

RIFORMULAZIONE-FRATTURA DEL DELITTO DI CONCUSSIONE EX ART. 317 C.P.

Atti del workshop
Università degli Studi di Milano-Bicocca, 14 febbraio 2014

organizzato da
DIPLAP – Laboratorio Permanente di Diritto Penale



Comitato Scientifico del workshop
Marco Gambardella, Marco Pierdonati, Vico Valentini

Con il patrocinio e il finanziamento di
Dipartimento dei Sistemi Giuridici
Università degli Studi di Milano-Bicocca



INDICE

Diplap, un laboratorio per sperimentare nuovi modelli di “collaborazione” <i>Giandomenico Dodaro</i>	5
--	---

Documento introduttivo al convegno <i>Marco Gambardella, Marco Pierdonati, Vico Valentini</i>	7
--	---

SESSIONE DI DIRITTO PENALE

Chi ha paura della pubblica amministrazione? Un dialogo (o un monologo) tra il pubblico ufficiale che concute ed il pubblico ufficiale che estorce anche alla luce delle ss.uu. n. 12228/2014 <i>Giulio Vanacore e Chiara Battaglini</i>	12
--	----

Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di throffer (minaccia/offerta) <i>Marco Gioia</i>	41
--	----

Concussione, induzione indebita e corruzione propria: un’ <i>actio finium regundorum</i> tra tipicità e politica criminale <i>Marco Alessandro Bartolucci</i>	68
---	----

SESSIONE DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Concussione/induzione: i punti deboli dell’accertamento processuale <i>Lucia Parlato</i>	90
--	----

La riforma della concussione (<i>in the fact</i>) <i>Giuseppe Losappio e Lucia Scarano</i>	106
---	-----



DIPLAP, UN LABORATORIO PER SPERIMENTARE NUOVI MODELLI DI COLLABORAZIONE

di Giandomenico Dodaro

1. DIPLAP – Laboratorio Permanente di Diritto Penale è un laboratorio per studiosi dei problemi della giustizia penale.

Il laboratorio è sempre stato sin dall'antichità un luogo nel quale veniva sperimentato un modello di collaborazione stabile nel tempo e nel quale gli artigiani godevano di una sorta di "autonomia politica". Gli artigiani cioè sceglievano liberamente come praticare il mestiere, avvalendosi di competenze (trasmesse da chi li aveva formati o li stava formando) e abilità (innate o acquisite con l'esperienza), che venivano - col tempo e nello scambio reciproco - affinate, sviluppate e, ove necessario, superate per adeguare il metodo di lavoro all'oggetto di volta in volta mutevole.

DIPLAP si propone come *libero laboratorio di idee* in cui sperimentare nuovi metodi di lavoro e nuove forme di collaborazione tra studiosi (giuristi e non giuristi) e tra studiosi e professionisti.

2. Rassegnarsi alla costatazione "così va il mondo" che viene ripetutamente tramandata, non è una gran bell'eredità da condividere con chi ha deciso di intraprendere l'impervio percorso della carriera accademica. Ed obiettivamente è un dato, vero o falso che sia, difficile da "buttar giù" in un momento complesso di transito dell'università italiana e di sperimentazione di nuove procedure di reclutamento della classe docente.

Giovani o "diversamente giovani" devono preservare la vocazione a pensare che esista un modo migliore di stare assieme e di lavorare, *dandosi una mano*.

È nel termine "collaborazione" che si condensa la proposta culturale di questa nuova esperienza associativa.

La collaborazione è un modo per costruire rapporti sociali, basato sullo scambio in cui i partecipanti traggono vantaggio dallo stare insieme per realizzare ciò che non riuscirebbero a fare da soli¹. La "buona collaborazione" è impegnativa e difficile, perché cerca di mettere insieme persone che hanno interessi distinti e

¹ Cfr. R. SENNETT, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, 2012, trad. it. 2014, Milano, 15 ss.

persino confliggenti, che non hanno simpatia reciproca, che non sono alla pari o che semplicemente non si capiscono tra loro.

“Cattiva collaborazione” è quella che induce le persone ad aggregarsi in chiave antagonista del tipo “noi contro di voi”; cattiva collaborazione è anche quella che degrada in “collusione”.

La dote della collaborazione ha bisogno di sviluppare e approfondire una mentalità ed una cultura collaborativa a tutti i livelli. Il maggior impegno deve essere profuso per sostenere le più giovani generazioni di studiosi per aiutarli a riscoprire o a dotarsi di risorse e abilità necessarie a far fronte alle sfide poste da una collaborazione impegnativa.

È in questa prospettiva che i fondatori del DIPLAP hanno deciso di scrivere nello statuto, assumendo così formalmente un impegno, che “L’Associazione promuove la solidarietà tra generazioni di studiosi. A tal fine, incentiva nei soci più giovani l’assunzione di ruoli di responsabilità negli organi sociali e la loro partecipazione alle iniziative culturali dell’Associazione”.

3. Perché questa enfasi sulla promozione del “legame intergenerazionale”? Perché le differenze che innegabilmente esistono tra studiosi dal punto di vista delle competenze scientifiche, culturali, politiche e relazionali, devono essere messe *al servizio* della formazione e della “riqualificazione” del ruolo dei più giovani all’interno della comunità degli studiosi. La via non è quella di stare semplicemente assieme passivamente, bensì quella di cercare di fare assieme - seppur ovviamente con responsabilità diverse - le cose importanti e difficili “inventando” e attivando politiche e pratiche di collaborazione *non direttiva*.

4. Fa piacere vedere che tanti studiosi, anche di lunga esperienza, condividono questo progetto culturale e vogliono contribuire alla creazione di un nuovo modo di “stare assieme” all’interno della comunità dei penalisti.

A maggio 2014, il DIPLAP è composto da 74 soci, afferenti a 25 atenei: 22 dottorandi di ricerca, 7 assegnisti, 30 ricercatori, 5 professori, 8 avvocati e 2 magistrati.

DOCUMENTO INTRODUTTIVO AL CONVEGNO

di Marco Gambardella, Marco Pierdonati, Vico Valentini

1. Il giorno 14 febbraio 2014, presso Sala Lauree della Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Milano-Bicocca, si è svolto il Workshop "Riformulazione-frattura del delitto di concussione *ex art. 317 c.p.*", organizzato dal Laboratorio Permanente di Diritto Penale (DiPLaP).

I relatori intervenuti hanno risposto alla *call for papers* e sono stati selezionati con il sistema della revisione anonima dal Comitato scientifico dell'Associazione.

I contributi che si pubblicano [G. Vanacore – C. Battaglini, *Chi ha paura della pubblica amministrazione?*; M. Gioia, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di throtter (minaccia/offerta)*; M. A. Bartolucci, *Concussione, induzione indebita e corruzione propria: un'actio finium regundorum tra tipicità e politica criminale*; L. Parlato, *Concussione/induzione: i punti deboli dell'accertamento processuale*] sono il frutto delle riflessioni sviluppate in occasione del workshop e di approfondimenti successivi, anche alla luce della recente sentenza "Maldera" (Cass., S.U., 24 ottobre 2013, 14 marzo 2014, n. 12228).

2. L'Associazione e il suo Comitato scientifico hanno scelto di "accendere i riflettori" sulla riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, con speciale riferimento a reali problemi di fondo – sostanziali e processuali – che la scissione della disposizione prevista dall'art. 317 c.p. ha portato con sé.

Ebbene, fra le diverse modifiche patite dal micro-sistema penale di lotta alla corruzione e all'illegalità nella gestione della *res publica*, quella che ha immediatamente e maggiormente occupato la prima giurisprudenza di legittimità è indubbiamente rappresentata dalla scissione della vecchia disposizione *ex art. 317 c.p.*, spezzata in due e re-distribuita in due titoli autonomi (i "nuovi" artt. 317 c.p. e 319-*quater* c.p.).

L'*appeal* del cd. spacchettamento ha intuibili ragioni: l'operazione, mantenendo totalmente inalterata la struttura lessicale della vecchia concussione, ma, al contempo, estendendo la punibilità al privato indotto (non più vittima di prevaricazione, bensì colpevole di aver ceduto a "resistibili" pressioni), giustifica e rende *analogamente ragionevoli* soluzioni interpretative *diametralmente opposte*.

E così, agli antipodi dell'orientamento che, valorizzando il *downgrading* del privato (ma anche la collocazione sistematica dell'art. 319-*quater* c.p., il suo cambiamento di nome, la clausola di riserva inserita nel suo *incipit* etc.), afferma

che l'induzione indebita è figura sostanzialmente inedita, c'è chi, enfatizzando invece l'invarianza dell'enunciato, ritiene (possibile e) doveroso recuperare "in blocco" i vecchi concetti di induzione e costrizione.

Naturalmente, accanto a ipotesi ricostruttive *radicali*, in un senso (la scissione rompe frontalmente col passato) o nell'altro (la scissione è un *maquillage* che ripropone il passato), esistono anche approcci intermedi che, pur non giungendo al punto di riconoscere effetti di *abolitio criminis*, affermano che l'inedita correatà del privato indotto ha modificato il *significato* dei concetti di induzione e costrizione, rendendone necessario ri-definirne i rapporti reciproci.

3. Un approccio intermedio è stato sposato dalle Sezioni Unite della Cassazione "Maldera", chiamate a dirimere il contrasto di vedute formatosi attorno allo "spacchettamento".

Le Sezioni unite hanno ricomposto il contrasto sorto, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, individuando nei requisiti impliciti della *minaccia* di un danno ingiusto e del *vantaggio* indebito gli elementi che contraddistinguono i due reati e ne permettono di tracciare una linea di separazione. Quanto poi agli aspetti intertemporali, applicando il metodo strutturale del confronto fra le fattispecie astratte in successione, hanno affermato la totale continuità normativa con il passato.

La distinzione fra costrizione e induzione indebita, poi, è pure al centro della nota sentenza milanese sul "caso Ruby", ove si accoglie un concetto onnivoro di "minaccia implicita" capace di fagocitare condotte forse qualificabili come induttive.

4. Anche il *processo penale*, dal canto suo, ha immediatamente 'reagito' alla ri-definizione dell'area di rilevanza penale che sta al confine 'conteso' tra concussione e corruzione. Del resto, nell'esperienza della previgente fattispecie di concussione, il richiamo alla modalità induttiva veniva compiuto di frequente dal pubblico ministero e dall'organo giudicante al momento di stilare, rispettivamente, il capo di imputazione e la sentenza.

Fra i più rilevanti e ricorrenti interrogativi processuali sollevati dalla concussione, c'è quello della genericità della contestazione dei fatti concussivi – oggi enfatizzata dalla scissione fra il paradigma 'forte' della costrizione e la figura più 'blanda' dell'induzione illecita – e dell'esigenza di una riqualificazione giuridica dei fatti medesimi, accompagnata da una possibile regressione del procedimento penale.

Ci riferiamo, dunque, alle ipotesi di annullamento con rinvio circoscritto al ricalcolo della pena, in relazione alla 'nuova' figura meno grave di induzione indebita rispetto alla previgente concussione (per induzione); ciò nondimeno, con possibili conseguenze sul piano del decorso dei termini di prescrizione e

dell'obbligo di immediata declaratoria di proscioglimento (art. 129 c.p.p.), salvo ricorrere all'*escamotage* del giudicato 'parziale'.

Ancora: si rifletta sulla conservazione, o meno, della legittimazione all'azione civile da parte del privato indotto, che da vittima del reato diviene *d'emblee* autore del medesimo; con gli interrogativi che potrebbero porsi anche sul piano dell'utilizzabilità del materiale probatorio in precedenza acquisito da quest'ultimo in veste di persona informata o di testimone, anziché di indagato-imputato.

Infine particolare significato assume l'esame delle formule di proscioglimento nel quadro del fenomeno successorio, specialmente là dove l'interprete non si adegui alle indicazioni delle Sezioni unite e si orienti nel senso della c.d. *abolitio criminis* della concussione per induzione.



SESSIONE DI DIRITTO PENALE



CHI HA PAURA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE?

Un dialogo (o un monologo) tra il pubblico ufficiale che concute ed il pubblico ufficiale che estorce anche alla luce delle SS.UU. n. 12228/2014

di Giulio Vanacore e Chiara Battaglini*

Abstract. Il divorzio tra i due rami della concussione avvenuto per opera della legge n. 190/2012 e il disordine giurisprudenziale scatenatosi immediatamente dopo, poi culminato nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 12228 depositata il 14 marzo 2014, rappresentano il pretesto per discutere nuovamente del tema del dialogo complesso e delicato tra il reato di cui al 317 c.p. e quello di estorsione (in particolare nella sua forma aggravata ex art. 61, co. 1 n. 9 c.p.). Molteplici sono i fattori che debbono oggi essere considerati al fine di fornire una rilettura dei rapporti tra i delitti in parola, ossia: 1) il dato storico; 2) l'elemento del diritto comparato; 3) il grado di coazione concussiva, equiparato dalle recentissime Sezioni Unite n. 12228, a quello rilevante in tema di estorsione; 4) i rapporti strutturali che lasciano emergere una specialità reciproca; 5) la discussa attualità storica del *metus publicae potestatis*; 6) l'irrazionale espunzione dell'incaricato di pubblico servizio dal novero dei soggetti attivi del reato di concussione e la significativa collocazione del medesimo, ad avviso della giurisprudenza dominante, nell'ambito dell'estorsione aggravata. Ciò posto, pare prospettarsi oggi più di ieri lo scivolamento della concussione verso l'estorsione aggravata. Sotto un profilo più generale e provando a stimare un primo bilancio, parrebbe che la legge n. 190/2012 e la recente pronuncia della Sezioni Unite non abbiano inciso in maniera significativa nel risolvere le criticità esistenti. Si è senz'altro agito con l'intento di conferire fisionomia e nettezza a ciò che prima pareva non facilmente distinguibile senza però produrre alcun mutamento effettivo, salvo che una nuova confusione sui tracciati discretivi. La moltiplicazione di fattispecie obbliga ad accertamenti a volte defatigatori, altre volte strumentali (per ragioni processuali), rivelandosi, infine, inefficiente. Il risultato è non solo discutibile in punto di giustizia, ma altrettanto deludente per qualunque riforma di lotta davvero efficace contro la corruzione.

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Cenni storici. – 3. Il dato comparato. – 4. L'enigma della coazione. – 4.1. Una piramide di paura e costrizione? – 4.2. La soluzione delle Sezioni Unite: la coazione e' sempre relativa! – 5. Il rapporto strutturale e ricadute in tema di concorso di reati. – 6. L'attualità del *metus publicae potestatis*. – 7. L'esclusione dell'incaricato di pubblico servizio. – 8. Conclusioni.

1. Premesse.

Il movente della riforma che ha interessato i reati contro la P.A. (legge n. 190 del 2012²) è indubbiamente costituito dalle richieste rivolte all'Italia da fonti di matrice sovranazionale³.

Gruppi di lavoro in seno ad organizzazioni internazionali, quali il *Working Group on Bribery* (WGB) dell'OCSE ed il *Group d'États contre la COrruption* (GRECO) del Consiglio d'Europa, ammonivano da tempo il nostro Paese sull'uso, a loro dire "improprio", del reato di concussione, invero utilizzato per reprimere condotte che parevano fluttuare entro il terreno della corruzione, garantendo così l'impunità a colui che offriva la tangente⁴.

Proprio su tale movente e sulla concezione che tali fonti offrono circa il reato, tutto italiano, di concussione, autorevole dottrina afferma: *"Un dato che oggi tutti sembrano dimenticare sono le insistenti pressioni internazionali, provenienti in particolare dall'OCSE, che miravano a far scomparire dall'ordinamento italiano la figura della concussione, o quanto meno a far sì che ne fosse drasticamente limitato il raggio di applicazione rispetto alle prassi giurisprudenziali correnti. La convenzione OCSE del 1997 imponeva e impone, infatti, di punire chiunque offra, prometta o dia un vantaggio indebito a un funzionario pubblico straniero allo scopo di conseguire un illecito vantaggio; e ciò – come precisa letteralmente il rapporto dell'OCSE del 2001 concernente il nostro paese –*

* Il paper è stato presentato al *workshop* dal titolo *Riformulazione-frattura del delitto di concussione ex art. 317 c.p.*, organizzato dall'associazione DipLap e tenuto presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca in data 14 febbraio 2014. Il presente lavoro è il frutto complessivo delle riflessioni elaborate da ambedue gli autori e rappresenta l'opera congiunta profusa da entrambi sul tema. Sono tuttavia attribuibili a Giulio Vanacore i paragrafi 3, 5 e 6; a Chiara Battaglini i paragrafi 2, 4 e 7. Le premesse (paragrafo 1) e le conclusioni (paragrafo 8) sono attribuibili ad entrambi gli autori.

² Per un quadro d'insieme della riforma operata dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, si rinvia a D. PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. Pen.*, supp. n. 11, 2012; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali della legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012; A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Atti del Convegno tenutosi a Courmayeur il 28-29 settembre 2012, Milano, 2013; F. PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni: una strana vicenda*, in *questa Rivista*, 16 aprile 2012 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 1, p. 227; E. DOLCINI e F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *questa Rivista*, e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 1, p. 232.

³ Il riferimento è alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (Convenzione di Merida) ratificata con la legge n. 116/2009 ed alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa, ratificata con la legge n. 110/2012.

⁴ E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 540; A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano*, cit., p. 15; cfr. anche il *Rapporto Greco di valutazione sull'Italia, Tema I Incriminazioni, Terzo ciclo di valutazione*, Strasburgo, 20-23 marzo 2012, n. 98, in *www.giustizia.it*. Sulla diffusione sistematica e dilagante dei fenomeni criminosi legati alla concussione ed alla corruzione vedi: P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia: percezione sociale e controllo penale*, Roma, 2007, pp. 264 e ss.; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 7; cfr. anche le statistiche rinvenibili in *www.anticorruzione.it* e *http://cpi.transparency.org/cpi2012*.

“irrespective of the alledged necessity of the payment in order to obtain or retain business”, *indipendentemente cioè dall’asserita necessità di pagare per ottenere o mantenere un affare*”⁵.

In altri termini, a por fede a queste raccomandazioni, occorreva almeno impedire di ricondurre alla fattispecie concussiva l’atto di colui che attribuisca all’*intraneus* l’indebito⁶.

Questo risultato, senz’altro rivolto ad un efficientamento della lotta contro la corruzione (specie internazionale), è stato ottenuto, come noto, mediante lo scorporo del ramo induttivo dall’originario tronco della concussione.

Si è ritenuto così, provando a intravedere la logica seguita dal legislatore, di evitare l’*escamotage* (frequente soprattutto negli anni di Tangentopoli) di ricorrere alla contestazione del delitto di concussione per induzione onde ottenere la collaborazione dell’*extraneus*, allora impunito.

Si sarebbe potuto ottenere il medesimo risultato in modo diverso con la confluizione della concussione (solo nella variante costrittiva) nell’alveo della estorsione e l’abbattimento della sotto-ipotesi induttiva, agevolmente ricomprensibile nelle (plurime) fattispecie corruttive. In tal modo il vantaggio sarebbe stato duplice: 1) il privato sarebbe rimasto impunito solo nell’ipotesi in cui il p.u. avesse tenuto un atteggiamento autenticamente “estorsivo”; 2) non si sarebbero creati artificiosi ed inevitabilmente complessi problemi di distinzione tra fattispecie penali, assai poco compatibili con quell’esigenza di semplificazione, di razionalizzazione, di legalità (qui intesa nel senso fatto proprio dalla CEDU, come “accessibilità al precetto penale” che vieti determinate condotte e “prevedibilità della risposta sanzionatoria statutale” riconnessa alle stesse) poi immancabilmente emersi.

L’obiettivo del presente lavoro è quello di riflettere sul tema dei labili confini tra concussione ed estorsione (in particolare nella forma aggravata dell’aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ex art. 61 n. 9 c.p.), riemerso nel nostro ordinamento con maggiore vigore proprio a seguito della riforma del 2012.

Già in passato il legislatore si era più volte prodigato nel tentativo di riformare l’art. 317 c.p., proponendo in alcune occasioni di ricondurre la sottofattispecie costrittiva nel delitto di estorsione e quella induttiva nell’alveo della corruzione o della truffa aggravata⁷. Su tali opportunità la dottrina aveva

⁵ F. VIGANÒ, [Sui supposti guasti della riforma della concussione](#), in questa Rivista, 11 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2013, p. 143.

⁶ Cfr. R. GAROFOLI, [Concussione e induzione indebita: il criterio discretivo e i profili successivi](#), in questa Rivista, 3 maggio 2013, pp. 2-3.

⁷ Si fa riferimento al c.d. Progetto Cernobbio (vedi *infra* Conclusioni) elaborato nel 1994 da un gruppo di magistrati dell’ex pool di “mani pulite” e da alcuni autorevoli docenti universitari, nonché al D.d.l. A.C. n. 3286 di ratifica della Convenzione del Consiglio d’Europa del 1999 presentato alla Camera il 4.12.2007, al D.d.l. A.S. n. 850 di ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione di

espresso opinioni antitetiche⁸. La giurisprudenza, da suo canto, aveva contribuito notevolmente ad alimentare il dibattito giuridico, spesso dilatando oltre misura i fatti sussumibili entro le maglie dell'art. 317 c.p.⁹

Molteplici sono allora i fattori che debbono oggi essere considerati al fine di fornire una rilettura dei rapporti tra concussione ed estorsione aggravata, ossia: 1) il dato storico, da collocare in una corretta prospettiva critica; 2) l'elemento del diritto comparato (il reato di concussione è tipicità tutta italiana, essendo sconosciuto alla maggioranza degli altri ordinamenti); 3) il grado di coazione concussiva, equiparato dalle recentissime Sezioni Unite n. 12228¹⁰, a quello rilevante in tema di estorsione; 4) i rapporti strutturali che lasciano emergere una specialità reciproca, pericolosa anche sotto il profilo del concorso di reati; 5) la discussa attualità storica del *metus publicae potestatis*; 6) l'irrazionale espunzione dell'incaricato di pubblico servizio dal novero dei soggetti attivi del reato di concussione e la significativa collocazione del medesimo, ad avviso della giurisprudenza dominante¹¹, nell'ambito dell'estorsione aggravata.

Il tema dei rapporti tra concussione ed estorsione aggravata ritorna ancora più prepotente dopo la riforma, sol che si consideri anche un ulteriore rilievo. Prima la norma conteneva la variante dell'induzione (con la mancata punibilità del privato). Più lontani apparivano dunque gli elementi e la portata offensiva dell'estorsione. Difatti il mero effetto di induzione del privato, effetto cagionato sempre dall'abuso di poteri o qualità ma da solo idoneo a configurare una concussione, si appalesava come quanto di più distante da quel costringimento a fare od omettere che invece segnala la lesione nell'estorsione. Chi induce, in altri termini, spesso concute (secondo la vecchia norma) ma certo non costringe, pena la ridondanza della seconda variante della originaria concussione rispetto alla prima. Inoltre chi induce, mediante abuso dei pubblici poteri, non di rado lo fa senza una reale minaccia (tantomeno una violenza). Al contrario, pone in essere un comportamento artificioso (simulatorio, forse ingannatorio, truffaldino, a bella

Strasburgo del 27.01.1999 (Li Gotti e altri), al D.d.l. A.S. n. 2174 presentato al Senato l'11.05.2010 (On. Finocchiaro e altri), al D.d.l. A.C. n. 3850 presentato alla Camera il 10.11.2010 (prima firmataria l'on. Ferranti).

⁸ M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, pp. 280-281; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1240; E. DOLCINI E F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit., p. 244; F. PALAZZO, *Concussione*, cit., p. 229; F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., p. 149. A favore dell'abolizione del reato di concussione D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 3 e ss.; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., p. 13.

⁹ Il riferimento è alla nota figura di origine pretoria della concussione ambientale, fenomeno ibrido che presenta caratteri comuni alle figure delittuose corruttive. Al riguardo si rinvia ad A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, pp. 177 e ss.

¹⁰ Cass. pen., S.U., 14 marzo 2014, n. 12228 (ric. Maldera).

