislatore è, per così dire, recidivo specifico perché anche quando ridisegnò con la legge 26 aprile 1990, n. 86 taluni dei delitti codicistici del settore ignorò del tutto le omologhe fattispecie del codice penale militare di pace, così creando nuove incongruenze di sistema.

E' noto che con quella riforma le ipotesi di peculato comune per distrazione furono espunte dalla sfera di applicazione dell'art. 314 c.p., con conseguente parziale riconduzione delle stesse nell'alveo della norma di cui all'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio; nel contempo, si attribuì autonoma rilevanza penale all'appropriazione momentanea della cosa (cd. “peculato d'uso”), introducendo un secondo comma nell'art. 314 cod. pen., con la previsione, per tale condotta, di una pena sensibilmente più mite; tutte queste modifiche furono effettuate, però, lasciando invariato l'art. 215 c.p.m.p.

In tal modo si scardinò, all'evidenza, il precedente rapporto tra i due delitti di peculato che la Corte Costituzionale aveva sottolineato sin dalla sentenza n. 4 del 1974 in cui testualmente affermava: “(Tra i due reati) sussiste una sostanziale identità, chiaramente riscontrabile, del resto, nel testo dei rispettivi articoli. I due reati hanno in comune l'elemento materiale e l'elemento psicologico. Identico è, infatti, il loro contenuto, in entrambi offensivo dello stesso bene che si è voluto proteggere: denaro e cose mobili appartenenti allo Stato ; identica, altresì, l'azione tipica delle due azioni criminose concretantesi nell'appropriazione o distrazione di beni da parte di soggetti attivi aventi una specifica qualifica (pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio e militare incaricato di funzioni amministrative o di comando)”.

La corrispondenza tra le azioni tipiche di peculato è stata successivamente ripristinata soltanto dalla Corte Costituzionale che, dopo una prima sentenza di inammissibilità (n. 473/90), ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 215 c.p.m.p., limitatamente alle parole “ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri” (sent. 448/91).

La necessità di salvaguardare il principio di uguaglianza, palesemente violato dalla mancata previsione del peculato militare d'uso, ha poi comportato la declaratoria di 'illegittimità

costituzionale dell'art. 215 e dell'art. 3 L. 1383/41, nella parte in cui tali norme incriminatrici punivano, rispettivamente, il militare e l'appartenente alla Guardia di Finanza che avesse agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa e, dopo l'uso momentaneo, l'avesse immediatamente restituita (sent. 286/08). In tal modo, peraltro, il Giudice delle leggi non ha che formalizzato normativamente, sul punto, la prassi interpretativa costante degli organi giudiziari militari nel ravvisare, dopo l'entrata in vigore della L. 86/90, il reato comune di peculato d'uso e la conseguente giurisdizione dell'A.G. ordinaria nelle fattispecie di uso momentaneo della cosa.

La riforma del 1990 si è quindi risolta, *in parte qua*, nell'accentuazione dei ben noti profili di profonda irrazionalità nel riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice militare: il concetto di "uso momentaneo" sul quale si fonda la qualificazione della condotta appropriativa come peculato militare oppure come peculato d'uso ha, infatti, ineliminabili margini di opinabilità e, dunque, in certe situazioni la stessa ipotesi accusatoria potrebbe essere plausibilmente valutata in un senso o nell'altro dai giudici che si succedono nei vari gradi di giudizio con il rischio di esporre l'iter del processo a stasi (conflitti di giurisdizione) o a regressi radicali (annullamenti per difetto di giurisdizione).

Il tutto con buona pace del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Rispetto alle preesistenti disarmonie cui si è fatto rapidamente cenno, la novella del 2012 poteva rappresentare un'occasione di ricomposizione, almeno parziale; invece, l'ennesima dimostrazione di indifferenza del legislatore ha accentuato i profili di criticità, che, oltretutto, potrebbero essere in futuro ulteriormente acuiti qualora, per effetto dell'art. 9 del codice penale militare di guerra, dovesse sorgere la necessità di applicare ai corpi di spedizione all'estero il codice penale militare di guerra che, ai sensi dell'art. 47, comma 2, n. 2), contempla ai suoi fini, quali reati militari, tra gli altri, i reati del codice penale previsti come delitti contro la pubblica amministrazione (e, dunque, anche quelli riformati dalla L. 190/12).