¹¹ Vedi, in particolare, *Relazione n. 19/2013* del 3 maggio 2013 dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione, in www.cortedicassazione.it, servizio novità, p. 5.

posta costruito), ma non certo, nemmeno latamente, minaccioso¹². Oggi invece che concutere significa solo provocare una coazione, all'orizzonte riappare l'offesa dell'*animus victimae* (e della relativa sfera giuridico-patrimoniale) tipica dell'estorsione.

In definitiva, il divorzio tra i due rami della concussione avvenuto per opera della legge n. 190/2012 e il disordine giurisprudenziale¹³ scatenatosi immediatamente dopo, poi culminato nella pronuncia delle Sezioni Unite¹⁴, rappresentano il pretesto per discutere nuovamente del tema del dialogo complesso e delicato tra il pubblico ufficiale ufficiale che concute e il pubblico ufficiale che estorce, sempre che lo stesso non inveri ormai un vero e proprio monologo.

2. Cenni storici.

La genesi e la *ratio* del reato di concussione appaiono strettamente legate al delitto di estorsione, del quale il primo storicamente costituisce una mera specializzazione.

Il sostantivo latino *concssio - onis* deriva dal verbo *concutere*, cioè "scuotere", e indicava in origine una scossa o un eccitamento, assumendo poi solo nel latino tardo il significato di "estorcere con violenza, incutendo spavento"¹⁵.

Nel 1881, Francesco Carrara definiva la concussione come "il delitto di tutti coloro che adoperano la violenza contro altri per estorcere denaro (...) il delitto di coloro che estorcono un lucro da altri metu publicae potestatis"¹⁶.

¹² Da ultimo, le S.U. affermano: "La minaccia (...) evocata dal concetto di costrizione è modalità della condotta tipica della concussione ed è estranea all'induzione indebita", punto n. 14.4 della sentenza.

¹³ In particolare, la giurisprudenza si è affannata, subito dopo l'entrata in vigore della riforma, nel tracciare un *discrimen* tra le fattispecie di concussione (317 c.p.) e di induzione indebita (319-*quater* c.p.). Il primo filone, che si poneva in continuità con la giurisprudenza ante-novella, riprendeva il criterio "quantitativo-soggettivizzante" dell'intensità della pressione esercitata dal soggetto attivo (Cass. pen., Sez. VI, n. 8695/2013, imp. Nardi). Il secondo filone interpretativo, affacciatosi per primo nella giurisprudenza post-riforma della Sesta Sezione, si incentrava sul criterio "qualitativo-oggettivizzante" della natura giuridica del male prospettato dal pubblico agente (Cass. pen., Sez. VI, n. 3251/2013, imp. Roscia). Il terzo filone, detto intermedio, aveva elaborato un criterio "misto", cercando di ricomporre ad unità i due precedenti, adottando una "soluzione sincretista". Secondo la Corte gli elementi da valutare sarebbero stati due: l'effetto determinato dalla condotta dell'agente nella psiche del soggetto passivo e il danno o vantaggio arrecato o perseguito dall'*extraneus*. Quanto, in particolare, al primo elemento, nella costrizione si assisterebbe all'annullamento della libertà di autodeterminazione del privato, o quanto meno ad una sua significativa compromissione; nell'induzione, invece, il privato si determinerebbe pur sempre liberamente all'indebita promessa o dazione nei confronti del pubblico agente (Cass. pen., Sez. VI, n. 11794/2013, imp. Melfi).

¹⁴ Rispetto ai tre criteri, sintetizzati nella nota precedente, le S.U. n. 12228 non ritengono di poter avallare singolarmente nessuno di essi, in quanto non autosufficienti. Vedi *infra* par. 4.

¹⁵ Voce *Concussione*, in www.treccani.it/vocabolario.

¹⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Speciale*, V, Lucca, 1881, § 2566, p. 147.

Continuando a mantenere lo sguardo fisso sul passato, focalizzando l'attenzione sulle esperienze delle prime codificazioni¹⁷, emerge che nella tradizione giuridica dell'Italia preunitaria la concussione apparteneva al *genus* delle estorsioni patrimoniali, qualificandosi per l'abuso del potere pubblico. Il minimo comune denominatore tra le due fattispecie era ravvisabile nel ricorso alla violenza per estorcere denaro, nello "*spoglio del patrimonio altrui mediante incussione di timore*"¹⁸. La specialità, invece, risiedeva nella veste pubblica dell'autore e nel carattere pubblico della forza dispiegata da quest'ultimo.

Il Codice dei delitti e delle pene del Regno di Italia del 1811, mutuando la nozione dal Codice francese del 1810, considerava la concussione come "*il fatto dei funzionari pubblici che ordinano di esigere, o esigono o ricevono ciò che sanno non essere loro dovuto, onde richiedono qualcosa in eccesso a ciò che è dovuto per diritti, tasse, contribuzioni, interessi o redditi, o per salari o stipendi*"¹⁹.

Il Codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819, così come il Regolamento Gregoriano sui delitti e sulle pene del 1832, in vigore nelle province delle Romagne, delle Marche e dell'Umbria, distingueva tra concussione semplice, intesa quale "*fatto dell'agente pubblico che esige, per privato profitto, un tributo che la legge non permette o più di quello che la legge permette*"²⁰ e concussione estorsiva, caratterizzata "*dall'uso di minaccia o di abuso di potere*".

Il Codice penale per gli Stati del Re di Sardegna del 1839 del pari differenziava tra concussione semplice e concussione estorsiva, richiedendo, per la configurabilità della prima, la condotta del "*ricevere o esigere dolosamente quanto non dovuto o di eccedere nell'esigere il dovuto per diritti, tasse, contribuzioni, rendite, mercede o per stipendio*"²¹; per la seconda, la circostanza aggravante delle "*minacce od abuso di potere*"²².

La medesima distinzione era presente nel Codice Criminale e di Procedura Criminale per gli Stati Estensi del 1855, in cui la concussione semplice era definita come "*il fatto di chi dolosamente si riceve o si esige, o si ordina di esigere quanto non è dovuto, od eccede il dovuto per diritti, per tasse, contribuzioni, rendite, mercedi o stipendio*"²³, a dispetto di quella estorsiva o aggravata caratterizzata anche dal ricorso a violenze, minacce o abuso di potere.

Nel Codice penale toscano del 1853, il cui impianto è stato poi trasfuso nel Codice Zanardelli, veniva inserita per la prima volta, al fianco della concussione mediante costrizione (art. 181), la concussione mediante inganno (art. 182).

¹⁷ Per una completa ricostruzione M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. Pen.*, 1, 2013, pp. 35 e ss.

¹⁸ M. RONCO, *L'amputazione della concussione*, cit., p. 35.

¹⁹ M. RONCO, cit., p. 37.

²⁰ M. RONCO, cit., p. 37.

²¹ M. RONCO, cit., p. 37.

²² M. RONCO, cit., p. 37.

²³ M. RONCO, cit., p. 38.

All'epoca Francesco Carrara elaborò la nota distinzione tra concussione "esplicita", ossia per costrizione (*vi*), caratterizzata dalla minaccia *palese* di abuso di potere, e concussione "implicita", ossia per induzione (*fraude*), consistente nell'ingannare *occultamente* il privato facendogli credere che quanto richiestogli era legittimamente dovuto²⁴.

Il Codice Zanardelli del 1889, traendo ispirazione dal Codice toscano, disciplinava il reato di concussione prevedendo sia l'ipotesi costrittiva (art. 169) che quella induttiva (art. 170). Quest'ultima contemplava anche l'ipotesi di induzione mediante approfittamento dell'errore altrui.

Nel 1930, con il codice Rocco, induzione e costrizione divennero condotte alternative della medesima fattispecie e furono unificate *quoad poenam*. Sempre con il nuovo codice venne introdotta per la prima volta, così innovando rispetto alle legislazioni precedenti, la norma sulle circostanze aggravanti comuni. Grazie a questo innesto nasceva la figura della estorsione (e, più in generale, anche di altri reati contro il patrimonio che condividevano con la concussione singoli elementi, quali la truffa, la rapina o, nei reati contro la persona, la violenza privata e la violenza sessuale) aggravata dalla circostanza di aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, sino a quel momento sconosciuta²⁵.

Quanto, invece, al reato di estorsione, etimologicamente il termine deriva dal latino tardo *extorsio - onis*, dal verbo *extorquere* "estorcere". La disposizione incriminatrice di cui all'art. 629 c.p., costruita sul modello del delitto di violenza privata, è la risultante della fusione delle due distinte fattispecie di reato previste agli artt. 407 e 409 del previgente codice Zanardelli: la cd. "rapina di atti" o "pseudo-estorsione" (art. 407) consisteva nel costringere taluno a consegnare, sottoscrivere o distruggere un atto, mentre la cd. "estorsione propria" (art. 409) puniva la condotta di chi costringeva taluno a mandare, depositare o mettere a disposizione denaro, cose o atti²⁶.

Da tali definizioni, si evince come il reato di estorsione abbia oggi un ambito di applicazione oggettiva molto più ampio, essendo, con il Codice Rocco, venuti meno i riferimenti sia alle condotte del "sottoscrivere", "distruggere", "mandare", "depositare", "mettere a disposizione" che agli "atti", "denaro", "cose". L'attuale art. 629 c.p. prevede invece le generiche condotte del "fare" e dell'"omettere" "qualche cosa". Tale ampliamento oggi induce maggiormente a riflettere circa un riavvicinamento tra le due fattispecie della concussione e dell'estorsione rispetto alla precedente esperienza storica del 1889.

²⁴ M. RONCO, cit., p. 40; V. MONGILLO, [L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione](#), in *questa Rivista*, 27 settembre 2013, p. 3, nonché in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 3, p. 166.

²⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, VI ed., 2010, p. 418.

²⁶ F. ROCCHI, voce *Estorsione*, in [www.treccani.it/enciclopedia](#); L. CONTI, voce *Estorsione*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, p. 996; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, V ed., 2008, p. 148.

Da questi pochi cenni, si evince inoltre come, da un lato, nella tradizione giuridica italiana il delitto di concussione abbia sempre costituito un *quid alii* rispetto a quello di estorsione²⁷ ma anche come, dall'altro, esso sia stato da sempre efficacemente qualificato come una mera ipotesi speciale rispetto all'estorsione²⁸. Tale qualificazione specializzante secca era possibile grazie anche all'assenza, nella codificazione preesistente, della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 9 codice vigente. Una volta che la circostanza comune è stata innestata nel tessuto codicistico, il rapporto tra concussione ed estorsione, nella forma aggravata (ed *in parte qua* anche il rapporto con gli altri reati che condividono l'atto genericamente abusivo estrinsecato da un pubblico ufficiale onde trarne una generica utilità), è divenuto più problematico, almeno non immediatamente riducibile ad un dialogo tra *genus* (estorsione) e *species* (concussione).

3. Il dato comparato.

In ragione delle motivazioni che hanno ispirato l'intervento riformistico del 2012, l'analisi del dato comparato riveste un ruolo di rilievo nell'economia della riflessione che qui interessa²⁹. Un ordinamento come il nostro che ha elevato il richiamo europeo³⁰ a "movente" della riforma ultima non può, infatti, disinteressarsi di ciò che gli altri sistemi penali (questa volta nazionali) prevedono in tema di concussione.

Come in precedenza accennato, non esiste nella maggioranza degli ordinamenti "occidentali" il reato *de quo*: la Spagna, la Germania, gli Stati Uniti, la

²⁷ E' vero anche, d'altronde, che come visto il reato di concussione, in una prospettiva diacronica, risulta caratterizzato da una costante evoluzione e non da un immobilismo definitorio. In origine, il delitto era praticamente una copia dell'antesignano francese (art. 174 del codice del 1810), contraddistinto dalla indebita apprensione, da parte del p.u., di tributi o diritti. Successivamente, a questa forma, per così dire, "semplice", si aggiunge quella "estorsiva", con l'innesto cioè della modalità abusivo-costrittiva. Infine viene delineata la forma "induttiva" che, a partire dal codice toscano, poi ripreso dal Zanardelli, contribuisce a colorare il delitto di colui che concute. L'induzione viene, come noto, espunta con la riforma del 2012. Il dato storico si caratterizza dunque per una evoluzione fluttuante: spesso il legislatore aggiunge tasselli alla definizione, figlia dell'esperienza francese, o addirittura torna sui suoi passi, come da ultimo nel 2012, tanto che oggi il reato appare irricognoscibile rispetto al suo antenato d'oltralpe.

²⁸ Ancor'oggi, le S.U. n. 12228/2014 affermano che il reato di concussione "è una forma di estorsione qualificata", punto 13.4.

²⁹ Per lo stesso vedi ampiamente G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattuabilità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 498 e ss.

³⁰ Richiamo "europeo" latamente inteso, come ricomprensivo di tutte le indicazioni inviate al nostro Paese dalle varie organizzazioni sovranazionali che operano in ambito regionale continentale e che si sono interessate del tema della lotta alla corruzione. Vedi *supra* Premesse.

Gran Bretagna, per citarne solo alcuni, non conoscono il delitto del p.u. che costringe altri a dare o promettere, mediante abuso di pubblici poteri o qualità³¹.

In particolare, nel codice penale spagnolo, l'art. 437 incrimina solo le esazioni illegali del pubblico ufficiale, senza alcun riferimento all'elemento dell'abuso³².

Nell'ordinamento tedesco *“la nostra concussione «per induzione» appare inquadrabile nelle forme di corruzione, propria e impropria (§§ 331 e 332 StGB), che vedano il pubblico amministratore sollecitare («fordern») la dazione, mentre la concussione «per costrizione» sarà piuttosto sussumibile entro figure criminose estranee all'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione quali l'estorsione (§ 253 StGB), con situazioni, semmai, di concorso di reati, nelle quali peraltro tenderà a prevalere per lo più quest'ultima fattispecie in ragione della sua maggiore gravità rispetto alla corruzione”*³³.

Gli ordinamenti francese e svizzero contemplano la *concussion*, ma con un significato completamente differente da quello previsto dal diritto italiano. L'art. 432-10 del *Code pénal* francese punisce in sostanza la percezione di imposte e diritti non dovuti³⁴: questa norma risente evidentemente della tradizione storica, ricalcando la definizione già contenuta nel codice del 1810³⁵. In linea di prima

³¹ L'ordinamento, per converso, che più si avvicina a quello italiano è senza dubbio quello portoghese, nel cui codice penale è prevista, all'art. 379, la fattispecie della *concussao*, che contempla due diverse ipotesi di reato: l'una di carattere induttivo, nella quale è richiesta l'induzione in errore o l'approfittamento dell'errore altrui, l'altra di carattere costrittivo connotata dal ricorso alla violenza o alla minaccia. A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, cit., p. 186.

³² A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, cit., p. 186. La norma recita: *“La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”*.

³³ Ancora G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”*, cit., p. 500. Vedi anche le note richiamate nel testo.

³⁴ La norma, rubricata *concussion*, recita: *“1. Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. 2. Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires. 3. La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines”*.

³⁵ L'art. 174 del Codice francese del 1810, rubricato *concussion*, recitava: *“Tous fonctionnaires, tous officiers publics, leurs commis ou préposés, tous percepteurs des droits, taxes, contributions, deniers, revenus publics ou communaux, et leurs commis ou préposés, qui se seront rendus coupables du crime de concussion, en ordonnant de percevoir, ou en exigeant ou recevant ce qu'ils savaient n'être pas dû, ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou reverts, ou pour salaires ou traitements, seront punis, savoir, les fonctionnaires ou les officiers publics, de la peine de la réclusion ; et leurs commis ou préposés, d'un emprisonnement de deux ans au moins et de cinq ans au plus. Les coupables seront de plus condamnés à une amende dont le maximum sera le quart des restitutions et des dommages et intérêts, et le minimum le douzième”*. Questa definizione ha poi influenzato pure il Codice dei delitti e delle pene pel Regno di Italia del 1811, il Codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819, così come il Regolamento Gregoriano sui delitti e sulle pene del 1832 (per la concussione “semplice”), infine il Codice penale per gli Stati

approssimazione, lo stesso può dirsi per la norma svizzera: l'art. 313 del codice penale elvetico punisce il "funzionario che per fine di lucro riscuote tasse, emolumenti od indennità non dovuti o eccedenti la tariffa legale"³⁶. Anche qui appare forte il richiamo storico alla codificazione francese del 1810.

Lo stesso *Bribery Act* britannico del 2010, per molti ispirazione di quelle fonti internazionali europee che, a loro volta, costituiscono il fondamento della riforma italiana del 2012, non prende in esame il comportamento concussivo del pubblico funzionario³⁷. Quest'ultimo è sprovvisto di una sua autonomia nel corpo delle offese alla P.A. L'amplessima gamma degli episodi corruttivi che in Italia, oggi, sono astrattamente suscettibili di atteggiarsi sia come corruzione che come induzione indebita, si riduce nei Paesi di *common law* all'unica fattispecie di *bribery*.

Proprio a proposito della discrasia tra la *bribery* e l'*extorsion* posta in essere dal p.u. particolarmente significativa è la vicenda statunitense³⁸. A partire dall'*Hobbs act* del 1951 (18 *United States Code* 1951) si sono infatti succeduti diversi tentativi, operati tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, di distinguere la *bribery* dall'*extorsion*³⁹ in alcune peculiari ipotesi di ricezione, da parte del pubblico ufficiale americano, di una utilità indebita in relazione ad atti del suo ufficio, senza tuttavia creare un discrimine realmente netto in quell'ordinamento.

A prescindere da quest'ultimo rilievo il dato comparato induce ad un agevole risultato: quello della semplificazione. L'esperienza degli altri sistemi ci insegna come l'obiettivo della *reductio ad unitatem* in ordine a fattispecie penali che presentano un innegabile corpo e disvalore comune non può essere trascurato, anche se si guarda ad obiettivi di prevenzione generale e dunque agli scopi di efficace orientamento della condotta dei consociati. D'altro canto la stessa esigenza di armonizzazione dei sistemi, anche penali, sentita oggi più di ieri, sulla quale

del Re di Sardegna del 1839, il Codice Criminale e di Procedura Criminale per gli Stati Estensi del 1855, sempre per la forma "semplice" contrapposta a quella "estorsiva". Vedi *supra* Cenni storici. Da questo breve parallelismo si evince come la concussione conosciuta in Francia non sia quella "estorsiva", contraddistinta cioè da un abuso del p.u., ma piuttosto solo una concussione "semplice", risentendo del dato storico e della presenza in quel sistema, sin dal 1810, di una mera penalizzazione del p.u. che apprende tributi o diritti indebiti, a prescindere da qualsiasi caratterizzazione minacciosa o violenta.

³⁶ L'articolo, rubricato *concussion*, recita: "Le fonctionnaire qui, dans un dessein de lucre, aura perçu des taxes, des émoluments ou des indemnités non dus ou excédant le tarif légal sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire".

³⁷ Sul *Bribery act* britannico del 2010, con le previste quattro *offences* (1- *bribing another person*; 2- *being bribed*; 3- *bribing a foreign public official*; 4- *failing to prevent bribery by a commercial organization*) vedi G. R. SULLIVAN, *The Bribery Act 2010: An Overview*, in 2 *Criminal Law Review*, 2011, pp. 87 e ss. e N. CROPP, *The Bribery Act 2010: A comparison with the Foreign Corrupt Practices Act: Nuance v. Nous*, *ibidem*, pp. 122 e ss.

³⁸ Essa, quanto ai rapporti tra *bribery ed extorsion*, viene diffusamente ricostruita da G. FORTI, cit., pp. 500-505. Fondamentali anche le note che rinviano all'opera di J. LINDGREN: *The theory, history, and practice of the bribery-extortion distinction*, nella *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, 1993, nonché alla importante sentenza della Corte Suprema del 1992 sul caso *Evans*.

³⁹ G. FORTI, cit., pp. 501-505.

sembra almeno in parte fondarsi la missione di numerose organizzazioni sovranazionali di ambito regionale, impone una riflessione più meditata sull'analisi comparata.

Non è vero, ad avviso di chi scrive, che il dato storico italiano inerente al reato di concussione contraddica quello comparato. Dinnanzi alla peculiarità tutta italiana di un reato di concussione separato dalla estorsione, occorre da un lato contestualizzare le esperienze codificatrici antecedenti al codice Rocco (specie, come già rilevato, in ordine alla assenza di circostanze aggravanti comuni in quelle legislazioni), dall'altro rileggere le parole di quella illustre dottrina, a partire dal Carrara, che allora rifletteva sul delitto di concussione e più volte ribadiva il concetto per cui lo stesso altro non configuri che una mera *species* del *genus* estorsivo.

Se anche così fosse, peraltro, cioè se anche venisse dimostrata una reale incongruenza tra il dato storico peninsulare e quello rinveniente da altre legislazioni a noi più o meno affini, non è detto che il primo debba necessariamente prevalere sul secondo. Ciò sembra particolarmente vero specie adesso che il nostro sistema giuridico, come più volte detto, appare avvolto da una ragnatela meta-sistemica, di matrice europea ed internazionale, che ci conduce verso obiettivi di razionalizzazione, efficienza, armonizzazione, forse persino progressiva unificazione, imponendo agli ordinamenti di rinunciare a pretese di tradizionale sovranità, anche in ambito di criminalizzazione.

4. L'enigma della coazione.

In disparte il dato storico ed il dato comparato, un ulteriore elemento che occorre valutare per provare a comprendere dove si situi oggi la linea di confine fra la concussione e l'estorsione aggravata è quello della coazione. Il tema del grado di condizionamento dell'altrui volontà interessa più fattispecie penali, tra le quali la concussione e l'estorsione (in entrambe appare infatti il verbo "costringe") e, da ultimo, quella di induzione indebita. Proprio sul tentativo di discriminare tra 317 e 319-*quater* c.p. si sono concentrate le Sezioni Unite n. 12228 del 14 marzo 2014, ponendo però ulteriori dubbi circa il rapporto con diverse fattispecie, non ultima quella di cui al 629 c.p.

4.1. Una piramide di paura e costrizione?

Le Sezioni Unite, quanto al *discrimen* tra concussione ed induzione indebita, ritengono di non poter avallare singolarmente alcuno dei criteri discretivi proposti

dai tre diversi indirizzi interpretativi sviluppatasi, successivamente alla riforma del 2012, in seno alla Sezione Sesta⁴⁰.

Secondo il principio di diritto elaborato dalla sentenza n. 12228/2014, perché si configuri la fattispecie di induzione, oltre all'effetto di vantaggio che l'esercizio della funzione deve sortire per il privato, occorre altresì che il *vulnus* alla libertà di autodeterminazione dell'*extraneus* non sia elevatissimo, a lui residuando una corposa scelta circa il cedere o meno alla condotta induttiva del p.u.⁴¹. Quando invece il margine di scelta si riduce notevolmente, viene in rilievo la diversa fattispecie di concussione⁴².

Così disegnato il confine tra le due norme, pare che, perché si abbia "costrizione", sia necessaria una restrizione abnorme del margine di scelta dell'*extraneus*, in questo caso vittima. Il *coactus* non può resistere all'azione del p.u., il quale da suo canto esercita in modo abusivo i suoi poteri o le sue qualità: esercizio non solo dunque non dovuto, ma neanche arrecante al privato alcun beneficio, secondo il nuovo *finis* accolto dalla Suprema Corte.

Questo criterio discrezionale non può ovviamente limitarsi a distinguere la concussione dalla induzione indebita: la costrizione viene ridisegnata anche con riguardo alle altre fattispecie di reato non remote dalla concussione⁴³.

⁴⁰ Vedi *supra* nota 12. Le S.U. affermano: "ciascuno di tali orientamenti evidenzia aspetti che sono certamente condivisibili, ma non autosufficienti, se isolatamente considerati, a fornire un sicuro criterio discrezionale", punto 3 della sentenza.

⁴¹ Le S.U., statuiscano al punto 25: "il reato di cui all'art. 319-quater cod. pen., introdotto dalla legge n.190 del 2012, è designato dall'abuso induttivo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno (purché quest'ultimo non si risolva in un'induzione in errore sulla doverosità della dazione), di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, il che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione".

⁴² Le S.U., sempre al punto 25, dispongono che "il reato di cui all'art. 317 c.p., come novellato dalla legge n. 190 del 2012, è designato dall'abuso costrittivo del pubblico ufficiale, attuato mediante violenza o – più di frequente – minaccia, esplicita o implicita, di un danno *contra ius*, da cui deriva una grave limitazione, senza tuttavia annullarla del tutto, della libertà di autodeterminazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebito".

⁴³ Certo ben potrebbe essere che la problematica sul livello di coazione evidenzi il solo discrimine "interno" ai reati "violenti" contro la P.A., cioè tra concussione ed induzione indebita, esattamente come avviene tra rapina ed estorsione, per i reati "violenti" contro il patrimonio. Tuttavia, anche qualora ciò venisse acclarato, resterebbe comunque il problema di distinguere, in generale ed in via razionalmente sensata, tutte le varie ipotesi nelle quali il nostro codice utilizza il verbo "costringe", risultando ad avviso di chi scrive indubitabile la necessità di una visione "sincretistica" e complessiva della nozione (o forse *delle nozioni*) di coazione. Al proposito, per una ricostruzione dei concetti di violenza e minaccia in una visione il più unitaria possibile, correlata con le corrispettive nozioni civilistiche, vedi G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013. Una diversa dottrina osserva invece che: "le categorie di violenza e minaccia andrebbero di volta in volta riportate alla coartazione assoluta e relativa (...) non è consentito ricostruire una nozione generale di violenza e minaccia con la pretesa di ritenerla utilizzabile in sede di studio

Se si mette da parte ogni esercizio circa la discrasia di beni normativamente presidiati, non vi è dubbio che la nuova colorazione della concussione (come comportamento che altera sin quasi ad annullare la capacità di resistere) determina problemi quanto al potenziale scivolamento della figura di reato verso l'estorsione aggravata ex art. 61, n. 9 c.p.

Ad avviso di una parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁴, il grado di coazione che connotava la concussione pre-riforma era già pari a quello previsto nell'estorsione. In entrambi i delitti, infatti, si ravvisava, dal punto di vista degli effetti della condotta dell'*intraneus*, una coazione (psichica) relativa: si negava infatti che la costrizione esercitata fosse tale da annullare completamente la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo. Se così fosse stato, si concludeva, sarebbero state configurabili altre ipotesi di reato, come la rapina aggravata.

Diversamente, un'altra parte della dottrina⁴⁵ aveva proposto, quale criterio discrezionale fra le due fattispecie astratte, quello del livello di coazione⁴⁶ esercitato

di qualsiasi figura di reato. Tali categorie vanno modellate in funzione degli obiettivi di tutela che il legislatore ha inteso perseguire con le singole figure di reato: G. MARINI, voce *Estorsione*, in *Dig. disc. pen.*, 1990, p. 381.

⁴⁴ Secondo questa opinione dottrinale, avallata dalle Sezioni Unite (vedi *infra*), la concussione si esplica con modalità di coazione relativa. D. PULITANÒ osserva che: "il campo della concussione è ancora all'interno delle modalità di coazione relativa, sia pure come territorio estremo e assai più fortemente caratterizzato", in *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 10. In senso conforme V. MONGILLO per il quale: "la condotta costrittiva tipica della concussione (o dell'estorsione aggravata di cui agli artt. 629 e 61 n. 9, c.p. nel caso di un i.p.s.) consiste in una coazione psichica che, pur non eliminandola del tutto, condiziona gravemente la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo" in *L'incerta frontiera*, cit., p. 26.

⁴⁵ Secondo questa tesi, nel reato di concussione, "il concetto di costrizione equivale a quello di coazione psichica relativa, che corrisponde alla situazione materiale di chi, vedendosi minacciare possibili conseguenze negative in caso di mancato soddisfacimento di una determinata richiesta, resta pur tuttavia libero di scegliere come comportarsi, ancorché si tratti evidentemente di una libertà di scelta condizionata e coartata. Se vi è infatti coazione fisica o psichica assoluta v'è spazio per la configurazione di altri reati, come la rapina o l'estorsione aggravate", A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, cit., p. 174. Vedi anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, IX ed., 2000, p. 119.

⁴⁶ In dottrina e in giurisprudenza è pacifico che la costrizione, sia concussiva che estorsiva, possa esercitarsi mediante minaccia (violenza morale). Si discute invece se, nella concussione, la costrizione sia esercitabile mediante il ricorso alla violenza fisica. La tesi negativa è avvalorata da alcune pronunce giurisprudenziali, nelle quali si afferma che la violenza fisica è assolutamente incompatibile con l'esercizio – in forma di abuso – delle funzioni e dei poteri. Il suo eventuale utilizzo qualificerebbe il comportamento del pubblico ufficiale, di conseguenza, in termini di estorsione o persino rapina. (cfr. Cass. pen., Sez. VI n. 3251, del 22 gennaio 2013, imp. Roscia e Cass. pen., Sez. VI n. 7495 del 15 febbraio 2013, imp. Gori). In senso contrario si pronuncia parte della dottrina, secondo la quale l'esercizio della violenza fisica integrerebbe concussione qualora il soggetto attivo sia investito di poteri di coercizione sulla persona e al destinatario residui una libertà di scelta: si pensi, ad esempio, agli appartenenti alle forze di polizia. Vedi S. SEMINARA, *I delitti di concussione e di induzione indebita*, in *La legge anticorruzione*, B. G. MATTARELLA – M. PELISSERO (a cura di), Torino, 2013, p. 390; V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 37. Del medesimo avviso, A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, X ed., 2008, p. 143. Tale impostazione è stata da ultimo avallata anche dalle S.U. n. 12228/2014. Queste ultime ritengono, al punto n. 13.2 della sentenza, che "la violenza è concepibile come mezzo di

sull'*extraneus*: in caso di coazione relativa vi sarebbe "costrizione" nei termini della concussione, in ipotesi di coazione assoluta estorsione, con l'aggravante di cui all'art. 61, c. 1, n. 9 c.p.⁴⁷.

Il pericolo di duplicazione (o almeno di superfetazione) pareva, per i fautori di tale orientamento, scongiurato dal fatto che la coazione propria della concussione, nella variante costrittiva, non veniva costruita in termini di (semi-) annullamento della libertà di scelta dell'*extraneus*. Nel dipingere una distinzione con la variante induttiva, allora articolazione del medesimo delitto, si sosteneva che l'*extraneus*, dinanzi all'abuso del p.u., *coactus sed voluit*⁴⁸.

Per vero, il problema prima della riforma non era tanto quello di distinguere tra concussione per costrizione ed estorsione aggravata⁴⁹, bensì quello di discernere la diversa ipotesi della concussione per induzione dalle varie fattispecie corruttive⁵⁰.

realizzazione del reato in esame nell'ipotesi in cui il soggetto attivo disponga di poteri di contenzione o di immobilizzazione (si pensi alle forze di polizia), ipotesi questa - in verità - di rara attuazione (...)".

⁴⁷ Questo discrimine non poteva apparire irrazionale per il sol fatto che, secondo la tesi tradizionale, coazione assoluta vi sarebbe nella rapina e coazione relativa, sempre nei termini di violenza o minaccia, nella estorsione. Da più parti si precisava infatti che la distinzione tra i due reati "violenti" contro il patrimonio, fondata sul diverso livello dell'effetto costrittivo in capo alla vittima, spiegasse efficacia nei soli limiti in cui si trattasse di identificare un *limes*, per così dire "interno", tra le due figure (rapina ed estorsione), non anche per evidenziare il confine, "esterno", con altre fattispecie "violente" (quale appunto la concussione per costrizione). Vedi, sul punto, L. CONTI, voce *Estorsione*, cit., p. 997; G. MARINI, voce *Estorsione*, cit., pp. 381-382; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 148; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Tomo III, Roma, 2013, p. 69, in cui si afferma che: "il criterio della coazione relativa vale a distinguere i reati di estorsione e rapina solo limitatamente al loro settore di interferenza, cioè relativamente allo spoglio violento di cose mobili, non, invece, per i settori in cui l'estorsione non collide con la rapina, perché ha per oggetto una cosa immobile o perché consiste in un costringimento ad un omettere o ad un fare inteso in senso stretto". In giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. II, 19 gennaio 2012, n. 14880.

⁴⁸ G. FIANDACA ed E. MUSCO ritengono infatti che: "il collegamento funzionale della condotta con l'abuso della qualità o dei poteri fa sì che nella concussione il termine «costrizione» debba essere inteso nel senso di coazione psichica relativa (...). La costrizione implica cioè la prospettazione di un male ingiusto alla vittima, la quale rimane tuttavia libera di aderire alla richiesta o di subire (eventualmente) il male minacciato", in *Diritto Penale. Parte Speciale*, Bologna, V ed., 2012, p. 209.

⁴⁹ Cfr. A. PAGLIARO, il quale più volte sembra accedere ad una qualificazione della concussione come "estorsione del pubblico ufficiale": "la differenza tra concussione e corruzione corrisponde a quella che, nei rapporti tra privati, si può riscontrare tra un normale contratto e una estorsione. (...). Nella estorsione, un male minacciato, dipendente dalla volontà di uno dei soggetti, costringe l'altro soggetto a una condotta per lui svantaggiosa", in *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 57.

⁵⁰ Vedi G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 221-223, per una rapida disamina dei criteri (ovviamente prima della riforma del 2012) elaborati da dottrina e giurisprudenza per distinguere la concussione per induzione e le ipotesi di corruzione. Pagliaro proponeva l'abolizione della concussione per induzione, in A. PAGLIARO, *Per una modifica*, cit., p. 56. L'Autore partiva da un argomento di carattere storico, legato dalla accezione che, nell'intenzione del legislatore codicistico, manifestata esplicitamente nei lavori preparatori del '29, aveva la concussione per induzione: "l'indurre, in contrapposto al costringere, equivale al trarre in inganno". L'A. prospettava allora l'elisione del riferimento alla induzione, con conseguente ricaduta delle relative

Una volta però celebrato il divorzio tra i due rami della concussione ed accolto il principio per cui la costrizione si distingue dall'induzione anche sulla scorta del *quantum* di libertà che all'*extraneus* è sottratto⁵¹, torna inevitabilmente in gioco il problema dei rapporti col diverso delitto di estorsione aggravata.

E' peraltro assai significativo il fatto che uno dei criteri che pare accolto, seppur non autonomamente, dalla Cassazione per distinguere la concussione dal nuovo delitto di induzione, era, in tempi assolutamente non sospetti, stato proposto da un illustre Autore per distinguere la vecchia concussione (sia per costrizione che per induzione dunque) dalla corruzione propria⁵². Se, oggi, lo stesso discrimine deve essere utilizzato per discernere la concussione (solo per costrizione) e l'induzione indebita, è chiaro che (purtroppo) il medesimo non potrà più utilizzarsi quanto ai rapporti tra questi due delitti e la corruzione propria, affaticando l'interprete nel trovarne di nuovi (potenzialmente sempre più estremi ed articolati!).

Non è escluso allora che non occorra più soltanto guardare al dialogo tra il binomio concussione-estorsione aggravata, da un lato, concussione-induzione indebita, dall'altro, e induzione-fattispecie corruttive, dall'altro ancora. Sembra possibile che dovrà tornarsi a comprendere pure la differenza, in ordine a non pochi casi dubbi che la prassi manifesta, tra nuova concussione e fattispecie corruttive nonché tra induzione indebita e quella forma peculiare e discussa di estorsione che va sotto il nome di "estorsione ambientale"⁵³.

ipotesi in parte nella costrizione in parte nella truffa aggravata (con parziale correzione di quest'ultima, tuttavia, quanto alla non necessità degli artifici e raggiri laddove il p.u. si fosse adoperato ad indurre la vittima mediante abuso dei suoi poteri o violazione dei suoi doveri di ufficio). Cfr. anche l'approfondito lavoro di G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza*, cit., pp. 489 e ss.

⁵¹ In dottrina vi è una tesi minoritaria che coglie la distinzione tra concussione ed induzione nel diverso tipo di coazione esercitata, ritenendo la prima connotata da una coazione psichica assoluta, la seconda da coazione relativa, G. BALBI, [Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione](#), in questa Rivista, 15 ottobre 2012 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2012, p. 11. L'A. sostiene che: "l'induzione di cui al nuovo art. 319- quater c.p. non potrà che essere intesa in termini di coazione psicologica relativa, etiam coactus tamen voluit (...). A cascata, questo dovrà condurci a ricostruire la condotta costrittiva di cui all'art. 317 cp. in termini di coazione psichica assoluta, accanto all'unica opzione concussiva - a mio avviso - integrabile dalla violenza, ovvero quella dell'abuso dei poteri coercitivi". Ad avviso di P. SEVERINO tutte le condotte di coazione psicologica (assoluta o relativa) vanno considerate "costrittive", mentre il nuovo art. 319-quater c.p. ingloberebbe le ipotesi di mero condizionamento del privato: P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir pen. proc.*, 2013, pp. 7 e ss.

⁵² Vedi A. PAGLIARO, *Per una modifica*, cit., pp. 58-59: "quando l'atto è contrario ai doveri di ufficio, possiamo imbatteci tanto nella concussione, quanto nella corruzione propria. E la differenza sarà facile da determinare, perché nella concussione il prospettare il compimento dell'atto deve potere costituire un mezzo per costringere il privato a dare o promettere indebitamente la utilità: il che sarà possibile soltanto se l'atto contrario ai doveri di ufficio ha un contenuto contrastante con gli interessi del privato. Allora: se l'atto è dannoso per il privato, vi è concussione; se l'atto è per lui favorevole, vi è corruzione propria".

⁵³ Vedi, in tema di discrimine tra (concussione per) induzione ed "estorsione ambientale", M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione*, cit., p. 280.

4.2. La soluzione delle Sezioni Unite: la coazione è sempre relativa!

L'intervento delle Sezioni Unite, nonostante le attese, è ben lontano dal riuscire a mettere ordine in siffatto labirinto discriminatorio.

Esse hanno accolto, sul versante del rapporto concussione-estorsione, la prima delle impostazioni dottrinali sopra ricordate, in particolare affermando: *“deve rilevarsi che la richiamata norma incriminatrice (317 c.p., n.d.a.) istituisce uno stretto collegamento funzionale tra l'esito della coazione e l'abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale e denuncia correlazioni con il delitto di estorsione aggravata ex art. 629 e 61, comma 1, n. 9, c.p., con l'effetto che la costrizione va intesa come costrizione psichica relativa (vis compulsiva), in quanto, mediante la condotta abusiva, si pone la vittima di fronte all'alternativa secca di aderire all'indebita richiesta oppure di subire le conseguenze negative di un suo rifiuto, restringendo così notevolmente, senza tuttavia annullarlo, il potere di autodeterminazione del soggetto privato”*⁵⁴.

La coazione psichica è dunque relativa, secondo le parole del Supremo Consesso, tanto nella concussione post-riforma quanto nella estorsione (anche aggravata).

La differenza, invece, tra la concussione e l'induzione indebita non può sublimarsi nel classico discrimine tra coazione assoluta e coazione relativa⁵⁵. Piuttosto la distinzione è nel livello di condizionamento, comunque relativo, e nel grado di incisione della libertà di autodeterminazione della contro-parte. Nella concussione l'incisione è radicale, massiccia, notevole, ma pur sempre relativa, residuando all'*extraneus* comunque uno spazio di libertà e di manovra non cedendo all'abuso. Nell'induzione l'incisione esiste ma, in una discutibile gerarchia della pressione, occupa un gradino più basso, laddove al soggetto richiesto non viene preclusa nessuna apprezzabile libertà di movimento e di opposizione alla pubblica autorità.

A questo punto verrebbe da chiedersi che fine faccia, in questa piramide della pressione psichica, la costrizione nella estorsione! Una volta ripudiata la tesi per cui questa non si attergerebbe mai ad assoluta, altrimenti configurandosi una vera e propria rapina aggravata (sembra dedursi dalle poche frasi dedicate al tema dalla Suprema Corte)⁵⁶, ed accoltasi l'accezione meramente “relativa” della costrizione, ci si chiede *ex novo* quale sia il tracciato discrezionale che separi la costrizione nella concussione dalla costrizione nella estorsione (aggravata). Sembra quasi che il lettore della recente sentenza sia condotto nuovamente al nastro di partenza: coazione relativa nella attuale concussione, condizionamento relativo

⁵⁴ Vedi punto 13.1 della sentenza.

⁵⁵ Come invece proponeva in dottrina, G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 11.

⁵⁶ Sostengono sul punto le S.U.: *“la vis assoluta (...) rendendo il soggetto passivo strumento nelle mani del soggetto attivo, determina il totale annullamento del potere di autodeterminazione del primo (non agit sed agitur), non può essere considerata espressione dell'abuso (...) e non può integrare, pertanto il delitto di concussione ma altra figura criminosa, quale la rapina (si pensi al poliziotto che con la pistola di ordinanza costringe la vittima a consegnargli il portafoglio)”*: punto 13.1 della sentenza.

(meglio: pressione non irresistibile) nella induzione indebita, coazione relativa nella estorsione.

5. Il rapporto strutturale e ricadute in tema di concorso di reati.

Riconosciuto che, anche seguendo il discorso delle Sezioni Unite, la differenza tra p.u. che concute e p.u. che estorce non possa farsi sulla scorta dell'aggettivazione (relativa o assoluta) della coazione, occorre guardare al rapporto strutturale tra le due fattispecie onde provare a coglierne l'effettivo *discrimen*. In entrambi i delitti il fatto tipico richiede una condotta costrittiva. Nell'un caso la costrizione è legata all'abuso, si parla infatti di "abuso costrittivo", nell'altro caso è legata esplicitamente alla violenza o alla minaccia, quali mezzi necessari per generare nella vittima lo stato di coazione psicologica, al fine di costringerla a porre in essere un atto di disposizione patrimoniale, ricollegandosi all'abuso soltanto nell'ipotesi aggravata.

Le due norme sembrano invero caratterizzate da specialità reciproca⁵⁷.

Senza addentrarci nel discorso sulla oggettività giuridica tutelata e rimanendo sul piano degli elementi costitutivi delle due fattispecie, è evidente come il "promettere" costituisca condotta caratterizzante della sola concussione. Se infatti, ontologicamente, il "dare" può costituire espressione di un *facere* (non c'è consegna di utilità senza un fatto, un mutamento della realtà sensibile), la promessa sembra esulare dalle condotte tipiche (fare od omettere) cui l'estorsore costringe le vittime.

Dal lato dell'estorsione aggravata, il profitto (sempre che sia rigorosamente interpretato come oggetto di *genus* economico, con una puntuale rispondenza alla collocazione sistematica del reato ed al relativo interesse giuridico tutelato, il che si rivela assai discutibile considerato l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria e di parte della dottrina⁵⁸) appare una specificazione della generica "utilità" di cui alla concussione.

Il danno ingiusto viene considerato, invece, dalle stesse Sezioni Unite quale elemento costitutivo implicito della concussione, infatti: "il danno ingiusto e il

⁵⁷ A favore della tesi della specialità reciproca, A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, cit., p. 184. Tra le norme considerate, una dottrina ritiene sussistente il rapporto di specialità unilaterale, reputando la concussione fattispecie speciale rispetto all'estorsione aggravata: M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2002, p. 116. L'applicazione del delitto di concussione, rispetto a quello di estorsione aggravata, si giustificerebbe ricorrendo al principio di consunzione, con il paradosso, però, di applicare il reato punito con la pena inferiore: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, IX ed., 2000, p. 141.

⁵⁸ G. FIANDACA ED E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 156. Peraltro qui il profitto viene definito "ingiusto" anche quando derivi da un "abuso del diritto", con una evidente somiglianza con quanto esplicitamente previsto in tema di concussione: "utilità" cui il p.u. tende mediante "abuso dei poteri" che gli competono.

*vantaggio indebito, quali elementi costitutivi impliciti rispettivamente della condotta costrittiva di cui all'art. 317 c.p. e di quella induttiva di cui all'art. 319-quater cod. pen., devono essere apprezzati con approccio oggettivistico*⁵⁹.

Sul versante dell'estorsione aggravata, infine, il riferimento alla "violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio", contenuto nella norma di cui all'art. 61, c. 1, n. 9 c.p., risulta assente nell'art. 317 c.p, mentre, sul versante della concussione, il riferimento all'"abuso di qualità", presente nel 317 c.p., è sconosciuto all'art. 61, c. 1, n. 9 c.p.⁶⁰.

La tesi della specialità reciproca⁶¹ implica inevitabili ripercussioni sul fronte del dilemma concorso apparente di norme⁶²/concorso di reati.

Sul versante giurisprudenziale, numerose sono ormai le pronunce, anche a Sezioni Unite, che guardano al solo criterio della specialità in astratto come *trigger* che consenta l'applicazione dell'art. 15 c.p., ripudiando i criteri "valutativi" dell'assorbimento e della consunzione⁶³.

Inoltre, per giurisprudenza e dottrina prevalente⁶⁴, la specialità bilaterale (o reciproca) non rientra nel concetto di specialità di cui all'art. 15 c.p. Ciò si pone in linea col *trend* ormai consolidato per il quale sono da abbandonare tutti quei parametri risolutivi di natura non logica e strutturale che rimandino inevitabilmente a giudizi di carattere valutativo e in definitiva opinabili⁶⁵, come

⁵⁹ Vedi punto 15 della sentenza.

⁶⁰ Non si condivide dunque quell'indirizzo per cui la concussione sarebbe sempre reato strutturalmente speciale rispetto all'estorsione, anche in forma aggravata, in quanto caratterizzato dall'abuso di qualità. Vedi sul punto S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 68.

⁶¹ La specialità reciproca si configurerebbe "allorché nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è ad un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra", sicché "le due fattispecie si presentano come «cerchi intersecantisi»": F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, VII ed., 2011, p. 472.

⁶² A. PAGLIARO, *Concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1386 e ss.

⁶³ Le Sezioni Unite con le pronunce n. 1235 e 1963 del 2011 si sono espresse nettamente a favore del principio di specialità, inteso come rapporto logico-formale tra fattispecie astratte, ritenendolo l'unico criterio utilizzabile per riconoscere l'apparenza del concorso di norme, aggiungendo che il suddetto è configurabile "solo in presenza di un rapporto di continenza" tra le norme convergenti, e verificabile "attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse". Vedi anche, del medesimo avviso, Cass. pen., S.U. n. 3087/2006 e n. 41164/2005. In dottrina Antolisei non ammetteva criteri diversi dalla specialità in astratto: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, II ed., 1952, p. 159.

⁶⁴ Per un'applicazione dell'art. 15 c.p. circoscritta soltanto ai rapporti tra fattispecie astratte ed esclusivamente in senso unilaterale: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, IV ed., 2006, pp. 634-635. Del medesimo avviso, G. MARINUCCI E E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, IV ed., 2012, p. 435. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. II, 4 maggio 1995, n. 478 e Cass. pen., Sez. IV, 17 aprile 1989, n. 313. Per la tesi, invece, della ricomprensibilità della specialità bilaterale o reciproca entro l'art. 15 c.p.: T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, pp. 379 e ss.

⁶⁵ Pagliaro afferma che, in ipotesi di specialità bilaterale, il rapporto che viene ad instaurarsi tra le norme in gioco, graficamente rappresentabile con due cerchi intersecantisi, non è un rapporto logico,

quello, pure avanzato in passato, che proponeva l'applicazione di quella tra le più norme che presentasse un maggior numero di elementi specializzanti.

Se davvero, come pare, la relazione strutturale tra le due norme in commento non può che atteggiarsi a rapporto di specialità bilaterale o reciproca, non vi sarebbe spazio per un concorso apparente di norme. Il caso classico del pubblico ufficiale che costringa un soggetto ad un esborso di danaro, mediante violenza o minaccia, abusando della propria qualifica, cagionando al contempo un danno (patrimoniale) alla vittima ed un proprio profitto illecito, dovrebbe, a rigor di logica, subire le conseguenze (assai pregiudizievoli) di un concorso di reati, con conseguente applicazione del cumulo di pene⁶⁶. Oggi la norma più grave appare essere quella che punisce l'estorsione aggravata, nonostante vi sia stato, con la riforma, un aumento edittale di pena, nel minimo, per la concussione. La conseguenza del cumulo appare evidentemente eccessiva, ma è la risultante della contemporanea presenza nel nostro ordinamento delle due fattispecie in commento e dei criteri, assai rigidi, che la Cassazione si è proposta di usare per il futuro sul tema del concorso apparente.