In particolare, si fa riferimento al fatto che l'art. 1, comma 75 della nuova legge ha aumentato da tre a quattro anni di reclusione la pena minima edittale per il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p., a fronte di una pena minima per il peculato militare che è rimasta fissata a due anni di reclusione.

Si tratta di una differenza di pena edittale davvero macroscopica e del tutto irragionevole tra due fattispecie sostanzialmente analoghe laddove puniscono, rispettivamente, il pubblico ufficiale ed il militare che si appropri di denaro o altra cosa mobile appartenente alla amministrazione pubblica e di cui il reo abbia il possesso in ragione dell'ufficio o del servizio; oltretutto, la differenza si ripercuote anche sull'applicabilità in concreto della sospensione condizionale della pena che, notoriamente, l'art. 163, c. 1 c.p. condiziona ad una pena detentiva inflitta non superiore ai due anni.

Per il reato comune, infatti, pur ammettendo che il giudice, nel caso concreto, intenda fissare la pena base al minimo edittale, il limite dei due anni potrà essere rispettato soltanto nel concorso di almeno due circostanze attenuanti o di almeno una nel caso in cui l'imputato accedesse ai riti alternativi del patteggiamento o del giudizio abbreviato; per il reato militare, invece, qualora il giudice individui la pena base nel minimo edittale, il beneficio risulterà concedibile anche in assenza di circostanze attenuanti.

Queste sostanziali differenze nella possibilità di applicare la causa di estinzione del reato della sospensione condizionale della pena sono tanto più singolari ove si consideri che, in ragione del massimo edittale uguale per entrambi (dieci anni), i due reati di peculato e di peculato militare ritrovano, invece, identica disciplina in relazione ad un'altra causa di estinzione del reato, vale a dire la prescrizione (cfr. art. 157 c.p.).

E l'irrazionalità assume, se possibile, contorni ancora più marcati per il fatto che, poi, in relazione alle pene accessorie conseguenti al reato, il rapporto di maggiore o minore afflittività del trattamento sanzionatorio può capovolgersi in ragione dell'entità della pena principale concretamente inflitta per il reato comune: alla condanna per peculato militare consegue sempre, ai sensi dell'art. 219 c.p.m.p., quantomeno la pena accessoria della rimozione del grado, che toglie in modo definitivo al condannato il grado militare; alla condanna per peculato comune, invece, l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego consegue soltanto ad una pena non inferiore ai tre anni (art. 32 quinquies c.p.) mentre la pena inferiore ai tre anni comporta l'interdizione temporanea (e non perpetua) dai pubblici uffici, ai sensi dell'art. 317 bis c.p.

E questo a tacere del fatto che la nuova legge ha opportunamente integrato l'art. 322 ter c.p. in modo da stabilire la confisca obbligatoria per equivalente anche del profitto del reato, in caso di sentenza di condanna o di applicazione della pena per i reati di cui agli articoli da 314 a 320 del codice penale (tra i quali, dunque, anche il peculato), ma non si è minimamente preoccupata di estendere l'istituto della confisca obbligatoria al peculato militare; il risultato è che, qualunque sia (preventiva o sanzionatoria) la natura da attribuire alla confisca obbligatoria prevista dall'art. 322 ter c.p., si è accentuato il già ingiustificato trattamento meno gravatorio che, sotto questo profilo, disciplina gli effetti della condanna per il reato militare.

Ma c'è di più.

L'aumento del minimo edittale per il reato comune di peculato disposto dalla L. 190/12 fa cadere il ragionamento con cui la Corte Costituzionale respinse nel 2000 (ord. 402) la questione di legittimità costituzionale sollevata per disparità di trattamento tra il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. e quello di peculato militare e ravvisata dal giudice remittente nell'applicabilità della circostanza attenuante speciale della particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 323 bis c.p. (introdotto dalla L. 86/90), ad una serie di reati elencati nello stesso art. 323 bis c.p. (tra i quali figura, appunto, il peculato comune) e non anche al peculato militare.