A diverso esito si perverrebbe qualora, come propugna con vigore una parte consistente della dottrina, si utilizzassero, in uno con la specialità, pure i criteri dell'assorbimento o della consunzione. C'è chi ha proposto la sola contestazione della concussione, nell'esempio descritto, in quanto questo sarebbe il reato che "assorbe" il disvalore dell'estorsione aggravata, in certo senso "contenendolo"⁶⁷. Oltre al *niet* che pare ormai a più riprese espresso dalla giurisprudenza sull'utilizzo di questi criteri "valutativi" (senz'altro proposti per evitare conseguenze sanzionatorie sproporzionate, come nel caso in esame), vi è anche una ulteriore obiezione ora da muovere alla ricostruzione avanzata. Si è davvero sicuri che la concussione risulti, oggi, fattispecie che assorba il disvalore estorsivo? Quest'assunto dovrebbe essere messo in discussione almeno sotto il profilo più squisitamente sanzionatorio: l'estorsione, con l'aggiunta dell'aggravante *ex art. 61, c. 1, n. 9 c.p.*, è oggi ancora punita più gravemente, nel massimo edittale previsto, rispetto alla concussione. Inoltre la plurioffensività, pure citata come argomento a favore della contestazione della sola concussione, in quanto reato "assorbente", è caratteristica propria anche dell'estorsione. Se nella concussione viene in rilievo la lesione dei beni della imparzialità, buon andamento, immagine e legalità della P.A., insieme a quello della libertà di

bensì di valore, di talché non vi sarebbe alcuna differenza con quei rapporti tra norme che danno luogo ad un concorso effettivo di reati. A. PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., pp. 1389-1390.

⁶⁶ Accenna alla possibilità del concorso di reati Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 1998, n. 5569 (imp. Pera): "Ne consegue, in tema di rapporti tra concussione ed estorsione, che il solo comportamento di induzione per inganno, idoneo a realizzare l'elemento materiale per il primo reato, non lo è anche con riguardo al secondo; ogni altro atteggiamento di minaccia, esplicita o implicita, può invece integrare la condotta di entrambe le fattispecie criminose".

⁶⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 141.

autodeterminazione dell'*extraneus*, nella estorsione aggravata si aggrediscono i beni della libertà individuale e del patrimonio⁶⁸. Come plurioffensivi si atteggiavano allora entrambi i reati. Solo al prezzo di considerare il bene della imparzialità e legalità dell'azione pubblica come prevalente rispetto a quello del patrimonio e della libertà di scelta privati, potrebbe ancor oggi affermarsi che la concussione sia reato che assorbe l'estorsione. E' questa però conclusione quanto mai discutibile, forse legata ad una gerarchia originaria non più condivisibile⁶⁹, non essendo peraltro il bilanciamento degli interessi protetti dalle norme incriminatrici un criterio affidabile e sicuro sulla scorta del quale risolvere problemi cruciali quali quello relativo al concorso apparente.

6. L'attualità del *metus publicae potestatis*.

La questione dell'abuso di pubblici poteri che possa ingenerare una costrizione, inverandosi almeno in una minaccia anche implicita o larvata, come prospettazione di un male non conforme a legge, impone di guardare anche al celebre requisito del *metus publicae potestatis*⁷⁰. Ci si domanda se, oggi, possa tale elemento, che contraddistinguerebbe l'abuso con effetto di costrizione, ancora ritenersi vivo ed attuale.

Si dubita invero che il mero venire a contatto con l'esercente pubbliche funzioni determini quell'effetto di soggezione psicologica nell'*extraneus* il quale, dinanzi ad un abuso, si senta "costretto" (si badi bene: non più anche "indotto" ma solo *coactus*) alla elargizione o alla promessa. L'antistoricità di una certa concezione autoritaristica dei rapporti tra il pubblico potere ed il cittadino, che

⁶⁸ Forse persino quello della legalità della condotta dei pubblici ufficiali se si attribuisca un rilievo significativo al disvalore espresso dalla circostanza aggravante.

⁶⁹ Vedi *infra* il discorso sul *metus publicae potestatis*, che appare legato a filo doppio con quello esposto.

⁷⁰ "Il *metus publicae potestatis* deve essere ravvisato non solo quando la volontà del privato sia coartata dall'esplicita minaccia di un danno ovvero fuorviata dall'inganno, ma altresì qualora venga repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale, il quale, pur senza avanzare esplicite ed aperte pretese, di fatto agisca in modo da ingenerare nella vittima la fondata convinzione di dover sottostare alle decisioni del p.u. per evitare il pericolo di subire un pregiudizio, inducendolo così a dare o promettere denaro o altra utilità" in Cass. pen., Sez. VI, n. 46514/2009. In dottrina G. Fiandaca ed E. Musco contestano il fatto che il *metus*, inteso come "(...) paura o (...) timore che deriva al privato dalla situazione di preminenza di cui gode il pubblico ufficiale" assurga ad elemento fondante della concussione già prima della riforma: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., pp. 214-215. In senso conforme si veda, V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 7. Da ultimo le Sezioni Unite si sono in tal senso espresse: "ritenuto da sempre elemento trainante della concussione, malgrado non positivizzato all'interno della norma, finisce per tipizzare, sia pure indirettamente, la fattispecie concussiva. Va tuttavia chiarito che il timore del privato verso la pubblica potestas a causa della posizione di supremazia dell'intraneus non integra un elemento strutturale, ma rappresenta la manifestazione dello stato di soggezione psicologica della vittima come l'altra faccia dell'abuso della qualità e dei poteri da parte del pubblico agente, (...) è l'espressione dell'oggettivo e stringente condizionamento della libertà di determinazione del soggetto passivo, il quale, per il timore del danno ingiusto minacciato dal pubblico ufficiale, è privato di ogni capacità di resistenza ed è costretto a soccombere di fronte alla richiesta indebita di quest'ultimo", punto n. 13.6. della sentenza.

fonderebbe diverse fattispecie di reato ancora presenti nel nostro codice, in ciò distinguendole dalle corrispondenti norme incriminatrici improprie, è stata ben messa in luce dalla Corte Costituzionale nella sentenza sull'oltraggio al p.u. La Consulta evoca una "*democrazia matura*" che travalichi la "*concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini (...) estranea alla coscienza democratica instaurata dalla costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima*"⁷¹.

Rileggendo queste parole, desta perplessità la perdurante presenza nell'ordinamento penale di una fattispecie che rinvenirebbe nel *metus* la differenza tra abuso del pubblico potere che determina costrizione (concussione) e minaccia privata che comporta coazione (estorsione).

Possono prendersi in prestito dal diritto amministrativo numerosi argomenti idonei a ricostruire in una differente logica il rapporto tra cittadino e P.A., e conseguentemente a svuotare la tesi dell'esistenza di un *metus publicae potestatis*.

In primo luogo, soccorre la teoria dei c.d. diritti inaffievolibili. Quest'ultima, di matrice germanica, si fonda sul rovesciamento della formula elaborata da Lodovico Mortara, per la quale "*quando sussiste il potere non può rivendicarsi un diritto*". Il rovesciamento consiste nell'affermare che, quando si tratti di diritto rientrante nel novero, non chiuso, dei diritti inviolabili e fondamentali (per alcuni addirittura "diritti naturali") della persona, patrimonio "genetico e costitutivo" dell'uomo in quanto tale, la P.A. non può procedere ad una degradazione, ad una incisione, anche indiretta, degli stessi. La P.A. non può esercitare alcun potere pubblicistico se si trovi dinanzi ad un diritto intangibile, in un'ottica squisitamente costituzionale⁷².

⁷¹ Corte Cost., n. 341/1994. Vedi altresì G. FORTI, cit., p. 507.

⁷² Ciò sarebbe motivato dalla natura non meramente programmatica, ma direttamente precettiva, di molte norme della Carta Fondamentale (si pensi *in primis* agli artt. 2 e 32 Cost.): i diritti ivi sanciti non sono tutelati soltanto avverso condotte di matrice privatistica, ma pure a fronte dell'esercizio (anche abusivo, evidentemente) di poteri pubblicistici. Tali poteri possono pure essere "contrabbandati" dall'emanazione di apparenti provvedimenti, ma si atteggianno in realtà a meri comportamenti violativi di diritti soggettivi inscalfibili. Si tratta insomma di "non-atti", "non-provvedimenti", di finto esercizio del potere. Ne discende che essi non sarebbero mai utili ad affievolire il diritto fondamentale ad interesse legittimo, con conseguente tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo. Il g.o. non conoscerebbe, dinanzi a questi finti provvedimenti, i classici limiti stabiliti dalla Legge di Abolizione del Contenzioso Amministrativo del 1865, proprio perché si tratterebbe di atti contrari ai precetti costituzionali. Il g.o. potrebbe sia procedere ad un diretto annullamento che ad una condanna a *facere* pubblicistico, normalmente esulanti dalla sua sfera di potere. La Cassazione ha, più volte, avallato questa teoria, estendendola progressivamente a partire dal diritto alla salute (categoria in relazione alla quale la teoria era stata inizialmente concepita, con la nota pronuncia a Sezioni unite n. 1436/1979), poi ampliandola alla libertà di coscienza e religione, alla riservatezza, alla identità personale e (per quel che qui interessa) alla libertà di autodeterminazione privata. Più di recente sia la Corte Costituzionale sia la Suprema Corte di Cassazione hanno riconosciuto in capo al giudice amministrativo la cognizione in caso di

In secondo luogo lo stesso concetto di “potere” e quello di “pubblica amministrazione” divengono cangianti. Nel primo, oggi, si includono anche i comportamenti riconducibili al potere amministrativistico; quanto al secondo si assiste ad una definizione frammentata, relativizzata, dipendente dalla singola materia di interesse. Lo *status* di soggetto pubblico non è più immanente, permanente, universale, fondato sul brocardo “*semel amministrazione semper amministrazione*”, per cui un soggetto che venga riconosciuto come P.A., lo sia sempre per ogni aspetto e disciplina del suo agire⁷³.

In terzo luogo, quand’anche la posizione soggettiva del privato che viene a contatto col potere pubblico continui a qualificarsi come di interesse legittimo, e non di diritto soggettivo, l’interesse muta la propria nozione originaria. Esso non si attegga più ad aspettativa legittima e tutelata di legalità dell’*agere* pubblico, bensì a situazione soggettiva assai più prossima, e comunque non di rango servente o subordinato, rispetto al diritto soggettivo⁷⁴.

Da ultimo, ma non per importanza, si registra il proliferarsi, a partire dalla nota legge n. 241 del 1990, degli istituti sostanziali e dei rimedi processuali esperibili dal cittadino per far valere e tutelare i propri interessi nei confronti della P.A. Si pensi, a titolo esemplificativo, allo strumento della partecipazione nel procedimento amministrativo e al diritto di accesso agli atti, così come alle diverse azioni proponibili innanzi al giudice amministrativo previste dal recente codice del processo amministrativo (D. Lgs. n. 104/2010), che ha implementato la cognizione del giudice amministrativo, non più limitata al solo atto oggetto di impugnazione, ma all’intero rapporto.

L’evoluzione sorprendente del diritto amministrativo, seppur lenta e macchinosa, è evidente sol che si consideri la distanza non solo storica ma soprattutto di mentalità che ci divide dalle parole di Stanislao Mancini, pronunciate in occasione dei lavori parlamentari che condussero, nel 1865, all’approvazione della Legge Abolitiva del Contenzioso Amministrativo n. 2248 del 20 marzo 1865: “ [...] *sia pure che l’autorità amministrativa abbia fallito la sua*

diritti fondamentali, sempre che si tratti di giurisdizione esclusiva (Corte Cost. n. 104/2007 e Cass. civ., S.U. n. 2656/2008 e n. 27187/2007). F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, VII ed., 2014, pp. 76 e ss.

⁷³ Si avverte invece lo sviluppo di una logica di “geometrie variabili”, secondo la quale un soggetto può essere considerato dalla legge come P.A. per certi aspetti, a certi fini, riguardo a certi istituti, mentre per altri aspetti, fini e discipline viene ritenuto protagonista dell’universo puramente privatistico. Il legislatore sembra cioè aver rinunciato a rispondere in modo netto ed univoco alla domanda se un determinato individuo o ente sia *tout court* pubblico agente o ente pubblico. F. CARINGELLA, cit., pp. 585 e ss.

⁷⁴ In particolare oggi l’interesse legittimo si definisce come interesse materiale ad un bene della vita, per il conseguimento del quale è necessaria l’opera intermediatrice della pubblica amministrazione. In altre parole, il privato vanta una posizione dialettica che gli consente un dialogo col potere precettivo della pubblica amministrazione. Significativa è la sua risarcibilità, riconosciuta a partire dalla celeberrima sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, che ha decretato una svolta definitiva, sancendo il principio di responsabilità della P.A. anche per i danni cagionati dal non corretto esercizio del potere pubblico. F. CARINGELLA, cit., pp. 14 e 208.

missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, [...] sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli ... sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? [...] che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni.”

In definitiva, il diritto penale ed il diritto amministrativo non possono non dialogare specie quando si tratti di considerare, in chiave critica, le fattispecie di reato ancora esistenti contro la Pubblica Amministrazione⁷⁵.

Il diritto amministrativo induce a riflettere circa un progressivo svuotamento delle originarie certezze in tema di potere pubblico, di pubblica amministrazione, di soggetto pubblico, di interesse legittimo. Il diritto amministrativo contribuisce anche ad una ridefinizione, ormai relativizzata, della *publica potestas*.

Il diritto penale, dal canto suo, non può allora che prendere atto di questa complessiva trasformazione del panorama pubblico e ripensare una distinzione tra abuso che determini *metus* se esercitato da pubblico ufficiale da un lato e violenza o minaccia che ingeneri costrizione se messa in atto da privato cittadino (o anche, con una irrazionale distonia, da incaricato di pubblico servizio) dall'altro. Il *metus publicae potestatis* non può più esser considerato come requisito fondante il delitto di concussione. Lo stato di soggezione non dipende dal “venire a contatto” con un pubblico potere (un pubblico potere, peraltro, come visto, dal volto cangiante e spesso dalle sembianze confuse con tratti fisiognomici privatistici) ma dall'atteggiamento dell'autore in concreto manifestato. Il *quid alii* della concussione non può più consistere nel fatto che l'effetto di timore sia inverato dalla presenza di un pubblico ufficiale che abusi dei propri poteri.

L'elemento della antistoricità del *metus* merita di essere sottolineato anche in relazione alla tradizione storica italiana sopra ricordata (par. 2). Il dato fornito dalla storia delle codificazioni è stato evidenziato in dottrina⁷⁶ per concludere nel senso di una inopportunità della espunzione del delitto di concussione dai reati contro la P.A.: il delitto sarebbe specificità tutta italiana e per questo difficilmente immaginabile sarebbe un suo ripensamento in sede legislativa. Questa considerazione non può però che dialogare con la descritta antistoricità del *metus*. Quest'ultimo era dato senz'altro caratterizzante la concussione sin dai primi

⁷⁵ Il nesso tra diritto amministrativo e diritto penale è un tratto caratterizzante la massa delle fonti del diritto sovranazionale, almeno sotto il profilo dell'impegno di quest'ultimo per finalità di immediata prevenzione dei comportamenti illeciti di pertinenza del secondo. Non solo: la stessa riforma Severino presenta analoga vocazione integrata. Sulla necessità di un apparato amministrativo forte e rigoroso in funzione preventiva, vedi M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 228. Per un'analisi delle misure preventive introdotte dalla presente riforma: F. DI CRISTINA, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge n. 190 del 6 novembre 2012)*, in *Studium iuris*, 2013, pp. 662 e ss.

⁷⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Per una modifica*, cit., p. 62.

tentativi di legislazione penale moderna, emblema di una diversa concezione del rapporto cittadino - P.A, vero e proprio “corredo cromosomico” di quelle incriminazioni. Ci si chiede allora se il dato storico, in questa prospettiva, possa ancora giustificare l’esistenza di una fattispecie che non può più fondarsi sul fattore genetico primigenio caratterizzante il delitto. Delle due l’una: o si deve sfrondare l’argomento della storia da ogni rilievo in tema di conservazione del 317 c.p., così come adesso formulato, o, se lo si voglia conservare, occorre dimostrare che oggi il *metus* nei confronti del pubblico potere sia sopravvissuto alla evoluzione del diritto amministrativo nei termini che abbiamo provato a sintetizzare.

7. L’esclusione dell’incaricato di pubblico servizio.

La scelta del legislatore di riformulare la concussione come reato del solo pubblico ufficiale, espungendo il riferimento all’incaricato di pubblico servizio desta non poche perplessità⁷⁷ e rappresenta un ulteriore passaggio utile ad un ripensamento dei rapporti tra il reato di concussione e quello di estorsione.

La *ratio* sottesa alla eliminazione dell’i.p.s. dal novero dei soggetti attivi della concussione risiede nella convinzione, assai discutibile, che il p.u. sia il solo in grado di cagionare nell’*extraneus* il *metus publicae potestatis*⁷⁸. Tale considerazione non pare però aderente alla realtà fattuale: l’evoluzione della pubblica amministrazione ed in particolare il fenomeno dell’ibridazione tra profili pubblici e privati delle funzioni e dei servizi, hanno decretato, nel corso degli ultimi decenni, una continua ed incessante dilatazione della figura dell’incaricato di pubblico servizio⁷⁹, tanto che, in non pochi casi, risulta difficoltoso individuare

⁷⁷ Sulle criticità di tale scelta e la sua conflittualità con l’art. 3 Cost. si sono espresse sia la dottrina (*ex plurimis*, G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 8; P. PISA, *Una nuova stagione di “miniriforme”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1422; F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 231; S. SEMINARA, *I delitti di concussione ed induzione*, cit., p. 388; F. CINGARI, *Sulle nuove norme penali contro la corruzione pubblica*, in *Studium iuris*, 2013, p. 1080), sia le Sezioni Unite, per le quali: “L’incaricato di pubblico servizio, pur privo di poteri autoritativi, può comunque attuare, nell’odierna realtà variegata della pubblica amministrazione e con l’esponenziale sviluppo dei servizi pubblici, condotte costrittive tali da ingenerare uno stato di integrale soggezione del privato”. Si veda anche la *Relazione n. 19/2013* dell’Ufficio del Massimario, cit., p. 5. Si da conto, inoltre, del d.d.l. n. 19 in materia di corruzione, concussione, falso in bilancio e riciclaggio, primo firmatario il Presidente del Senato P. Grasso, presentato il 15 marzo 2013, che prevede il reinserimento dell’i.p.s. tra i soggetti attivi del reato di concussione.

⁷⁸ R. GAROFOLI, [La nuova disciplina dei reati contro la p.a.](#), in *questa Rivista*, 15 gennaio 2013, p. 4. La giurisprudenza di legittimità, da tempo risalente, si è sempre espressa in senso contrario, ritenendo l’i.p.s. soggetto idoneo a porre in essere atti costrittivi, anche se non dotato dei poteri propri del p.u., vedi *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. VI, n. 17902/2003.

⁷⁹ Sulla necessità di una rivisitazione delle qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p.: V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, 2010, pp. 150 ss.; A. VALLINI, [La nozione di “incaricato di pubblico servizio” e l’odierna realtà dei servizi di interesse generale](#), in *questa Rivista*, 16 giugno 2011, pp. 1 e ss.

quando un soggetto rivesta tale qualifica piuttosto che quella di pubblico ufficiale. Se i confini tra le due figure appaiono ormai sfumati, di conseguenza anche il fondamento dell'espunzione (solo l'abuso posto in essere da un p.u. può inverare il *metus*) si appalesa inverosimile.

La paura, ingenerata dall'abuso posto in essere dall'incaricato di pubblico servizio, sarebbe idonea, invece, presenti gli ulteriori requisiti, a configurare il delitto di estorsione⁸⁰. Questa traslazione nell'alveo dell'estorsione induce però ad una doppia riflessione: da un lato l'irragionevolezza di una difformità di penalizzazione, considerato, si ribadisce, che i consociati oggi vivono in una rete di pubblici servizi spesso affidati a consorterie private e che anzi la pubblica funzione appare sempre più demandata a gruppi di gestione mista di natura societaria (si pensi alle società *in house*, al partenariato pubblico-privato, agli enti autonomi, agli organismi di diritto pubblico, alle imprese pubbliche), dall'altro che, se l'effetto di costrizione è il medesimo, eguali appaiono e il carattere abusivo e, sempre che se ne riconosca la rilevanza, il *metus* ingenerato.

D'altronde sembra paradossale che proprio colui che venga, del tutto aprioristicamente e pretestuosamente, considerato meno offensivo per il bene giuridicamente tutelato (la funzione pubblica) o meglio colui la cui condotta si ritiene carica di un minor disvalore penale, perché privo di certi poteri, rischi in definitiva una risposta sanzionatoria più grave in quanto punibile a titolo di estorsione aggravata⁸¹. Si consideri, inoltre, che nei suoi confronti non troverà applicazione l'attenuante prevista dall'art. 323-*bis* c.p.

Parimenti, tali considerazioni militano a favore di uno scivolamento della concussione nell'estorsione. Se, infatti, si volesse sostenere che la condotta costrittiva tipica della concussione non sia equiparabile a quella estorsiva, si rischierebbe, di fronte a medesimi fatti, di punire l'i.p.s. e non il p.u., pericolo, questo, che per il momento la giurisprudenza mira a scongiurare⁸².

⁸⁰ F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, p. 163; in giurisprudenza si veda: *Relazione n. 19/2013* dell'Ufficio del Massimario, cit., p. 5; Cass. pen., Sez. VI, n. 20430; Cass. pen., Sez. VI, n. 13047/2013.

⁸¹ Si rinvia alla nota n. 75. In senso difforme P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., p. 9, la quale ritiene che l'aumento di pena può comunque essere neutralizzato a mezzo del giudizio di bilanciamento cui è soggetta la circostanza comune.

⁸² "Se l'estorsione avesse un ambito più ampio e non corrispondente alla concussione, avremmo incomprensibili disparità nel trattamento di identiche condotte. Se, infatti, la "costrizione" non dovesse avere un ambito corrispondente alla "minaccia" dell'estorsione e, quindi, nel concetto di "induzione" rientrassero anche dei casi di minaccia in senso proprio, pur se caratterizzati da una minor gravità, innanzitutto vi sarebbero condotte che, se commesse dal pubblico ufficiale, sarebbero punite meno gravemente che se commesse dall'incaricato di pubblico servizio. (...) Inoltre, e questa sarebbe una conseguenza ancor più anomala, il privato vedrebbe la propria condotta in un caso valutata come di vittima di una estorsione e nell'altro di responsabile del reato di cui all'art. 319 quater cod. pen." in Cass. pen., Sez. VI, n. 13047/2013 (imp. Piccinno). Vedi anche D. BRUNELLI, cit., p. 15.

8. Conclusioni.

Volendo stimare un bilancio, parrebbe dunque che la legge n. 190/2012 e la recente pronuncia della Sezioni Unite non abbiano inciso in maniera significativa nel risolvere le criticità esistenti. Si è senz'altro agito con l'intento, lodevole ed apprezzabile, di conferire fisionomia e nettezza a ciò che prima pareva non facilmente distinguibile - le stesse Sezioni Unite sottolineano che la giurisprudenza considerava la costrizione e l'induzione come condotte ormai fungibili - senza in realtà produrre alcun mutamento effettivo, salvo che una nuova confusione sui tracciati discretivi.

Sul versante *costruens*, un rapido cenno merita senz'altro la c.d. "proposta di Cernobbio"⁸³. Questa proposta, alla luce dei fattori su ricordati, appare tutt'altro che superata dalla riforma del 2012⁸⁴. Il *pool* di magistrati e di professori riteneva opportuna l'aggiunta di un comma all'art. 629 c.p., che avrebbe dovuto prevedere quanto segue: *"La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da lire due milioni a lire sei milioni se la violenza o minaccia è commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla sua qualità o alle sue funzioni, ovvero se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente"*⁸⁵. Come si nota, non vi è alcun riferimento alla condotta che si espliciti nella promessa: evidentemente gli autori della proposta ritenevano (in maniera non completamente condivisibile ad avviso di chi scrive) la stessa già configurabile nel "fare" di cui alla estorsione, salvo a non considerare una sua definitiva *abolitio*. Gli stessi responsabili della proposta si sono premurati invece di inserire l'esplicito riferimento all'abuso di poteri (o violazione di doveri) che determini l'effetto di costrizione: si può ipotizzare che essi

⁸³ I 18 artt. del testo della *Proposta in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti* sono disponibili nella *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, nella sezione Attualità del 1994, pp. 911-918. Gli autori della proposta, che venne presentata durante il Convegno del 14 settembre 1994 presso l'Università Statale di Milano, furono i sostituti procuratori della Repubblica presso il Tribunale di Milano, dott.ri G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, i professori O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella e l'avv. M. Di Noia. Al riguardo si vedano anche le relazioni al Convegno di F. STELLA, *La «filosofia» della proposta anticorruzione*, *ibidem*, pp. 935-940, e D. PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, *ibidem*, pp. 948-957. Di interessante rilievo anche F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, *ibidem*, pp. 941-944.

⁸⁴ Sulla proposta proveniente da Cernobbio, manifesta la sua contrarietà Pagliaro. L'Autore argomenta la sua tesi circa l'opportunità della sopravvivenza della concussione (si evince: anche solo per costrizione) mediante argomenti di carattere, *lato sensu*, storici affermando che: *"la figura della concussione è tipica della storia del diritto penale italiano: essa si ritrova non solo nel codice Zanardelli (artt. 169 e 170), ma anche in tutti i codici preunitari (...). E il Carrara notava che «il significato della parola concussione che ne coarta l'idea al timore incusso mediante pubblica potestà, è il più conforme alla autorità del giure romano ed il più accettato nella pratica italiana».* Non si vede perché abbandonare una tradizione così radicata in Italia (...)" e con una non sopravvalutazione dell'argomento comparatistico (sia per quest'ultimo che per l'argomento storico *vedi supra* nel testo). A. PAGLIARO, *Per una modifica*, cit., p. 62.

⁸⁵ Art. 3 (*Circostanze aggravanti della corruzione, della calunnia e dell'estorsione*) della proposta di Cernobbio.

ritenessero indispensabile specificare l'abuso come causa della coazione, immaginando ipotesi in cui lo stesso potesse ingenerare una costrizione nell'animo della vittima non al contempo transitando per la prospettazione di un male *contra ius* (nei termini di cui alla tradizionale definizione di "minaccia"). Questa ipotesi è stata però, come visto, categoricamente smentita dalle Sezioni Unite. L'introduzione poi di pene svincolate rispetto a quelle previste in tema di estorsione "classica", con una cornice edittale autonoma, era dettata dall'esigenza di evitare ipotesi di bilanciamento (trattandosi di aumento "ad effetto speciale").

Questa proposta potrebbe rappresentare oggi un ottimo punto di partenza per ripensare il delitto di cui all'art. 317 c.p. nei termini e con gli spunti che sin qui abbiamo provato ad offrire.

Una volta celebrato il divorzio tra i due rami della concussione e una volta accolto, da parte delle Sezioni Unite, il principio per cui da un lato nessuno dei tre criteri che provavano un'*actio finium regundorum* tra 317 e 319-*quater* c.p. è davvero dirimente e dall'altro il livello di coazione, relativo, è il medesimo tra concussione ed estorsione aggravata, gli elementi di criticità si moltiplicano anziché semplificarsi e ridursi.

Sembra, a tratti, di assistere al paradosso della "coperta corta". La moltiplicazione delle fattispecie incriminatrici impone di individuare nuovi criteri discretivi. Tuttavia, una volta che questi appaiano, allo sguardo perlomeno della giurisprudenza, abbastanza netti e razionalmente condivisibili, in ordine a due delle norme che occorra far dialogare, ecco che la coperta sembra di nuovo corta in relazione al discrimine tra una delle due norme su cui ci si è concentrati ed una terza che pareva fuori dal fuoco dell'obiettivo. Questo è un gioco potenzialmente infinito ed assai poco lusinghiero quando si tratti di scolpire i presupposti di una responsabilità penale.

L'esigenza di evitare una superfetazione, foriera di probabili ipotesi di *ne bis in idem* sostanziale, e l'argomento della antistoricità del *metus publicae potestatis*, paiono motivi sufficienti a riconsiderare quanto avvenuto nel 2012 con la riforma dei reati contro la P.A.

La duplicazione di fattispecie obbliga ad accertamenti a volte defatigatori, altre volte strumentali (per ragioni processuali), rivelandosi, infine, inefficiente. Il risultato è non solo discutibile in punto di giustizia, ma altrettanto deludente per qualunque riforma di lotta davvero efficace contro la corruzione.

Sotto quest'ultimo profilo appaiono, con tutto il dovuto rispetto, preoccupanti le parole della Suprema Corte. Ci si riferisce al principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite circa l'individuazione di criteri discretivi cui il giudice deve attingere per orientarsi nell'ambito delle c.d. "zone grigie": "*nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita (la c.d. "zona grigia" dell'abuso della qualità, della prospettazione di un male indeterminato, della minaccia-offerta, dell'esercizio del potere discrezionale, del bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale), i criteri di valutazione del danno antigiuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della*

vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti".

I principi enucleati non paiono soddisfacenti, in quanto, calando il tutto nell'ottica dell'accertamento processuale, non si comprende appieno cosa si intenda con "operatività dinamica" dei criteri suddetti e quali possano essere i "dati più qualificanti" cui si accenna. L'aspetto che presta il fianco a maggiori critiche si ravvisa però nel demandare al giudice il compito di scegliere il reato addebitabile sulla scorta di parametri valutativi elaborati *ex post facto*, espressione di un instabile e fluttuante margine di discrezionalità.

Tale assunto pare pertanto accentuare e testimoniare ancora una volta il divario sussistente tra teoria e prassi, il quale si manifesta in tutte le sue ombre proprio nell'ambito della verifica procedimentale.



IL CRITERIO DI DISTINZIONE TRA CONCUSSIONE E INDUZIONE INDEBITA ALLA PROVA DELLE IPOTESI DI *THROFFER* (MINACCIA/OFFERTA)*

di Marco Gioia

Abstract. Il presente lavoro si propone di valutare il criterio di distinzione tra concussione e induzione sulla base di due parametri rappresentati dal rispetto delle esigenze di determinatezza e dalla capacità di fondare in modo coerente e costituzionalmente legittimo la punibilità del soggetto indotto. In particolare, tale valutazione verrà effettuata prendendo in considerazione, oltre ai casi “lineari”, anche ipotesi applicative più ambigue e complesse, caratterizzate dalla contemporanea prospettazione, da parte del pubblico agente, di un male ingiusto e di un vantaggio indebito, quali conseguenze della scelta del privato di cedere o meno alla pretesa indebita. Tali ipotesi di minaccia-offerta, denominate *throffer*, mostrano l’insufficienza del criterio fondato sul perseguimento di un vantaggio indebito e la necessità di una sua integrazione con criteri ulteriori, che, in una prospettiva teleologicamente orientata, devono essere espressivi del sistema di valori e delle fondamentali opzioni politico criminali ricavabili dalla nostra Costituzione. Si propone pertanto una soluzione fondata sul bilanciamento tra interessi coinvolti, dedicando particolare attenzione alla comune ipotesi applicativa in cui il bene oggetto della minaccia sia la libertà di iniziativa economica del privato. Nel paragrafo finale del presente lavoro, scritto all’esito della pubblicazione delle motivazioni della sentenza *Maldera*, si commentano le conclusioni cui sono pervenute le SS.UU. confrontandole con le proposte avanzate e tentando di delineare le prospettive per l’evoluzione della ricerca e dell’elaborazione giurisprudenziale in questa delicata materia.

SOMMARIO: 1. Determinatezza e coerenza politico criminale nei criteri di distinzione tra concussione e induzione. – 2. Le ipotesi di contemporanea prospettazione di un danno ingiusto e di un vantaggio indebito. Definizione – 3. Possibili soluzioni al problema della qualificazione delle ipotesi di *throffer* – 3.1. Inquadramento di tutte le ipotesi di *throffer* nella fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità. Critica – 3.2. Qualificazione delle ipotesi di *throffer* in ragione della motivazione prevalente alla base delle scelte del privato. Critica – 4. La necessità di individuare criteri integrativi al criterio del danno/vantaggio indebito: il bilanciamento tra gli interessi coinvolti – 4.1. Il problema

* Testo ampliato, con l’aggiunta di note, della relazione presentata al Workshop organizzato da DIPLAP sul tema “Riformulazione – frattura del delitto di concussione ex art. 317”, Milano, 14 febbraio 2013. Il solo paragrafo finale del lavoro è stato aggiunto dopo la pubblicazione delle motivazioni della sentenza.

della minaccia alla libertà di iniziativa economica: una soluzione costituzionalmente orientata – 5.
Brevi osservazioni all’esito della pubblicazione delle motivazioni delle Sezioni Unite n. 12228/2013.

1. Determinatezza e coerenza politico-criminale nei criteri di distinzione tra concussione e induzione.

Il presente lavoro si propone di valutare il criterio che pare essere stato adottato dalle Sezioni Unite per distinguere le ipotesi di concussione di cui all’art. 317 c.p., come modificato dall’art. 1, co. 75, lett. d) l. 6 novembre 2012, n.190 da quelle d’induzione indebita di cui al nuovo art. 319 *quater* c.p., introdotto con l’art. 1 co. 75 lett. i) della stessa legge, verificandone gli esiti applicativi in taluni casi complessi ma allo stesso tempo frequenti⁸⁶.

⁸⁶ Si fa riferimento, in questa sede, al criterio espresso nella massima diffusa attraverso l’informazione provvisoria pubblicata dalla Corte, con largo anticipo sulle motivazioni, v. Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, *Maldera* e altri secondo cui «La fattispecie di induzione indebita di cui all’art. 319-*quater* c.p. è caratterizzata da una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell’incaricato di un pubblico servizio, che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Nella concussione di cui all’art. 317 c.p. invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario». Sul tema dei rapporti tra le due fattispecie v., tra gli altri, A. ALESSANDRI, [I reati di riciclaggio e corruzione nell’ordinamento italiano: linee generali di riforma](#), in questa Rivista, 25 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 133 ss.; G. ANDREAZZA – L. PISTORELLI, [Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190. Relazione a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione](#), in questa Rivista, 20 novembre 2012; G. BALBI, [Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione](#), in questa Rivista, 15 ottobre 2012, e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2012, 5 ss.; 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*, Padova, 2013, 859 ss.; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in [www.federalismi.it](#); E. DOLCINI, [La Legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 152 ss.; E. DOLCINI – F. VIGANÒ, [Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione](#), in questa Rivista, 27 aprile 2012 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 244 s.; G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, *passim*; G.L. GATTA, [Sulla minaccia dell’esercizio di un potere pubblico. A proposito dei problematici rapporti tra concussione e ‘induzione indebita’](#), in questa Rivista, 2 dicembre 2013; M. GAMBARDELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. Pen.*, 2013, n. 4, 1285 ss.; R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in questa Rivista, 3 maggio 2013; C.F. GROSSO, *Novità omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella – M. Pelissero, Torino, 2013, 1 ss.; S. MANACORDA, *Normativa internazionale e scelte politico criminali di contrasto alla corruzione: il piano inclinato della riforma*, in AA. Vv., *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Milano, 2013, 171 ss.; A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell’ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2013, fasc. 1, 15 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, 122 ss.; ID, [L’incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione](#), in questa Rivista, 27 settembre 2012 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 166 ss.; F. PALAZZO, *Gli effetti “preterintenzionali” delle nuove norme penali contro la corruzione*, in *La legge*

In particolare, la valutazione di tale criterio sarà effettuata sulla base di due parametri consistenti nella chiarezza della distinzione e nella razionalità e legittimità sul piano politico-criminale.

Ad una prima lettura, il canone ermeneutico enunciato dalle Sezioni Unite, che sembra avvicinarsi all'orientamento espresso dalle sentenze *Melfi* e *Milanesi*⁸⁷, rapportato agli altri criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, appare essere quello che meglio realizza le esigenze di chiarezza e coerenza politico-criminale nella distinzione tra le due fattispecie⁸⁸.

Infatti, attraverso il criterio discrezionale fondato sul perseguimento, da parte dell'*extraneus*, di un vantaggio indebito conseguente all'adesione alla proposta abusiva del pubblico agente, la Corte riesce ad ancorare ad un parametro normativo certo l'altrimenti impalpabile criterio del *quantum* di autodeterminazione residuante in capo al privato a seguito della condotta abusiva del pubblico agente⁸⁹. Allo stesso tempo, il criterio in esame risulta essere

anticorruzione, cit., 15 ss.; F. PALAZZO, [Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda](#), in questa Rivista, 16 aprile 2012 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 227 ss.; T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 783 ss.; M. PELISSERO, *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 347 ss.; D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)*, in suppl. di *Cass. pen.*, n. 11, 2012, 3 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 3^a ed., Milano, 2013, 95 ss., 160 ss.; M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, 35 ss.; M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione nelle prime sentenze della Corte di cassazione*, in *Nel Diritto*, 2013, n. 5, 879 ss.; S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione*, cit., 381 ss.; A. SESSA, *La fisiologia dell'emergenza nella più recente normativa anticorruzione: tra eccessi tecnicistici e diritto penale criminogeno*, in *Crit. dir.*, 2012, 283 ss.; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 10; A. SPENA, [Per una critica dell'art. 319-quater c.p., Una terza via tra concussione e corruzione?](#), in questa Rivista, 28 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 213 ss.; V. VALENTINI, [Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione](#), in questa Rivista, 7 febbraio 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2013, 118 ss.; F. VIGANÒ, [Sui supposti guasti della riforma della concussione](#), in questa Rivista, 11 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2013, 143 ss.; ID, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 15e ss.; S. VINCIGUERRA, *La riforma della concussione*, in *Giur. it.*, 2012, 2687 ss.

⁸⁷ Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11794, *Melfi*, rv. 254440; Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2013, n. 20428, *Milanesi*, rv. 255076.

⁸⁸ Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 140 ss.; ID, *L'incerta frontiera*, cit., 205 ss.; in senso conforme M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita*, cit., 45 s.; M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione nelle prime sentenze della Corte di cassazione*, cit., 890; A. SESSA, *La fisiologia dell'emergenza nella più recente normativa anticorruzione*, cit., 324 s.

⁸⁹ L'incertezza e la difficile verificabilità empirica della distinzione tra le due ipotesi rappresentano i principali limiti dell'orientamento che fonda la distinzione tra le due fattispecie sulla base dell'intensità della pressione esercitata dal pubblico agente sul privato (sul punto v., tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 8695, *Nardi*, rv. 254114; Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2013, n. 17285, rv. 254620). Tale orientamento presenta inoltre il limite di non giustificare la punibilità del privato indotto in quanto «tra una costrizione e una costrizione attenuata corre una differenza di carattere meramente naturalistico che non dice nulla sulle ragioni per le quali in un caso il privato sarebbe vittima mentre nell'altro sarebbe complice» A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-*

maggiormente esaustivo di quello adottato dalla Cassazione nella sentenza *Roscia*⁹⁰ che, fondandosi sulla rigida contrapposizione tra minaccia di un male ingiusto — caratterizzante le condotte costrittive — e prospettazione di un “male giusto” — caratterizzante le condotte meramente induttive —, risulta inidoneo a consentire un’adeguata qualificazione di talune condotte abusive caratterizzate da note di ambiguità nella prospettazione del pubblico ufficiale⁹¹.

Esso, inoltre, è idoneo a legittimare in chiave politico-criminale la punibilità del privato indotto, fondandola sulla partecipazione ad un vantaggio personale indebito. Il perseguimento di un vantaggio indebito, infatti, pone il soggetto in uno stato di “soggezione compiacente” all’abuso del p.u., che giustifica l’incriminazione della sua condotta, in virtù della sua consapevole partecipazione al disvalore del fatto⁹².

Alla luce del criterio delle SS.UU., quindi, sembrerebbe potersi affermare che la punibilità della condotta del privato dipenda da una sorta di giudizio circa l’esigibilità della pretesa normativa di non dare o promettere utilità indebite ai pubblici agenti, pur in presenza di pressioni abusive. Si tratta, però, di una valutazione di (in)esigibilità anticipata allo stadio della tipicità⁹³, fondata su una selezione legislativa delle circostanze anomale che determinano la rinuncia alle pretese ordinarie. In presenza di una vera e propria costrizione consistente nella minaccia di un male ingiusto, l’ordinamento valuta come inesigibile una condotta conforme alla pretesa normativa e, pertanto, ritiene il privato vittima dell’abuso del p.u.; al contrario, nelle ipotesi in cui dall’adesione alla proposta del p.a. possa derivare un vantaggio indebito nei confronti del privato, sarà ben

quater c.p., cit., 223; v. pure R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., 9; V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., 188; M. RONCO, *L’amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita*, cit., 45 s.; M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, cit., 887.

⁹⁰ Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2012, n.3251, *Roscia*, rv. 253938.

⁹¹ Si tratta, ad esempio, delle ipotesi di abusi di qualità, che non sfociano né nella minaccia di un male ingiusto né nella prospettazione di un pregiudizio dipendente dall’applicazione della legge, in questi termini v. V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., 195, secondo cui quello che appare esser «il maggior punto di forza del criterio, la schematica nettezza, rischia di convertirsi, dal punto dell’esaustività, nella sua principale menda». Il criterio in esame, inoltre, come si avrà modo di specificare nel corso del lavoro, comporterebbe un’eccessiva espansione della fattispecie di concussione, estendendola anche a tutti i casi in cui, pur in presenza della minaccia di un male ingiusto, si ha la contemporanea prospettazione, da parte del p.u., di un vantaggio indebito per il privato che si decida a concedere o promettere l’utilità; sul punto v. anche M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, cit., 889. Per la diversa critica secondo cui è impossibile, in presenza di un abuso, che il male prospettato possa ritenersi giusto, v. A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte*, cit., 28; G.L. GATTA, *Sulla minaccia dell’esercizio di un potere pubblico*, cit., 2 s.

⁹² In questi termini, V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., 205; M. RONCO, *L’amputazione della concussione*, cit., 48; A. SESSA, *La fisiologia dell’emergenza*, cit., 324 s.; V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 136.

⁹³ In questi termini, V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., 186. In generale sul ruolo del principio di inesigibilità nelle tre categorie del reato cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., *passim*.

esigibile una condotta di rinuncia a tale prospettiva illecita, pur in presenza di un comportamento abusivo dell'agente.

A ben vedere, il principale pregio dell'impostazione seguita dall'orientamento in esame consiste proprio nell'adottare un concetto di costrizione non puramente naturalistico, bensì normativo. Versandosi, infatti, tanto nelle ipotesi di cui all'art. 317 c.p. quanto in quelle di cui all'art. 319 *quater* c.p., in situazioni di coazione relativa⁹⁴, in cui non è mai esclusa *in radice* la possibilità di agire diversamente da parte del soggetto che subisce la pressione, la valutazione circa la doverosità di un comportamento differente, che non ceda all'abuso del pubblico ufficiale, non può compiersi distinguendo i due stati di coazione su di un piano meramente naturalistico⁹⁵. Si tratterebbe di distinguere tra due coazioni del medesimo genere sulla base dell'intensità delle stesse, dando inevitabilmente ingresso nella valutazione a giudizi di tipo individualizzante che non dovrebbero trovare spazio nella valutazione circa la realizzazione o meno di un determinato fatto tipico, ma che, al contrario, incontrano il loro terreno d'elezione nell'ambito della categoria della colpevolezza (*rectius* responsabilità⁹⁶), in uno stadio, quindi, in cui l'accertamento relativo alla realizzazione della fattispecie oggettiva e soggettiva di una norma incriminatrice dovrebbe essersi già concluso. L'intensità della pressione psicologica, infatti, è in gran parte dipendente dalle condizioni in cui si trova chi tale pressione subisce: così un soggetto che versa in situazioni di grave difficoltà economica potrebbe percepire come irresistibile l'abuso del pubblico ufficiale che minacci di irrogargli una sanzione per un illecito effettivamente commesso. Eppure, alla stregua di una valutazione ordinamentale, tale condizione di disagio non può condurre ad elidere l'illiceità penale del fatto ma, al contrario, può e deve rilevare in sede di valutazione della colpevolezza, afferendo alle condizioni di vita del soggetto che possono determinare un'attenuazione delle esigenze di prevenzione speciale nei suoi confronti.

Pertanto, al fine di comprendere quando sia esigibile da parte del privato, pur in presenza di un abuso di un pubblico agente che lo ponga in uno stato di coazione relativa, una condotta conforme alla pretesa normativa che impone di

⁹⁴ In questo senso, V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 186; *contra* G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 11, secondo cui la distinzione tra concussione e induzione si fonda sulla dicotomia coazione assoluta – relativa. Sul tema v. per tutti G.L. GATTA, *La minaccia*, cit., 23 ss.

⁹⁵ In senso conforme, sulla necessità di individuare dei parametri normativi per distinguere i concetti di induzione e costrizione e conseguentemente fondare il giudizio di meritevolezza della pena dell'indotto in modo conforme ai principi generali del sistema penale cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 186 s.; A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319 quater*, cit., 224.

⁹⁶ Per una concezione della categoria del sistema penale tradizionalmente chiamata "colpevolezza", de-eticizzata e completata dall'elemento della prevenzione, rinominata come categoria della "responsabilità" v. C. ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2001, 148 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 88 ss.

astenersi da pagamenti illeciti, distinguendo in questo modo le situazioni rientranti nell'art. 317 c.p. e quelle inquadrabili nell'art. 319 *quater* c.p., occorre abbandonare l'incerto sentiero della valutazione di tipo soggettivo/individualizzante, compiendo invece un giudizio di inesigibilità governato da criteri di tipo normativo che, nel silenzio della disposizione codicistica, devono riflettere le valutazioni e i principi ordinatori adottati dall'ordinamento nel disciplinare i rapporti tra cittadino e autorità⁹⁷. Ebbene, i parametri normativi individuati dalla Corte, rappresentati dall'ingiustizia del danno minacciato dal pubblico ufficiale e, in alternativa, dal carattere indebito del vantaggio perseguito dall'*extraneus*, sembrano essere dei punti di riferimento coerenti e solidi per costruire la valutazione circa l'esigibilità di una condotta di astensione da pagamenti illeciti da parte del privato e per fondarne la punibilità. Alla stregua della valutazione ordinamentale, infatti, mentre appare coerente tutelare la libertà di autodeterminazione del privato quando questa sia stata minata da una prospettazione di un male contrario all'ordinamento giuridico, al contrario, non si vede perché l'ordinamento debba 'solidarizzare', escludendone la responsabilità penale, con chi paghi un pubblico agente per evitare una sanzione che gli spetta o per ottenere altro tipo di vantaggio indebito, solo perché abbia percepito una pressione psicologica⁹⁸.

2. Le ipotesi di contemporanea prospettazione di un danno ingiusto e di un vantaggio indebito. Definizione

Sembrerebbe quindi che, dopo un momento di disorientamento iniziale, il confine tra le due fattispecie incriminatrice si sia assestato lungo un percorso chiaro e coerente. Sembrerebbe, anzi, che attraverso la nuova figura incriminatrice si sia data una soluzione soddisfacente alla questione circa il ruolo da assegnare al privato nelle vicende concussive/corruptive, eternamente conteso tra la parte della vittima e quella del complice⁹⁹.

Tuttavia, uno sguardo più attento ai possibili esiti applicativi del criterio fa emergere delle residue zone d'ombra in cui anche i nuovi strumenti interpretativi sembrano entrare in crisi, non risultando idonei a coprire con la medesima coerenza e chiarezza l'intero spettro delle possibili ipotesi applicative.