Nell'occasione la Corte dichiarò manifestamente infondata la questione testualmente rilevando *“come - a dispetto dell'accennata assonanza di struttura - il peculato militare, a parità di pena massima, risulta punito con pena minima inferiore esattamente di un terzo (due anni di reclusione, anziché tre) rispetto a quella comminata per il peculato comune (la previsione di tale minimo inferiore risulta invero giustificata, nei lavori preparatori del codice penale militare di pace, con l'opportunità di adeguare la risposta punitiva alla qualità del soggetto attivo del reato, il quale spesso si identifica in un militare di grado assai modesto, non rivestito di funzioni amministrative permanenti: laddove peraltro è evidente che - anche a ritenere valida tale giustificazione - ipotesi omologhe di ridotto disvalore del fatto siano suscettive di verificarsi pure in rapporto al peculato comune);*

*che, a fronte di ciò, l'introduzione, per il peculato comune, di una circostanza attenuante speciale (ma ad effetto comune: tale, cioè, da consentire la diminuzione della pena fino a un terzo), quale quella di cui all'art. 323-bis cod. pen. - la cui ratio è generalmente identificata nell'intento di mitigare il trattamento sanzionatorio della fattispecie, nei casi in cui la carica offensiva del singolo episodio si riveli modesta - non fa altro, alla resa dei conti, che allineare in modo più pieno il trattamento delle ipotesi criminose (comune e militare), permettendo che anche per la prima la pena possa scendere, nei congrui casi, al medesimo livello minimo previsto per la seconda;*

*che, in sostanza, se è vero che le due fattispecie poste a confronto sono "speculari", anche la relativa pena minima deve esserlo: e ciò è assicurato oggi, di fatto - sia pure con il tratto differenziale che nell'un caso (peculato militare) ci si muove entro la cornice edittale, nell'altro (peculato comune) al di sotto di essa, sulla base del riconoscimento di un elemento circostanziale (espresso, peraltro, da una formula indefinita che implica una valutazione globale del singolo episodio criminoso, in tutti i suoi elementi e modalità) - proprio dall'applicabilità al peculato comune di una circostanza attenuante non prevista per il peculato militare;*

*che, in tale prospettiva, la pronuncia additiva che il rimettente richiede, lungi dal correre sul filo logico dell'allineamento del trattamento sanzionatorio delle due fattispecie, ripristinerebbe l'originario sbilanciamento in melius a favore del peculato militare”.*

Orbene, l'avvenuta elevazione a quattro anni del minimo edittale per il peculato comune travolge radicalmente le suesposte argomentazioni del Giudice delle leggi e dunque non appare infondato ipotizzare la riproposizione di una questione di legittimità costituzionale in relazione alla persistente inapplicabilità al peculato militare della circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto.

Per converso, non si può escludere che l'accentuata differenziazione tra i minimi edittali induca qualche organo dell'A. G. ordinaria a sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione allo scompensato tra le due pene minime edittali rispettivamente previste per il peculato ed il peculato militare, traendo spunto dall'esplicita affermazione della Corte Costituzionale secondo cui “*se è vero che le due fattispecie poste a confronto sono "speculari", anche la relativa pena minima deve esserlo*”.

Nel frattempo può dirsi che l'aumento del minimo edittale per il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. introduce un ulteriore elemento di valutazione rispetto alla questione di legittimità costituzionale, tuttora pendente, sollevata l'8 maggio 2012 dal Tribunale militare di Napoli (G.U. 38/2012), per violazione del principio di uguaglianza, in relazione al trattamento sanzionatorio stabilito dall'art. 216 c.p.m.p. per il reato di malversazione a danno di militari, nella parte in cui tale norma incriminatrice prevede una medesima sanzione sia per il caso di malversazione mediante appropriazione che per quello di malversazione per distrazione.

Per effetto dell'ultima modifica, infatti, risulta accentuato il trattamento più gravatorio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio non militare che si appropri di denaro o cosa mobile non appartenente all'amministrazione (punito, appunto, ai sensi dell'art. 314 c.p.) rispetto al militare incaricato di funzioni amministrative o di comando che si appropri di denaro o cosa mobile appartenente ad altro militare, punito ai sensi dell'art. 216 c.p.m.p., che prevede una pena da due ad otto anni.