⁹⁷ In questi termini cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 28. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319 quater*, cit., 224.

⁹⁸ In questi termini A. NIETO MARTÍN, *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*, in *Revista penal*, n. 12, 2003, 3 ss., 21. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 187.

⁹⁹ In questi termini M. PELISSERO, *Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione*, in C. Piemontese — E. Venafro, *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino 2005, 159 ss., 162; T. PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss., 459.

Il criterio appena esaminato, infatti, sembra ‘funzionare’ correttamente e garantire chiarezza e soprattutto coerenza politico-criminale solo nelle ipotesi, per così dire, ‘lineari’, in cui si ha o l’esclusiva prospettazione di un male ingiusto o l’esclusiva prospettazione di un vantaggio indebito.

In particolare, rientrerebbero con certezza nell’ambito applicativo del delitto di concussione i casi in cui la minaccia, esplicita o implicita, del pubblico ufficiale abbia ad oggetto l’adozione o il compimento di un atto positivo illegittimo, lesivo di un diritto o di un interesse legittimo già presente nella sfera giuridica del soggetto passivo e che attraverso l’atto minacciato verrebbe ingiustamente compresso o sacrificato¹⁰⁰. Andrebbero altresì ricondotte nell’alveo delle minacce di danni ingiusti quelle prospettazioni del pubblico ufficiale aventi ad oggetto l’omessa adozione di un provvedimento vincolato a contenuto favorevole, pur in presenza di tutti i presupposti di legge¹⁰¹. Più problematica, invece, come si avrà modo di chiarire a breve, è la configurabilità della prospettazione esclusiva di un male ingiusto nell’ambito dell’attività discrezionale della pubblica amministrazione, quando questa abbia ad oggetto un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato¹⁰². In tale contesto, infatti, è certamente possibile che la prospettazione malevola del pubblico agente abbia ad oggetto un male qualificabile come ingiusto tutte le volte in cui si prospetti un uso deviato del potere discrezionale in senso pregiudizialmente sfavorevole al privato. Tuttavia, come si avrà modo di dimostrare, difficilmente, in tali circostanze, il pubblico agente si limita a minacciare un danno ingiusto senza al contempo prospettare al privato una qualche utilità ulteriore derivante dall’adesione alla sua pretesa.

¹⁰⁰ Per un’attenta disamina delle situazioni ascrivibili al concetto di danno ingiusto quale oggetto della prospettazione malevola del pubblico agente v. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 137 ss.; G. FORNASARI, *Concussione*, in A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 171, 178; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 529; T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 789 s.; A. SESSA, *La fisiologia dell’emergenza*, cit., 323 s.; sul concetto di minaccia si veda la fondamentale monografia di G.L. Gatta, *La minaccia*, cit., *passim*.

¹⁰¹ In senso conforme, v. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 139. Sulla configurabilità di un vero e proprio “abuso di potere” nelle ipotesi in cui il comportamento del p.u. si sostanzia in un’omissione di un atto dovuto, cfr. G. FORNASARI, *Concussione*, in A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 174; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 9^a ed., Milano, 2000, 114, 198; in senso parzialmente difforme G. CONTENTO, *La concussione*, Bari, 1970, 46, nota 23.

¹⁰² Si tratterebbe quindi delle ipotesi di danni ingiusti derivanti dalla lesione di un interesse legittimo pretensivo nell’ambito dell’attività discrezionale della p.a. Non sembra si possa seriamente porre in dubbio il carattere illegittimo dell’atto discrezionale sfavorevole (e conseguentemente il carattere ingiusto del relativo male prospettato al privato) nei casi in cui il p.a. escluda a priori dalla valutazione comparativa l’interesse del privato che non aderisca alla sua proposta vessatoria. Si avrebbe in tal caso di una «evidente violazione delle regole relative ad un corretto uso del potere discrezionale», che determinerebbe illegittimità dell’atto e la conseguente l’ingiustizia delle conseguenze dannose, sul punto cfr. A. PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, in *Il processo Lockheed*, Supplemento a *Giur. cost.*, 1979, 443 ss., 445.

Allo stesso modo, seguendo l'impostazione in esame, andrebbero certamente qualificate come induzioni, sempre che ricorra il requisito dell'abuso di poteri o di qualità¹⁰³, le condotte in cui il pubblico agente prospetti al privato, come conseguenza dell'accettazione della sua pretesa, l'omissione di un atto doveroso sfavorevole o il compimento di un atto discrezionale ad effetti favorevoli¹⁰⁴. Mentre per quanto riguarda la prima categoria di prospettazioni, l'ingiustizia del vantaggio perseguito dal privato è evidente, in quanto egli attraverso la promessa o la dazione intende evitare un danno derivante dall'applicazione della legge¹⁰⁵, per quanto riguarda la seconda categoria, rappresentata dalle ipotesi di pagamento finalizzate ad ottenere il compimento di un atto discrezionale favorevole, il carattere indebito del vantaggio perseguito risiede proprio nell'eliminazione, attraverso il pagamento, dell'incertezza circa l'ottenimento del bene cui il privato ha interesse, incertezza che deriva proprio dalla natura discrezionale dell'atto. In altre parole, «deve ritenersi "ingiusto", ai fini del diritto penale, non solo il vantaggio che non si abbia alcun titolo ad ottenere, ma anche quello che [...] sia stato ottenuto in modo certo solo mercé un pagamento illecito»¹⁰⁶.

¹⁰³ Nell'impostazione seguita, infatti, è l'elemento dell'abuso il carattere differenziale tra il delitto di induzione e le contigue fattispecie di corruzione e istigazione alla corruzione passiva, sul tema cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 197 s.; T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, 790; D. BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2013, 64; F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 156; S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc., Speciale Corruzione*, a cura di Pisa, 2013, 25; V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 137.

¹⁰⁴ In questi termini in giurisprudenza v. Cass., sez. VI, 13 maggio 2013, n. 20428, Milanese, rv. 255076 in dottrina V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 204; sul tema delle "induzioni a vantaggio" cfr. SESSA, *La fisiologia dell'emergenza*, cit., 323 s.

¹⁰⁵ Sul punto, tuttavia, cfr. G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, cit., 201 ss., 2012 s. secondo cui «dove c'è un abuso di potere non può esserci minaccia, o comunque prospettazione di un male 'giusto', cioè conforme al diritto». Tuttavia, a nostro avviso tale conclusione è ammissibile esclusivamente con riferimento ai casi in cui l'abuso abbia ad oggetto il compimento di un atto discrezionale, che risulterebbe certamente viziato per eccesso di potere. A diverse conclusioni si perviene nei casi in cui la strumentalizzazione del potere si riferisca ad un atto sfavorevole rientrante nell'attività vincolata della p.a., in cui non è contemplabile un vizio dell'atto per eccesso/sviamento di potere (v. tra gli altri E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13^a ed., Milano, 2011, 549; in giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7957). In tali ipotesi, la prospettazione dell'adozione di un provvedimento sfavorevole doveroso, in presenza dei presupposti fattuali che ne impongono l'adozione, realizzerà la prospettazione di un male "giusto", nonostante la strumentalizzazione del potere da parte del pubblico agente, sul punto v. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 58, secondo cui in questi casi «si pone, a ben vedere, "solo" un problema di strumentalizzazione, non di sviamento, in senso stretto, del potere; più che di un potere, si abusa di un dovere».

¹⁰⁶ V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 139; v. anche T. PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss., 458. Con riferimento alla distinzione tra corruzione propria e impropria, cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 9^a ed., Milano, 2000, 194 ss., 198.

Tuttavia, le ipotesi appena esaminate, che indubbiamente attraverso il criterio espresso nella massima provvisoria delle SS.UU. trovano un inquadramento chiaro e coerente nelle fattispecie di concussione o di induzione, risultano caratterizzate da una univocità nelle prospettazioni del pubblico agente che non solo non è affatto scontata, ma in molti casi è addirittura improbabile.

La stessa chiarezza e coerenza negli esiti applicativi raggiunta nelle situazioni appena descritte non sembra essere raggiunta in ipotesi più ambigue, caratterizzate dalla efficace combinazione, da parte del p.a., della minaccia di un male ingiusto con l'offerta di un vantaggio indebito.

È possibile, infatti, che la dicotomia danno ingiusto/vantaggio indebito, costruita sulla base della considerazione dei due elementi che la compongono come mutualmente alternativi, si ricomponga, mettendo così in crisi il meccanismo discrezionale, nella contemporanea prospettazione da parte del p.a. di un male ingiusto, in caso di mancata accettazione della pretesa vessatoria, e di un vantaggio indebito, in caso di adesione alla pretesa stessa.

Tali combinazioni vengono designate, nella filosofia politica e morale di lingua anglosassone, con il neologismo *throtter* derivante dalla fusione tra le parole *threat* (minaccia) e *offer* (promessa)¹⁰⁷. Si tratta di quelle situazioni in cui «la stessa busta piena di contanti rappresenta al contempo un pagamento estorto sotto la minaccia di un trattamento ingiustamente sfavorevole e una tangente ottenuta in cambio della promessa di un trattamento ingiustamente favorevole»¹⁰⁸.

Tali situazioni “miste o ambivalenti”¹⁰⁹, sono molto frequenti, in particolare quando la condotta abusiva del pubblico agente si colloca nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione: si immagini, ad esempio, il caso di un professore universitario che pretenda una somma di danaro da uno studente del suo corso minacciando, in caso di rifiuto, di non fargli superare l'esame, indipendentemente dalla sua preparazione (male ingiusto per sviamento del potere discrezionale dalla sua causa tipica); tuttavia, il professore promette allo studente che, in caso di pagamento della somma richiesta, egli supererà l'esame

¹⁰⁷ Il termine fu coniato da H. STEINER, *Individual Liberty*, in *Proceedings of the Aristotelian Society* 75, 1974-75, 33 ss., spec. 36; sul tema, cfr. S. ANDERSON, voce *Coercion*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 27 ottobre 2011. Nell'ambito della letteratura penalistica statunitense in materia di *extortion* e *bribery* v. I. AYRES, *The Twin Faces of Judicial Corruption: Extortion and Bribery*, in *Denver Univ. L. Rev.* 74, 1997, spec. 1235 s.; J. LINDGREN, *The Theory, History, and Practice of the Bribery-Extortion Distinction*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, vol. 141, n. 5, 1993, spec. 1700 s.; nella dottrina penalistica italiana, tali situazioni complesse sono state individuate e trattate approfonditamente da MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 203 ss., 207 s.; ID, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 140, 142, 146, 149; sul tema v. anche G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità della disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 ss., 498, nota 79; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 165; E. PALOMBI, *Il delitto di concussione nelle prospettive di riforma*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1987, 275 ss., 287.

¹⁰⁸ J. LINDGREN, *The Theory, History and practice of the bribery extortion distinction*, cit., 1700.

¹⁰⁹ V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 203.

con il massimo dei voti, indipendentemente dalla preparazione dimostrata (vantaggio indebito per sviamento del potere discrezionale dalla sua causa tipica).

In tale ambito, la prospettazione di un male ingiusto, rappresentato dall'esercizio "sviato" del potere discrezionale in senso sfavorevole al privato, difficilmente viene posta come alternativa al mero esercizio "corretto" o quantomeno non pregiudizialmente orientato del potere discrezionale, con conseguente incertezza per il privato sugli esiti dell'esercizio di tale potere. Solo in tale ipotesi, infatti, l'assenza di qualunque prospettiva di vantaggio indebito permetterebbe di qualificare agevolmente il fatto come una concussione attuata mediante la minaccia di un danno ingiusto. Tuttavia, tale tipo di prospettazione nell'ambito dell'attività discrezionale, come è agevolmente intuibile, risulta di difficile verifica nella realtà¹¹⁰.

L'*extraneus*, infatti, in circostanze di questo tipo, sarebbe maggiormente incentivato a denunciare la condotta abusiva, in quanto egli, dal cedere al ricatto, non ricaverebbe alcuna certezza sull'esito a lui favorevole dell'uso del potere discrezionale da parte del pubblico agente. Inoltre, nel caso in cui il privato decidesse di cedere al ricatto e pagare il pubblico ufficiale affinché questi eserciti correttamente il suo potere discrezionale, qualora l'esito della valutazione si rivelasse sfavorevole, egli si vedrebbe doppiamente danneggiato, una prima volta per aver pagato l'indebito e, una seconda, per non aver ottenuto il provvedimento cui aspirava, così da essere fortemente incentivato a "vendicarsi" dell'ingiustizia subita, denunciando l'ufficiale all'autorità giudiziaria. Così, nell'esempio riportato precedentemente, lo studente che paghi il professore che lo abbia minacciato di non fargli superare l'esame, ottenendo in cambio solamente che il docente compia le sue valutazioni discrezionali in modo corretto, qualora, all'esito dell'esame, venisse bocciato, avrebbe un forte incentivo a denunciare l'accaduto.

Esistono, dunque, delle forti ragioni per ritenere che, in siffatti contesti, lo stesso agente che pone in essere la condotta vessatoria sia incentivato a combinare la richiesta estorsiva con la prospettazione di un vantaggio indebito¹¹¹. Così, frequentemente accade che il pubblico agente, al fine di rendere più "allettante" la sua prospettazione e di evitare i rischi di denuncia da parte "di un cliente insoddisfatto"¹¹², prefiguri all'*extraneus*, nel caso di adesione alla pretesa, un esito a lui certamente favorevole della valutazione discrezionale, prospettandogli così il conseguimento di un beneficio indebito come alternativa al pregiudizio minacciato.

3. Possibili soluzioni al problema della qualificazione delle ipotesi di *throffer*

¹¹⁰ In questo senso v. S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, cit., 381 ss., 400.

¹¹¹ Cfr. I. AYRES, *The Twin Faces of Judicial Corruption: Extortion and Bribery*, cit., 1236.

¹¹² I. AYRES, *op. loc. cit.*

L'individuazione e la definizione delle ipotesi di *throffer*, ci hanno portato a rilevare come tali situazioni ibride possano risultare piuttosto comuni e, quindi, come il problema dell'inquadramento di tali situazioni coinvolga la disciplina di gran parte delle vicende *lato sensu* corruttive che si realizzano nel settore nevralgico dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione¹¹³.

Occorre, a questo punto, verificare quali possano essere gli esiti applicativi del criterio fondato sull'elemento del perseguimento di un vantaggio indebito nelle situazioni in esame, valutandoli alla stregua dei due parametri precedentemente indicati, rappresentati dalla chiarezza della distinzione tra le fattispecie incriminatrici di concussione e induzione e dalla legittimità e coerenza politico-criminale della punibilità del soggetto indotto.

3.1. Inquadramento di tutte le ipotesi di throffer nella fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità. Critica

Una prima risposta a tale interrogativo viene da una sentenza della VI sezione che, analogamente a quanto emerge dalla massima diffusa attraverso l'informazione provvisoria delle SS.UU., aderisce al criterio fondato sul perseguimento del vantaggio indebito.

Nella sentenza, che rappresenta probabilmente la decisione maggiormente espressiva dell'orientamento giurisprudenziale in esame¹¹⁴, i giudici della Corte affrontano la questione del trattamento delle ipotesi di *throffer*, definite come quelle situazioni in cui il pubblico agente «non si limita ad agitare il bastone del male ingiusto, secondo gli stilemi classici della concussione, ma tende anche la carota del beneficio indebito, quale conseguenza del pagamento illecito»¹¹⁵. In tali circostanze, continua la Corte, «l'agente pubblico prospetta, in pratica, l'alternativa tra un pregiudizio ed un vantaggio indebito, con la conseguenza che il privato che paga o promette non è persona offesa, ma partecipa in quanto conserva un significativo margine di autodeterminazione e perché, indipendentemente dalla forma in cui si è manifestata la richiesta del pubblico funzionario, egli viene "allettato" a soddisfare la pretesa dalla possibilità di conseguire un indebito beneficio, il cui perseguimento finisce per diventare la ragione principale o prevalente della sua decisione».

¹¹³ A. NIETO MARTÍN, *La corrupción en el comercio internacional*, cit., 17. Sui rapporti tra discrezionalità amministrativa e corruzione v. A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione*, cit., 25 ss., 39.

¹¹⁴ Nella sentenza Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 2013, n. 20428, Milanese, rv. 255076, l'elemento del perseguimento di un vantaggio indebito «da mero dato indiziario-sintomatico, pare assurgere al rango di elemento costitutivo implicito della fattispecie induttiva» (V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 202).

¹¹⁵ La metafora di cui si serve la Corte per descrivere, con efficacia raffigurativa, le situazioni in esame è una citazione di V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 146.

Dalla lettura di tale passaggio delle motivazioni sembrerebbe quindi potersi affermare che, secondo la Corte, nelle situazioni di *thoffer*, la circostanza che il privato persegua *anche* un vantaggio indebito sia di per sé sufficiente a determinare un inquadramento del fatto nella fattispecie di induzione indebita, con conseguente estensione della punibilità ad entrambe le parti dell'accordo. Sembrerebbe, quindi — seguendo il ragionamento dei giudici — che l'elemento del perseguimento di un vantaggio indebito, nella valutazione del disvalore della condotta del privato, assorba e neutralizzi il concomitante fine di evitare un male ingiusto, finendo «per diventare la ragione principale o prevalente» della scelta di aderire alla proposta del pubblico ufficiale.

Nella stessa direzione, sebbene con accenti e sfumature differenti, sembra muoversi parte della dottrina. Si afferma, infatti, che «l'art. 319-*quater* c.p. dovrebbe essere circoscritto alle ipotesi di corruzione "impari", ossia ai casi in cui il concerto, pur essendo sfalsato dall'abuso funzionale (*id est*: pur non essendo paritario), contempra un "effetto vantaggioso" per il privato, magari in alternativa al male ingiusto»¹¹⁶. Secondo l'autore «le obiettivamente ricorrenti (o pronosticabili) conseguenze vantaggiose per il privato, in effetti, dimostrano che egli ha agito con la finalità di procurarsi un beneficio non dovuto; perciò, non può trattarsi di costrizione *ex art.* 317 c.p., e il fatto graviterà nell'orbita della corruzione "sfalsata" *ex art.* 319 *quater* c.p.»¹¹⁷.

In senso parzialmente conforme, acuta dottrina ritiene che nei casi di "minaccia-promessa" il privato che accetti di dare o promette l'utilità richiesta dal p.a., lo faccia, «di norma [...] al preminente fine di locupletare un vantaggio indebito». Secondo l'Autore, quindi, «sembra *tendenzialmente* più corretto un inquadramento nell'art. 319-*quater* c.p.»¹¹⁸.

Pertanto, la soluzione cui sembra si possa pervenire facendo applicazione del criterio fondato sul perseguimento di un vantaggio indebito, supportata dalle prime indicazioni dottrinali sul tema, sarebbe quella di un costante inquadramento di tutte le ipotesi di *thoffer* nell'ambito della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 319 *quater* c.p..

Tale soluzione, valutata alla stregua del parametro rappresentato dal rispetto delle esigenze di chiarezza nella distinzione tra le due fattispecie, non sembra porre particolari problemi, in quanto l'interprete, una volta qualificata la vicenda come ipotesi di minaccia-offerta, potrà agevolmente ritenere realizzata la fattispecie induttiva. Risulterebbe, quindi, garantita la certezza applicativa.

¹¹⁶ V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 137.

¹¹⁷ V. VALENTINI, *op. ult. cit.*, 137, nota 142.

¹¹⁸ V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 207 (corsivo nostro). Tuttavia, la posizione in esame affronta la questione della qualificazione giuridica delle ipotesi di *thoffer* con un atteggiamento volutamente aperto e problematico, ammettendo un parziale scostamento dalla soluzione indicata nei casi in cui «il male minacciato sovrast[i] in modo così vistoso il vantaggio alternativamente prospettato, da annichilire in ogni caso la volontà del privato», che andrebbe quindi considerato vittima di concussione.

A valutazioni meno confortanti si perviene, invece, per quanto riguarda la coerenza della giustificazione politico-criminale della punibilità del soggetto indotto¹¹⁹.

Le ragioni politico-criminali di tale scelta potrebbero essere rintracciate, infatti, in una sorta di “dovere di resistenza” che sorgerebbe nelle situazioni in cui dal cedere alle pressioni abusive possa derivare un vantaggio indebito per il privato. Sarebbe pertanto *tollerabile*, nell’ambito dei rapporti tra amministrazione e privato propri di una democrazia matura, richiedere ai cittadini, sotto minaccia di sanzione criminale, di non cedere a qualsiasi pressione dei funzionari o agenti pubblici, quando da tali pressioni derivi *anche* un vantaggio indebito per il privato, mentre sarebbe intollerabile punire autentiche vittime che sarebbero tali, nelle sole ipotesi in cui dalla dazione o promessa indebita non derivi alcun beneficio.

Si tratterebbe, in altre parole, di un obbligo di resistenza posto dall’ordinamento con finalità di prevenzione generale negativa¹²⁰, cui si affiancherebbero finalità di prevenzione generale positiva, il cui scopo consisterebbe nel «garantire un rapporto con la pubblica amministrazione improntato ai principi di uno Stato democratico dove gli atti si ottengono nella misura in cui agli stessi si abbia diritto senza comprarli dai soggetti pubblici»¹²¹. Una sorta di “messaggio culturale” lanciato dal legislatore ai consociati, consistente nell’ammonimento a resistere e non assecondare la venalità dei pubblici agenti poiché la loro «integrità è la migliore garanzia per l’integrità anche dei pubblici agenti», essendo interesse di tutti quello di «sradicare il fenomeno corruttivo»¹²².

Una simile impostazione, a mio avviso, non può che destare delle forti perplessità. A ben vedere, infatti, in talune delle ipotesi di *thoffer*, l’inflizione della pena al privato rischia di produrre dei risultati incoerenti o addirittura illegittimi sul piano politico-criminale.

Si pensi alle ipotesi in cui il male minacciato, per natura del bene offeso o per intensità del danno, superi sensibilmente il vantaggio indebito perseguito dal privato e la relativa offesa ai beni dell’imparzialità e del buon andamento della p.a.

¹¹⁹ In questo senso, nell’ambito della disputa relativa ai criteri di distinzione tra concussione e corruzione prima della riforma cfr. M. PELISSERO, *Il ruolo della vittima ad un bivio*, cit., 159 ss., 173, secondo cui «la regola di esperienza in forza della quale il vantaggio del privato depone a favore della corruzione, può essere contraddetta dalla specificità del caso concreto, in cui il vantaggio rappresenta solo uno strumento necessario per evitare maggiori danni futuri».

¹²⁰ In questi termini, criticamente, F. PALAZZO, *Gli effetti “preterintenzionali” delle nuove norme penali contro la corruzione*, cit., 20. Sulla contrarietà di un simile “dovere di resistenza”, penalmente sanzionato, ad un «teleologismo di stretta derivazione costituzionale» v. A. SESSA, *La fisiologia dell'emergenza nella più recente normativa anticorruzione*, cit., 318 nota 143; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2012, n.3251, *Roscia*, rv. 253938.

¹²¹ M. PELISSERO, *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 347 ss., 350; in senso conforme E. DOLCINI – F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit., 244.

¹²² Così, criticamente, F. PALAZZO, *Gli effetti “preterintenzionali” delle nuove norme penali contro la corruzione*, cit., 20.

Tale situazione si verificherebbe, ad esempio, nel caso in cui alla grave minaccia di escludere un'impresa da ogni futuro rapporto d'affari con la pubblica amministrazione si contrapponga, nel caso di adesione alla proposta, la prospettiva di concedere per trattativa privata un singolo appalto, magari di entità modesta¹²³.

Si pensi ancora alle ipotesi in cui il male ingiusto minacciato abbia ad oggetto un bene di valore primario, quale la libertà personale, come nel caso di un soggetto colto in possesso di sostanza stupefacente ad uso personale, cui venga minacciata l'esecuzione di un arresto illegale, in caso di mancato pagamento di una somma di danaro, in alternativa alla possibilità che l'agente 'chiuda un occhio' e non contesti l'illecito amministrativo commesso.

In ipotesi simili, la circostanza che il soggetto persegue *anche* un vantaggio indebito potrebbe comportare, applicando il criterio in esame, la realizzazione della fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 319 *quater* c.p.; ma un tale esito applicativo appare stridente con i principi costituzionali che informano la materia penale.

L'applicazione della sanzione al privato nelle ipotesi indicate appare perseguire in realtà scopi di mera deterrenza consistenti nel dissuadere chiunque dal pagare indebitamente un pubblico ufficiale, anche a costo di subire un male ingiusto. Si arriverebbe a richiedere al privato di immolare il proprio interesse, anche se di rilievo maggiore rispetto all'interesse offeso, pur di non offendere gli interessi pubblicistici, rischiando di superare in molti casi i limiti di esigibilità di una condotta conforme alla pretesa normativa¹²⁴. L'incriminazione di condotte di *omesso sacrificio eroico*¹²⁵, trasformerebbe il sistema penale di controllo dei fatti di concussione in "una parafrasi della tirannide", poiché «è tirannico ogni sistema che sconta come normale la punizione sistematica dell'inesigibilità»¹²⁶.

La sanzione penale, in altre parole, diverrebbe uno «strumento per l'imposizione coatta di un obbligo di reagire consono ad un modello di democrazia

¹²³ Cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 207 s., che in siffatte ipotesi ammette uno scostamento dalla soluzione dell'inquadramento delle ipotesi di *thoffer* nell'ambito della fattispecie di induzione indebita, proprio per l'inammissibilità di un assoggettamento a pena dell'*extraneus*.

¹²⁴ Inoltre, l'equiparazione tra chi ha effettuato la prestazione illecita esclusivamente per perseguire un vantaggio indebito e chi invece abbia ceduto aderito alla richiesta del p.a. *anche* per evitare un male ingiusto (che si poneva come alternativa al vantaggio indebito), appare contraria al principio di ragionevolezza e di eguaglianza sostanziale, che, come è noto, non è rispettato nel caso di eguale trattamento di situazioni diseguali; cfr. in questi termini, nell'individuazione dei referenti costituzionali del principio di inesigibilità, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 220 s.

¹²⁵ In tal senso cfr. F. VIGANÒ, art. 54, in E. Dolcini – G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, 3^a ed., 2011, 878 ss., 882: «L'inflizione della pena contro chi non abbia avuto la forza di comportarsi da eroe finirebbe per suonare ingiusta e farisaica agli occhi del condannato e dell'intera società».

¹²⁶ T. PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, cit., 452; sui rapporti tra principio di inesigibilità e gli equilibri propri degli ordinamenti giuridici di matrice liberal-democratica cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 217 ss.

matura»¹²⁷. Si tratterebbe, quindi, di una «strumentalizzazione del privato per creare una zona avanzata di terra bruciata nei confronti del malcostume dei pubblici agenti»¹²⁸. Una strumentalizzazione dell'individuo per finalità di politica criminale, in aperto contrasto con il rispetto della dignità umana e con quelle che, secondo la Carta costituzionale, dovrebbero essere le finalità della sanzione penale¹²⁹.

Né si può condividere l'argomento secondo cui la nuova fattispecie andrebbe riguardata, nella prospettiva della prevenzione generale positiva, come strumento di orientamento sociale dei consociati. In primo luogo, infatti, non pare che il diritto penale sia lo strumento migliore per trasformare l'abito culturale di una popolazione, specie quando non si rimuovono le cause endemiche all'origine di tale "abito culturale"¹³⁰. Inoltre, difficilmente un messaggio culturale potrà essere correttamente recepito quando il mezzo attraverso cui esso è trasmesso è rappresentato dall'irrogazione di pene che sia il reo sia i consociati non potranno che percepire come soprusi.

3.2. Qualificazione delle ipotesi di thoffer in ragione della motivazione prevalente alla base delle scelte del privato. Critica

Si potrebbe tentare di affrontare le ipotesi problematiche di cui si discute facendo leva su un criterio di tipo soggettivo che, fondandosi sulle motivazioni che hanno guidato la scelta del privato, porti ad escludere la sua punibilità quando egli abbia agito al fine prevalente di evitare un danno e ad affermare, invece, la sua responsabilità penale quando la motivazione prevalente sia stata quella di perseguire un vantaggio indebito¹³¹.

¹²⁷ M. PELISSERO, *Il ruolo della vittima ad un bivio*, cit., 177.

¹²⁸ F. PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, cit., 20; in senso conforme A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319 quater*, cit., 225.

¹²⁹ Il principio di tutela della dignità umana, infatti, secondo il migliore insegnamento kantiano, può esprimersi attraverso la massima «l'uomo non deve essere mai trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro» (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad.it., P. CHIODI, in *Scritti morali*, Torino, 1970, 43 ss., 164). Sulla contrarietà della strumentalizzazione di un individuo per finalità di politica criminale ai principi costituzionali in tema di personalità della responsabilità penale e funzione della pena S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 110 s.; in giurisprudenza v., per tutte, Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, ove si afferma che il sistema il costituzionale «pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata)».

¹³⁰ In questi termini, F. PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, cit., 21; A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte*, cit., 21; S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione*, cit., 404; M. PELISSERO, *Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione*, cit., 181.

¹³¹ In questo senso sembra orientarsi M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, cit., 891, secondo cui «Ai fini della configurazione della fattispecie di indebita induzione si potrebbe accettare — come massimo riconoscimento al paradigma del privato/vittima della condotta concussiva — il

Tale criterio, però, richiede una complessa indagine motivazionale dagli esiti necessariamente incerti, che rischia di rimettere nuovamente la linea di confine tra concussione e induzione alla discrezionalità, o meglio all'arbitrio, del giudice.

Appare, infatti, estremamente complesso, se non addirittura impossibile, stabilire, nelle ipotesi di *thoffer*, quando il privato abbia agito al fine prevalente di evitare il danno ingiusto e quando, invece, abbia agito principalmente per perseguire il vantaggio indebito¹³². Tale indagine porterebbe, infatti, il giudice a stabilire, in presenza di due spinte concomitanti orientate entrambe nella direzione del pagamento indebito, quale sia stato il motivo prevalente dell'azione, compiendo dall'esterno un'analisi di processi interiori molto spesso indecifrabili persino per chi li vive in prima persona. La scarsa dimostrabilità processuale dell'elemento su cui si dovrebbe fondare la decisione rende tale soluzione estremamente deficitaria sotto il profilo della verificabilità empirica¹³³. Un criterio che faccia riferimento a elementi astrattamente chiari ma concretamente indimostrabili, sostanzialmente affiderebbe la valutazione circa la sussistenza di tali elementi ad «un'opzione aprioristica e perciò arbitraria»¹³⁴ da parte dell'interprete.

correttivo del carattere motivazionale 'preminente' del vantaggio indebito perseguito ed ottenuto dal privato». Nell'ambito della distinzione tra le previgenti fattispecie di concussione e corruzione, propone tale criterio per la distinzione delle due ipotesi G. CONTENUTO, *La concussione*, cit., 114, nota 108. Sul punto cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 5^a ed., Bologna, 2012, 222; C. F. GROSSO, *Commento agli artt. 318 – 322 c.p.* in T. Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 224. Per una elaborazione in chiave oggettiva del criterio cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 165, secondo cui «il danno e il vantaggio non possono che intendersi quali risultanti della somma algebrica dell'uno e dell'altro, sotto l'aspetto patrimoniale o non patrimoniale».

¹³² In questo senso v. G. CONTENUTO, *La concussione*, cit., 114, nota 108. Lo stesso autore, dopo aver proposto una distinzione tra concussione e concussione fondata sull'analisi del processo motivazionale dell'*extraneus*, ammette «che, in dati, casi, ricostruire effettivamente il vero "iter" del processo psicologico di determinazione della volontà del privato può essere arduo e addirittura, al limite, impossibile, ove manchino del tutto determinati elementi di giudizio».

¹³³ Tale particolare profilo del principio di tassatività/determinatezza della norma penale è evidenziato già da A. FEUERBACH secondo cui «il legislatore non può sottoporre a pena ciò che... in concreto non può essere completamente provato» (A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2^a p., Chemnitz 1800, rist.an. Aalen 1966, 12 s.); cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 65; sul punto v. anche C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 68.

¹³⁴ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Cass. pen.*, 1981, 1924. .

4. La necessità di individuare criteri integrativi al criterio del danno/vantaggio indebito: il bilanciamento tra gli interessi coinvolti.

Dall'analisi appena svolta sembra emergere l'insufficienza del solo criterio del danno/vantaggio indebito a fornire una soluzione adeguata alla questione della qualificazione giuridica delle ipotesi di contemporanea prospettazione di minaccia e offerta. Infatti, le soluzioni esaminate, fondate su differenti modalità applicative di tale criterio, appaiono caratterizzate o da un eccesso di rigidità che conduce ad esiti irragionevoli sul piano politico-criminale o, al contrario, da un *deficit* di chiarezza nella distinzione tra le due fattispecie.

Le difficoltà riscontrate, d'altra parte, non possono indurre ad abbandonare del tutto la strada dell'elaborazione di soluzioni generali, rimettendo all'interprete il compito di risolvere caso per caso la questione sulla base di valutazioni di giustizia sostanziale: ne risulterebbe altrimenti compromessa l'uniforme e non arbitraria applicazione del diritto.

L'eterogeneità delle possibili situazioni fattuali e la varietà delle possibili complesse combinazioni di minacce e offerte che possono presentarsi nella pratica possono piuttosto suggerire di abbandonare la prospettiva di utilizzare un unico criterio discretivo per la qualificazione delle ipotesi in esame e di tentare di ricavare dai principi generali e dai valori cui si ispira il nostro ordinamento dei criteri o principi ordinatori ulteriori che, combinandosi con il criterio principale, possano offrire una soluzione alla questione.

Ciò che si propone, in altri termini, è di ricostruire il fatto tipico della fattispecie in questione, risolvendone i problemi applicativi, attraverso le fondamentali opzioni politico-criminali espresse dal nostro ordinamento costituzionale¹³⁵. Si tratta di fare applicazione del metodo della sistematica teleologicamente orientata, secondo cui nella categoria della tipicità, così come nelle altre categorie del reato, coagiscono le funzioni di garanzia della libertà individuale e di risoluzione dei conflitti sociali e la realizzazione di istanze di prevenzione, che rappresentano le finalità politico criminali espressive di un sistema penale proprio di uno Stato sociale di diritto¹³⁶. In particolare, la questione del trattamento penale delle ipotesi di *thoffer* pone proprio un problema di risoluzione dei conflitti tra interessi individuali e interessi pubblici e sociali. In effetti, l'analisi appena svolta mostra come «la scelta criminalizzante o quella di

¹³⁵ Si tratterebbe quindi di applicare, al caso di specie, il metodo della sistematica teleologica elaborato da C. ROXIN, in virtù del quale «le singole categorie del reato — tipicità, antigiuridicità, colpevolezza — vanno fin da principio considerate, sviluppate e sistematizzate dall'angolo visuale della loro politica criminale», C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2001, 50 s.

¹³⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss., 1015, secondo cui «i tre τέλοι di riferimento del sistema roxiniano, sia pur in misura diversa a seconda delle varie categorie del reato, coagisc[ono] all'interno delle singole categorie».

segno opposto [integri] indubbiamente la soluzione di un conflitto» e che «la precisazione del possibile significato letterale richiede il ricorso alle decisioni di politica criminale che acquistano una significativa dimensione dommatica»¹³⁷.

Pertanto, il criterio principale cui occorre fare riferimento per determinare quando sia possibile richiedere al privato una condotta conforme al dovere di non remunerare il pubblico ufficiale, in presenza di una situazione di contemporanea prospettazione di un male ingiusto e di un vantaggio indebito, è il criterio del bilanciamento tra gli interessi in conflitto¹³⁸.

Si tratterebbe del bilanciamento tra il bene offeso dal male ingiusto minacciato e il bene offeso dal vantaggio indebitamente perseguito (che sarà, nella maggioranza dei casi, il bene del buon andamento/imparzialità della p.a. insieme agli eventuali interessi individuali o collettivi concomitanti).

Nell'operare tale bilanciamento occorrerà tenere conto della natura del bene offeso dalla minaccia e di quello offeso dal vantaggio indebito, del loro rispettivo rango nella scala dei valori costituzionali e dell'intensità della lesione prospettata. Il criterio fondato sul bilanciamento dei beni, quindi, non deve essere inteso in modo statico, tenendo conto del solo valore astratto dei beni in conflitto, bensì in modo dinamico, con riferimento ad elementi ulteriori che concretizzino il valore dei beni¹³⁹.

L'eventuale prevalenza del bene minacciato su quello offeso dal perseguimento di un vantaggio indebito condurrà all'esclusione della punibilità del privato e al conseguente inquadramento della condotta del pubblico ufficiale nell'ipotesi concussiva. La non punibilità del privato si giustifica sulla base di una valutazione di inesigibilità di una condotta rispettosa dei valori del buon andamento e della imparzialità della p.a. quando da tale condotta possa derivare una lesione a beni di rango superiore.

Si prenda ad esempio il caso del medico chirurgo di un ospedale pubblico, specialista di una complessa operazione chirurgica, che richieda una somma di denaro al paziente per assicurarsi di essere operato da lui, indipendentemente dai turni di servizio e dalle eventuali concomitanti esigenze dell'ospedale, minacciando, nel caso di rifiuto, di dover certamente rinunciare alla prestazione dello specialista tentando la sorte affidandosi al medico di turno¹⁴⁰.

¹³⁷ S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento*, cit., 1017.

¹³⁸ Sulla necessità di operare un bilanciamento tra gli interessi in conflitto nelle situazioni in cui si pone un problema di esigibilità della pretesa normativa si veda, in generale, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 221 ss.

¹³⁹ Sulla necessità di una concretizzazione del valore dei beni in conflitto nell'operazione di bilanciamento da svolgersi per valutare l'esigibilità di un determinato dovere imposto dall'ordinamento si rinvia a G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 223 ss., 227; sul punto, in materia di cause di giustificazione, v. G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 253 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 337.

¹⁴⁰ Un caso analogo a quello riportato nell'esempio è stato affrontato da Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2013 (dep. 12 marzo 2013), n. 11793, *Abbate*, in *Guida al diritto*, 2013, 20, 88; in proposito cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 209.

Ebbene, in questo caso si ha la contemporanea prospettazione di un male ingiusto (quello del rifiuto di eseguire l'operazione, in caso di mancato pagamento della somma di denaro) e di un vantaggio indebito (consistente nella certezza di essere operati dallo specialista, indipendentemente dai turni o dalle concomitanti esigenze dell'ospedale). In tali ipotesi, trattandosi di un male ingiusto che ha potenzialità lesive su un bene di primaria importanza come la salute, la condotta del privato che, per evitare detto male, si determina al pagamento della somma, andando quindi incontro ad un vantaggio indebito, non sarà punibile, in quanto l'ordinamento non può esigere dal privato il sacrificio di un bene personale di primaria importanza pur di non ledere l'interesse pubblicistico alla corretta e imparziale organizzazione degli ospedali pubblici.

4.1. Il problema della minaccia alla libertà di iniziativa economica: una soluzione costituzionalmente orientata.

Tuttavia, mentre nell'ipotesi precedente il carattere personalistico del bene oggetto della minaccia avvicina sensibilmente la situazione in cui si trova ad agire il soggetto a quella di chi agisce in stato di necessità, in moltissimi altri casi i beni oggetto della minaccia non assurgono al grado di beni personalistici di rango primario.

Le "costanti criminologiche" della concussione, infatti, «rivelano che, salvo casi estremi, la coazione psicologica del privato è realizzata mediante la prospettazione di un ingiusto danno patrimoniale e non di un danno grave alla persona»¹⁴¹.

Particolarmente frequente, quindi, è l'ipotesi in cui il bene oggetto della minaccia ingiusta sia la libertà di iniziativa economica.

Così, un'ipotesi di *thoffer* ricorrente può essere identificata nella situazione in cui un funzionario che gestisce le procedure di assegnazione degli appalti pubblici minaccia un imprenditore che voglia partecipare alla selezione per un appalto di escluderlo dalla gara in caso di mancato pagamento di una somma di denaro, prospettandogli, tuttavia, la certezza dell'assegnazione dell'appalto nel caso di adesione alla sua proposta.

In questo caso il male ingiusto ha ad oggetto la libertà di iniziativa economica e il vantaggio indebito offende invece l'interesse pubblicistico dell'imparzialità della p.a., il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali e i concomitanti interessi economici delle altre imprese partecipanti.

Come determinare il comportamento esigibile dal privato e conseguentemente decidere sulla sua punibilità?

La risposta, ancora una volta, si trova nella Carta costituzionale e nella disciplina che questa detta in materia di libertà di iniziativa economica. Se, infatti,

¹⁴¹ V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 108.

la Costituzione al primo comma dell'art. 41 riconosce la libertà di iniziativa economica, al secondo comma dello stesso articolo ne determina i limiti, statuendo che questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

Da tale norma costituzionale, espressione del più generale orientamento del costituente diretto al contemperamento delle istanze liberali con quelle solidaristiche¹⁴², si può ricavare l'opzione ordinamentale per la risoluzione delle situazioni di conflitto che si vengono a determinare nelle ipotesi esaminate.

L'indirizzo costituzionale, che segna una chiara prevalenza dell'utilità sociale quale limite allo svolgimento dell'iniziativa economica, porta a risolvere le situazioni di conflitto tra i due beni in favore della prima. Tale indirizzo ci porta a concludere che, nel caso del privato che si trovi nella situazione di dover scegliere se andare incontro ad una compressione della sua libertà di iniziativa economica o ad una lesione di interessi pubblicistici (senz'altro rientranti nell'ampia nozione di utilità sociale), egli dovrà scegliere di sacrificare il proprio interesse. Così, nell'esempio riportato in precedenza, sarà punibile secondo l'art. 319 *quater*, co. 2, il privato che, pur di non subire un'ingiusta esclusione da una gara d'appalto, decida di aderire alla proposta abusiva ricavandone un vantaggio indebito contrastante con l'utilità sociale.

Tuttavia, «il punto di equilibrio degli interessi in gioco non è il riflesso di un'applicazione formale del testo costituzionale»¹⁴³. L'interesse dell'utilità sociale assume una posizione prevalente solo in termini relativi¹⁴⁴. La tecnica del bilanciamento tra beni prevede, infatti, quale limite all'affermazione della prevalenza di un interesse su un altro, quello dell'intangibilità del contenuto minimo o essenziale del diritto compresso dall'operazione di bilanciamento¹⁴⁵. Si tratta, in altre parole, di «garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti»¹⁴⁶. Pertanto, «l'elisione di una delle pretese in conflitto non può mai essere assoluta o, comunque, sproporzionata proprio rispetto al contenuto essenziale»¹⁴⁷.

¹⁴² Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, 1989, 26 ss., 32.

¹⁴³ A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano 2008, vol. II, tomo II, 185 ss.; sull'impossibilità di un "formalismo dei principi" nell'ambito di assetti costituzionali caratterizzati dal pluralismo dei principi e dei valori cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 170 s.

¹⁴⁴ In questo senso v. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32.

¹⁴⁵ Cfr. ancora A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32.

¹⁴⁶ Così Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Giur. cost.*, 1998, 148. La libertà di iniziativa economica, infatti, pur non essendo qualificabile come diritto inviolabile *in senso stretto* (tali essendo i diritti dell'uomo e le libertà personali che costituiscono le strutture di base su cui poggiano logicamente le altre esplicazioni della personalità umana), è annoverabile tra i diritti inviolabili *in senso lato* (diritti che rappresentano le condizioni positivamente necessarie, essenziali per il concreto modello di democrazia prescelto positivamente da una determinata costituzione), in questi termini v.. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 26.

¹⁴⁷ A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 195.

Applicando tale regola di giudizio alle ipotesi in esame, ne deriva che nelle situazioni in cui è minacciata la libertà di iniziativa economica si potrà affermare la prevalenza dell'utilità sociale fintanto che la minaccia del pubblico agente non sia tale da comportare, se attuata, una completa elisione della libertà economica del privato¹⁴⁸.

Situazioni di tal tipo si verificherebbero, ad esempio, nelle ipotesi in cui il pubblico agente minacci di "far chiudere l'impresa" o di escludere la stessa da ogni futuro rapporto con la pubblica amministrazione, contrapponendo a tale minaccia la prospettiva, in caso di pagamento della somma di denaro, della realizzazione di un vantaggio indebito, consistente nell'aggiudicazione di un appalto in violazione dei criteri che devono reggere la discrezionalità amministrativa¹⁴⁹.

In queste ipotesi di *thoffer*, la possibile conseguenza di totale sacrificio del bene rappresentato dalla libertà di iniziativa economica rende normativamente inesigibile una condotta rispettosa degli interessi pubblicistici della p.a. e dell'utilità sociale sottesa ad essi.

Ad ogni modo, il problema della qualificazione delle ipotesi di *thoffer* resta aperto. Anche la proposta avanzata circa l'individuazione di criteri di risoluzione di tali ipotesi problematiche, non è priva di difficoltà applicative e probabilmente non esaurisce le possibili soluzioni che possono offrirsi per l'inquadramento delle complesse e eterogenee vicende che la realtà ci sottopone¹⁵⁰.

5. Brevi osservazioni all'esito della pubblicazione delle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite n. 12228/2013.

Le considerazioni svolte, come si è detto, tenevano conto dell'informazione provvisoria contenente la massima della decisione delle SS.UU. sulla distinzione

¹⁴⁸ In questi termini, nella letteratura costituzionalistica v. A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., nota 55, secondo cui, in forza del limite della garanzia d'istituto (che svolge una funzione in questo caso sostanzialmente analoga a quella del "contenuto essenziale"), «l'utilità sociale e la funzione sociale non potrebbero legittimare compressioni tali da eliminare la garanzia della libertà d'impresa e della proprietà»; sul punto v. anche ID., *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale: osservazione a sent. (6 giugno) 14 giugno 2001 n. 190*, in *Giur. Cost.*, 2001, 1471 ss., 1474; nella giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 24 novembre 1958, n. 58, in *Giur. cost.*, 1958, 883 e Corte cost., 28 luglio 1993, n. 356, in *Giur. it.*, 1994, I, 281.

¹⁴⁹ Sebbene sulla base di argomentazioni in parte diverse, perviene alla medesima soluzione del caso in esame V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 207 s.

¹⁵⁰ La possibilità di affiancare al criterio proposto elementi valutativi ulteriori è insita nel carattere necessariamente dinamico del bilanciamento che l'interprete dovrà compiere al fine di stabilire la condotta che può esigersi dal privato che viene posto di fronte alle prospettazioni descritte. Sarà pertanto possibile il riferimento ad elementi ulteriori che concretizzino il valore dei beni come, ad esempio, la sussistenza di alternative lecite percorribili. In tal senso G. CONTENUTO, *Artt. 317 e 317 bis*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, T. Padovani (a cura di), Torino, 1996, 57 ss., 111 s.

tra concussione e induzione. Nelle more della consegna del presente lavoro è intervenuta, dopo un lungo periodo di gestazione, la pubblicazione delle motivazioni della sentenza in esame, di cui pertanto non si può che dare conto attraverso una breve nota conclusiva.

Le nostre aspettative sul criterio discrezionale utilizzato non solo sono state confermate, ma sono state felicemente superate da una decisione approfonditamente motivata e per molti aspetti innovativa.

Pur non potendo andare esente da talune critiche¹⁵¹, la sentenza in esame si contraddistingue sia per la profondità con cui affronta la questione sottoposta al suo esame sia soprattutto per il metodo seguito.

La sentenza si segnala, infatti, per l'intensità e la costanza, lungo l'intero percorso motivazionale, del dialogo con la dottrina, da cui a volte si lascia dichiaratamente ispirare¹⁵² e altre volte si discosta consapevolmente¹⁵³, ma sempre nell'ottica di un'interlocuzione che valorizza gli esiti della ricerca e del lavoro sistematico in funzione di orientamento di una giurisprudenza non ripiegata su se stessa.