Sotto altro profilo, si rileva che anche in ambito processuale la L. 190/12, omettendo di prendere in considerazione le fattispecie previste dal c.p.m.p., crea (ulteriori) situazioni di irragionevole disparità.

L'art. 1, comma 78 della novella, infatti, ha inserito nell'art. 308 del c.p.p., che disciplina i termini di durata massima delle misure diverse dalla custodia cautelare, un comma 2 bis con il quale si stabilisce che per una serie di delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione specificamente elencati, tra i quali quello di peculato (art. 314 c.p.), quello di peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.) e quello di malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis c.p.) la perdita di efficacia delle misure interdittive si verifica "decorsi sei mesi dall'inizio della loro esecuzione", salva la possibilità del giudice di disporre la rinnovazione, se disposte per esigenze probatorie, fino al limite massimo del triplo dei termini previsti dall'art. 303 c.p.p. (che regola i termini massimi di durata della custodia cautelare).

Si tratta di una disciplina palesemente derogatoria di quella ordinaria prevista dal comma 2 dello stesso art. 308 c.p.p., che fissa in due mesi la durata massima delle misure interdittive, con possibilità per il giudice di rinnovazione, se disposte per esigenze probatorie, fino al doppio dei termini previsti dall'art. 303 c.p.p.

Orbene, l'esplicito richiamo a determinate fattispecie del codice penale esclude che il maggior limite di durata delle misure interdittive introdotto dalla L. 190/12 possa essere esteso anche ai reati militari di cui agli artt. 215-218 c.p.m.p.

Anche sotto questo aspetto, dunque, i reati militari vengono ad avere un trattamento di maggior favore del tutto irrazionale, tanto più tenendo conto del fatto che in un contesto, quale quello militare, connotato dal rapporto gerarchico, le esigenze cautelari alla cui tutela sono preposte le misure interdittive potrebbero talvolta configurarsi di particolare rilevanza.

E l'irrazionalità è ancor più marcata ove si consideri che, oltre al militare, potrebbe essere indagato per taluno degli indicati reati militari anche la persona non appartenente alle Forze Armate che abbia eventualmente agito in concorso e debba dunque rispondere del reato speciale in virtù del meccanismo di cui all'art. 117 c.p.

Da ultimo, si rileva che l'indifferenza della L. 190/12 per il c.p.m.p. si è ripercossa anche su un aspetto, pur estremamente marginale, collegato soltanto in via mediata al diritto penale militare.

Si intende fare riferimento all'art. 1, comma 64, lett. b) della novella, laddove, nello stabilire i casi per i quali il Governo, in sede di decreto legislativo, dovrà prevedere l'incandidabilità alle cariche elettive, indica la condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione "per i delitti previsti nel libro secondo, titolo II, capo I, del codice penale ovvero per altri delitti per i quali la legge preveda una pena detentiva superiore nel massimo a tre anni".

Diversamente, dunque, dal cittadino condannato a pena superiore ai due anni per il reato di peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.), rimarrà candidabile il militare (e l'eventuale estraneo alle Forze Armate concorrente nel reato) condannato ad identica pena per peculato militare mediante profitto dell'errore altrui (art. 218 c.p.m.p.), trattandosi di fattispecie estranea al codice penale e punita con pena detentiva massima non superiore ai tre anni.

Il quadro che emerge dalle suesposte, brevi considerazioni è davvero sconcertante per l'interprete di diritto penale militare.

Deve constatarsi che la L. 190/12 non ha fatto eccezione ad una regola ormai pluridecennale; ancora una volta, l'intervento del legislatore in una particolare materia del diritto penale si è tradotto in nuovo alimento per quella spirale di irrazionalità in cui da troppo tempo si stanno avviluppando i rapporti tra diritto penale e diritto penale militare.

Non resta che auspicare – ma, dati i precedenti, senza crederci troppo – un mirato intervento del legislatore che finalmente ricomponga un disegno tecnico ormai troppo compromesso.

**Luigi Maria FLAMINI**