¹⁵¹ Si tratta di profili estranei allo specifico oggetto di trattazione del presente lavoro, sui quali pertanto ci si limiterà, per questioni di spazio, a qualche breve considerazione. Mentre, come si vedrà, la sentenza dedica ampio spazio all'elaborazione dei criteri di distinzione "verso l'alto" tra concussione e induzione indebita, al contrario appare lacunosa quando si tratta di sciogliere le questioni relative alla distinzione "verso il basso" tra induzione indebita e corruzione o istigazione alla corruzione. I rapporti tra le due fattispecie, peraltro, risultano particolarmente complessi a causa dell'approssimazione legislativa nella formulazione delle fattispecie e delle cornici edittali: benché la condotta di induzione indebita, in virtù della connotazione dell'abuso di poteri o di qualità, sia contrassegnata da un più marcato disvalore nelle modalità di aggressione, essa è punita più lievemente rispetto alla condotta di corruzione passiva propria. Inoltre, la presenza di una clausola di sussidiarietà espressa posta in apertura dell'art. 319 *quater* c.p. complica ancora di più rapporti tra le due fattispecie, ponendo l'interprete di fronte ad un *rebus* interpretativo che potrà essere risolto solo con un'ulteriore modifica legislativa o con l'intervento della Corte costituzionale. Al riguardo, la sentenza in commento sembra eludere il problema riferendo la clausola di sussidiarietà espressa di cui all'art. 319 *quater* c.p. ai soli rapporti con il reato di cui all'art. 317 c.p. e non alle ipotesi di corruzione. La dottrina ha elaborato diverse soluzioni per la configurazione dei rapporti tra i reati di cui agli artt. 319 *quater* e 319 c.p., sul punto v. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 790; F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 156; A. SESSA, *La fisiologia dell'emergenza*, cit., 326 ss.; V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., 197 ss.; A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319 quater*, cit., 225 s.

¹⁵² Numerosi lungo l'intero iter motivazionale sono i riferimenti ai lavori di V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., *passim* e ID, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., *passim*, ampiamente citati nell'ambito del presente articolo; alla monografia di G.L. GATTA, *La minaccia*, cit., *passim*, nonché ai classici scritti di G. CONTENUTO, *LA concussione*, cit.; ID, *art. 317 e 317 bis*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, (coordinato da T. Padovani), Torino, 1996; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 105 ss.

¹⁵³ Il riferimento è alla proposta di superamento del "dogma della mutua esclusività" tra concussione e corruzione attiva avanzata da A. SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 489 ss.

Quanto ai profili contenutistici, l'elemento che contraddistingue positivamente la decisione in esame è il costante richiamo alla necessità di «percorrere una linea ermeneutica costituzionalmente orientata»¹⁵⁴.

Tale impostazione si risolve, in primo luogo, nella ricerca di definizioni degli elementi delle fattispecie in questione che, da una parte, non forzino il dato letterale, in aderenza al principio di tassatività, ma che, dall'altra parte, siano tali da conferire un sufficiente grado di determinatezza alla linea di confine tra le due fattispecie così da poter guidare l'interprete nell'applicazione del diritto e, soprattutto, da permettere ai destinatari di orientare consapevolmente le proprie scelte tra lecito ed illecito. La prospettiva è quindi «quella di pervenire ad un esito interpretativo che, a superamento della scarsa selezione tipizzatrice evincibile apparentemente dal dato normativo e senza provocare una tensione di questo sino al punto di rottura, garantisca il principio di determinatezza, considerato che, in caso contrario, l'incriminazione affidata esclusivamente al concetto vago di induzione si esporrebbe ad evidenti censure di illegittimità costituzionale».

In secondo luogo, il metodo costituzionalmente orientato seguito dalla Corte impone di determinare la responsabilità del privato in modo conforme all'assetto dei rapporti tra cittadino e autorità proprio di uno Stato di diritto, in cui «non può pretendersi che i cittadini ingiustamente prevaricati e coartati dai detentori dei pubblici poteri sprigionino risorse inesigibili di resistenza, per scongiurare la deviazione dell'attività amministrativa dalle finalità di imparzialità e di corretto funzionamento che devono guidarla»¹⁵⁵.

La prima direttrice, volta a stabilire un criterio distintivo tra le due fattispecie che soddisfi le esigenze di determinatezza, è realizzata attraverso il ricorso a parametri normativi e non meramente naturalistici per la definizione dei concetti di costrizione e induzione¹⁵⁶. In questo modo, si individua nella minaccia di un male ingiusto l'elemento caratterizzante della condotta di costrizione e nel vantaggio indebito il "criterio d'essenza" della fattispecie induttiva.

Il perseguimento di un vantaggio indebito, inoltre, rappresenta l'elemento che giustifica, «in coerenza con i principi fondamentali del diritto penale e con i valori costituzionali (colpevolezza, pretesa punitiva dello Stato, proporzione e ragionevolezza), la punibilità dell'indotto».

La sentenza in commento, però, non si limita ad aderire, attraverso più ampie e approfondite argomentazioni, al criterio del danno/vantaggio ingiusto giunto a maturazione nella sentenza *Milanesi*. Al contrario, gli spunti di maggiore interesse della decisione in esame sono rappresentati proprio dai passaggi motivazionali in cui, dopo aver delineato gli aspetti fondamentali del criterio adottato, la Corte si confronta con ipotesi applicative più complesse e ambigue,

¹⁵⁴ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, in www.cortedicassazione.it, § 14.5.

¹⁵⁵ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, cit., § 13.5.

¹⁵⁶ Sul punto v. *supra* par. 1.

ammettendo che in tali situazioni «non sempre è agevole affidarsi, quasi in automatico, al modello interpretativo qui privilegiato»¹⁵⁷.

Tra le ipotesi problematiche la Corte ricomprende, oltre ai casi di abuso di qualità in cui non vi sia un riferimento ad uno specifico atto¹⁵⁸ e alle situazioni in cui il danno è prospettato in termini vaghi e generici¹⁵⁹, anche quelle situazioni «“miste” o “ambivalenti, di minaccia-offerta o minaccia-promessa», che hanno costituito l’oggetto principale del presente lavoro.

In tali ipotesi, secondo la Corte, i parametri del danno *contra ius* e del vantaggio indebito, al fine di evitare “soluzioni confuse”, «devono essere apprezzati, come si è sottolineato in dottrina, non nella loro staticità ma nella loro operatività dinamica, enucleando, sulla base di una valutazione approfondita ed equilibrata del fatto, il dato di maggiore significatività»¹⁶⁰. Si perviene, quindi, alle medesime considerazioni svolte in precedenza circa l’insufficienza del solo criterio fondato sulla dicotomia danno/vantaggio ingiusto e la necessità di integrare tale criterio con elementi ulteriori, al fine di consentire un inquadramento delle ipotesi di *thoffer* che, fuori da rigidi automatismi, sia aderente al sistema di valori e alle finalità politico-criminali espresse dal nostro ordinamento costituzionale.

La Corte, pertanto, individua tre criteri integrativi per la qualificazione di tali situazioni problematiche: un primo, che può definirsi come criterio dell’*elemento motivazionale prevalente*, secondo cui «è necessario, nell’ipotesi data, accertare se il vantaggio indebito abbia prevalso sull’aspetto intimidatorio, sino al punto da vanificarne l’efficacia, e se il privato si sia perciò convinto di scendere a patti, pur di assicurarsi, quale ragione principale e determinante della sua scelta, il lucroso contratto, lasciando così convergere il suo interesse con quello del soggetto pubblico»¹⁶¹. Qualora tale verifica abbia esito positivo, dovrà ritenersi realizzata la fattispecie induttiva; qualora invece dall’indagine emerga «la marginalizzazione del vantaggio indebito rispetto al danno ingiusto», si configurerà il delitto di cui all’art. 317.

Il secondo criterio, invece, dovrebbe esplicitare i suoi effetti limitatamente alle ipotesi in cui l’abuso del pubblico agente sia connesso all’esercizio di un potere discrezionale. La Corte, aderendo anche stavolta alle proposte della dottrina che per prima si è occupata analiticamente delle vicende in esame¹⁶², propone di prendere in considerazione la «genesì e il contesto della prospettazione avente ad oggetto l’esercizio del potere discrezionale»¹⁶³, qualificando come costrittive le prospettazioni dell’esercizio sfavorevole del potere discrezionale che siano del

¹⁵⁷ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, cit., § 16.

¹⁵⁸ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, cit., § 17.

¹⁵⁹ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, cit., § 18.

¹⁶⁰ Cass. pen., sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., § 16.

¹⁶¹ Cass. pen., sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., § 19.

¹⁶² V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., 208 s.

¹⁶³ V. MONGILLO, *op. ult. cit.*, 209 s.

tutto «estemporanee o pretestuose»¹⁶⁴ e come induttive le ipotesi in cui l'atto discrezionale pregiudizievole sia prospettato «nell'ambito di una legittima attività amministrativa».

Il terzo criterio, infine, è rappresentato dal «confronto e dal bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale: quello oggetto del male prospettato e quello la cui lesione consegue alla condotta determinata dall'altrui pressione»¹⁶⁵. Nell'utilizzare tale criterio la Corte si riferisce in particolare a quelle situazioni in cui, attraverso la prestazione indebita, si intende preservare un proprio interesse di rango particolarmente elevato.

Riguardo al primo dei criteri enucleati dalla Corte, che fonda la qualificazione delle ipotesi di *thoffer* essenzialmente sulla motivazione principale o prevalente che ha guidato il soggetto agente, si sono già espresse in precedenza le perplessità circa l'idoneità di tale criterio a tracciare la distinzione tra le due fattispecie, stante l'estrema difficoltà di determinare la ragione prevalente che ha mosso il privato in presenza di due spinte motivazionali concomitanti¹⁶⁶. Tale criterio, in definitiva, fondandosi su un elemento di ardua verificabilità empirica, rischia di rimettere la decisione relativa alla punibilità del privato alle intuizioni, se non all'arbitrio, dell'interprete, risultando quindi estremamente carente sotto il profilo della determinatezza.

Quanto al secondo indice, dato dalla genesi, estemporanea o meno, della prospettazione dell'esercizio in senso sfavorevole al privato del potere discrezionale dell'agente, esso appare un utile parametro di riferimento al fine di determinare il carattere ingiusto o giusto del male minacciato dall'agente, ma non sembra fornire indicazioni circa le possibili soluzioni da adottare nelle ipotesi di minaccia-offerta. Infatti, il carattere estemporaneo o pretestuoso della prospettazione dell'esercizio di un potere è «un chiaro indice di sviamento dell'attività amministrativa dalla sua causa tipica» — si pensi, al riguardo, alla minaccia di controlli o verifiche fiscali effettuata da un finanziere al fine di ottenere sconti o regali dal titolare dell'esercizio commerciale presso cui egli si è recato per esigenze personali —, anche perché il potere discrezionale verrebbe attivato al di fuori del contesto istituzionale e a fini meramente persecutori. Tuttavia, tale elemento, se certamente permette di inquadrare la prospettazione del pubblico ufficiale nei termini di una minaccia, nulla dice sulla possibile risoluzione del problema dell'inquadramento delle ipotesi in cui a tale minaccia si accompagni un'offerta (si pensi all'ipotesi in cui, nel caso precedente, il pubblico agente prefiguri al titolare dell'impresa di poter “stare tranquillo” nel caso di ogni eventuale futuro controllo sull'attività). Tale criterio, pertanto, sebbene utile a

¹⁶⁴ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, cit., § 20.

¹⁶⁵ A ben vedere, la Corte utilizza il criterio del bilanciamento dei beni anche al di là delle ipotesi di minaccia-offerta, adoperandolo per risolvere anche i casi in cui, pur essendosi in presenza della prospettazione esclusiva di un vantaggio indebito, l'oggetto della pretesa abusiva è rappresentato da un bene altamente personale quale la libertà sessuale. Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., § 21.

¹⁶⁶ Sul punto v. *supra* par. 3.2.

inquadrare i termini della prospettazione, non appare risolutivo per le situazioni ambigue o miste di cui si tratta.

Per quanto riguarda, infine il terzo criterio, fondato sul bilanciamento dei beni coinvolti nel conflitto decisionale, non si può che aderire a tale soluzione, che coincide con la proposta avanzata nel presente lavoro.

Tuttavia, occorre rilevare che, mentre la Corte sembra limitare il criterio del bilanciamento dei beni alle ipotesi in cui sia coinvolto nel conflitto un bene di rilievo altamente personale, a nostro avviso, invece, tale criterio può avere, come si è tentato di dimostrare in precedenza¹⁶⁷, una portata applicativa più ampia, potendosi offrire come strumento risolutivo anche dei conflitti in cui sono coinvolti beni di natura patrimoniale come la libertà di iniziativa economica o la proprietà, di gran lunga più presenti nella fenomenologia concussiva.

A ogni modo, un'apertura nella direzione indicata sembra potersi cogliere in uno dei passaggi finali del percorso motivazionale dedicato all'individuazione della linea di confine tra le due fattispecie, in cui si afferma che il criterio del danno-vantaggio «deve essere opportunamente calibrato, all'esito di una puntuale ed approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina».¹⁶⁸

Resta confermato, peraltro, che anche la proposta avanzata, lungi dall'essere esaustiva e indenne da problematiche applicative, necessita di integrazioni e non esclude la compresenza di criteri ulteriori che conducano a una concretizzazione del bilanciamento dei valori in gioco. È pertanto da apprezzare la prospettiva delle SS.UU., che da una parte rifugge rigidi automatismi e presunzioni e dall'altra, tentando di elaborare una pluralità di criteri integrativi per le ipotesi in esame, non si arrende a lasciare la risoluzione di tali situazioni complesse all'equo apprezzamento del giudice. L'evoluzione della ricerca e dell'elaborazione giurisprudenziale in questa delicata materia, nel solco della sentenza in commento, dovrebbero puntare all'elaborazione di criteri e principi ordinatori, espressivi delle fondamentali opzioni assiologiche del nostro ordinamento costituzionale, che permettano di ricostruire le norme in esame in modo da risolverne le problematiche applicative in modo conforme alle opzioni politico-criminali proprie di uno Stato sociale di diritto. E' evidente che tale percorso impegnativo richieda un'ampia discussione, «ma così è sempre nella scienza»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ V. *supra* par. 4.1

¹⁶⁸ Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, cit., § 22.

¹⁶⁹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 107.



**CONCUSSIONE, INDUZIONE INDEBITA E CORRUZIONE PROPRIA:
UN'ACTIO FINIUM REGUNDORUM TRA TIPICITÀ
E POLITICA CRIMINALE (*)**

Una modesta proposta dalla l. 190/2012 alle sezioni unite Maldera

di Marco Alessandro Bartolucci

Abstract. La novella che ha interessato il delitto di concussione, con l'introduzione del nuovo reato di induzione indebita ex art. 319-*quater*, dopo aver polarizzato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, è giunta al vaglio delle sezioni unite. Tuttavia, la motivazione stessa del giudice di legittimità, dopo aver stabilito il criterio euristico per distinguere concussione da induzione, afferma che tale indirizzo, a causa delle difficoltà empirico-criminologiche che da sempre connotano i delitti di corruzione *lato sensu*, non è sempre automaticamente applicabile al caso concreto. L'obiettivo di questo breve appunto è cercare di fornire, sulla scorta di un approccio sì criminologico ma anche di ricerca nomofilattica, un contributo per l'individuazione di un eventuale elemento differenziale non solo tra le due norme in parola, ma anche dai numerosi precetti limitrofi penalmente sanzionati, ricostruendo brevemente la sistematica di alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

SOMMARIO: 1. I termini del problema e l'impostazione metodologica. – 2. Gli orientamenti giurisprudenziali e la soluzione delle sezioni unite. – 3. L'improvvisa *excusatio non petita* della Corte. – 4. Criterio davvero discrezionale? *Exemplum docet*. – 5. L'ipotesi formulata: l'abuso quale elemento comune a tutte le fattispecie... – 6. ...e l'iniziativa quale vero criterio discrezionale.

1. I termini del problema e l'impostazione metodologica.

Con la promulgazione della legge 6 novembre 2012, n. 190¹⁷⁰, il legislatore – com'è noto – è intervenuto, tra l'altro, nell'ambito della disciplina dei delitti dei

(*) Testo, rielaborato ed integrato con i riferimenti bibliografici essenziali, dalla relazione tenuta a Milano il 14 febbraio 2014, in occasione del *workshop* dal titolo "riformulazione-frattura del delitto di concussione ex art. 317 c.p.", indetto dal *Laboratorio permanente di diritto penale*.

pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in particolare novellando l'art. 317 c.p. ed introducendo il delitto di nuovo conio *Induzione indebita a dare o promettere utilità* ai sensi dell'art. 319-*quater* c.p.

Sulle ragioni e sulle conseguenze di tale intervento normativo, si è profusa negli ultimi mesi la migliore analisi dottrinale, con numerosissimi e preziosi contributi¹⁷¹, spesso su impulso di una giurisprudenza di legittimità particolarmente attiva¹⁷².

Com'è noto, il nodo ermeneutico principale – ma non unico, come si vedrà *infra* – sul piano del diritto sostanziale è costituito dall'individuazione di un'univoca *linea di demarcazione*¹⁷³ tra concussione “per costrizione” (art. 317 c.p.) e “nuova” induzione (art. 319-*quater* c.p.).

Con il deposito della motivazione della sentenza *Maldera*¹⁷⁴, la giurisprudenza di legittimità, nella sua massima composizione, ha fissato alcuni principî sul tema.

L'obiettivo di questo breve appunto, necessariamente articolato per sommi capi, è tentare di individuare, alla luce della pronuncia del giudice nomofilattico,

¹⁷⁰ Recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”(G.U. n. 265 del 13 novembre 2012).

¹⁷¹ Senza alcuna pretesa di completezza, cfr. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI (a cura di), [Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 \(Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione\)](#), in questa Rivista, 20 novembre 2012; E. DOLCINI, [La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, 152; G. FIANDACA, *L’induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater c.p.): una fattispecie ambigua e di dubbia efficacia*, in *Foro it.*, 2013, 4, 2, 205; R. GAROFOLI, [Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie](#), in questa Rivista, 22 febbraio 2013; A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell’ambito di un quadro d’insieme*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 1; M. RONCO, *L’amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, *ivi*, 35; S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l’esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 8 (suppl.), 15; A. SPENA, [Per una critica dell’art. 319-*quater* c.p.](#), in questa Rivista, 28 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, 213; T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 3, 783. V. VALENTINI, [Dentro lo scrigno del legislatore penale](#), in questa Rivista, 7 febbraio 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 2, 118.; F. VIGANÒ, [Sui supposti guasti della riforma della concussione](#), in questa Rivista, 11 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 2, p. 143. ID., *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Libro dell’anno del diritto*, 2013, 153. Dal punto di vista monografico, si rinvia, per tutti, a M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis. Commentario sistematico, III*, Milano 2013.

¹⁷² Cfr., tra le molte, Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 3251, *Roscia*; sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 7495, *Gori*; sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 8695, *Nardi*; sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 16154, *Pierrri*; sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 17285, *Vaccaro*; sez. VI, 14 gennaio 2013, n. 17593, *Marino*; sez. VI, 11 febbraio 2013, *Melfi*; sez. VI, 8 marzo 2013, n. 28412, *Nogherotto*; sez. VI, 15 marzo 2013, n. 12388, *Sarno*; sez. VI, 8 maggio 2013, n. 20428, *Milanesi*; sez. VI, 23 maggio 2013, n. 29338, *Pisano*.

¹⁷³ Così l’ordinanza di remissione alle sezioni unite, cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 2013 (dep. 13 maggio 2013), n. 20430, pres. De Roberto, rel. Aprile.

¹⁷⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n.12228, pres. Santacroce, rel. Milo, *Maldera*. Per un primissimo commento, cfr. G. L. GATTA, [Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e ‘induzione indebita’: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito](#), in questa Rivista, 17 marzo 2014.

quale o quali criteri discretivi abbiano *reale* capacità euristica rispetto alla novella dell'art. 317 c.p.

Con, tuttavia, una fondamentale premessa.

Il delitti di corruzione *lato sensu* intesi presentano alcune complessità endogene non tanto (*rectius*: non solo) sul piano del diritto sostanziale, bensì sul piano della cristallizzazione del fatto e dell'accertamento processuale.

Pertanto, il penalista si trova spesso a “maneggiare materia instabile”. Dovrà, quindi, nel solco dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, munirsi delle migliori cautele del caso, al fine di evitare un eventuale esito infausto o, comunque, non essere per esso rimproverabile.

Alla luce di tali considerazioni, pare davvero più che mai condivisibile l'impostazione di certa dottrina volta ad affrontare l'ermeneutica, soprattutto nel campo del diritto penale economico¹⁷⁵, orientata in senso politico-criminale: l'interprete non ha nella norma il suo unico “interlocutore”, bensì egli è immerso in una realtà dinamica, che presenta – da una parte – la *natur der sache*¹⁷⁶, la “natura delle cose”, cioè una serie eterogenea di variabili empirico-sociali, e – dall'altra – il tentativo di giustificare la scelta di criminalizzazione¹⁷⁷.

Condizione necessaria per la realizzazione di tale obiettivo è la conoscenza della realtà criminologica in cui si immerge il precetto penalmente sanzionato.

Sul punto, basti osservare che sul finire degli anni Settanta la dottrina nordamericana individuò tre livelli di attività pubblica all'interno dei quali la corruzione potesse radicarsi, a seconda dell'incidenza invasiva delle condotte illecite nel tessuto sociale ed economico dei paesi cc.dd. occidentali¹⁷⁸.

Sulla scorta della letteratura anglosassone, una recente evoluzione dello studio sulla devianza corruttiva ha ipotizzato un “quarto livello”: quello cioè che riguarda la sfera delle decisioni di politica fiscale, industriale ed economica¹⁷⁹. La diversità italiana risiede probabilmente in questa caratteristica distintiva, nella

¹⁷⁵ Sul punto, si rinvia al fondamentale, E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, (a cura di G. FORTI), Milano, 1987.

¹⁷⁶ G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in *Gesamtausgabe*, 1990, 3, 229, citato in G. FORTI, “Paradigmi distributivi” e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 4, 1603.

¹⁷⁷ G. FORTI, “Paradigmi distributivi”, *op. cit.*, 1608.

¹⁷⁸ S. ROSE ACKERMAN, *The Economics of Corruption*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 4, 187. Il primo livello è collegato a tutte quelle situazioni in cui è possibile la formazione di una posizione di rendita a partire dalle decisioni di spesa degli enti pubblici; in questo caso, l'accordo illecito interviene ad alterare in modo discrezionale – e comunque superiore al suo costo-opportunità – il prezzo di ciò che viene acquistato dall'ente. Un secondo livello di attività pubblica soggetto allo scambio corrotto è relativo alla posizione di guadagno connessa con la distribuzione di risorse e servizi o la concessione di autorizzazioni da parte di uffici statali. Il terzo livello si riferisce invece al potere coattivo di cui dispone l'ente pubblico, che si può tradurre in potere di imporre costi ai privati; nel caso di specie, questi ultimi sono disposti a pagare una tangente pur di evitare o ritardare sanzioni o provvedimenti punitivi.

¹⁷⁹ M. MAGATTI, *Corruzione politica e società italiana. Il rapporto degradato tra partiti politici e interessi economici come sintomo della crisi della democrazia: una analisi approfondita*, Bologna, 1996, 53.

maturità del fenomeno stesso, nel suo essersi dispiegato in tutte le proprie potenzialità¹⁸⁰.

In altri Paesi europei esistono premesse e presupposti già concreti affinché questo si verifichi, ma ancora mancano molte saldature della rete perché questa possa funzionare al massimo livello¹⁸¹.

Alla luce delle peculiarità, solo brevemente accennate, dei delitti in parola, del sostrato sociologico prima ancora che criminologico in cui sono immersi¹⁸², appare più che mai opportuno impiegare schemi ermeneutici suggeriti dagli interpreti più vicini al *modus operandi* del giudice di legittimità, secondo cui, talvolta, occorra passare da una *nomofilachia delle norme* ad una *nomofilachia dei casi*¹⁸³.

Va però, sul punto, fatto un'importante precisazione. L'obiettivo che si cela dietro il sintagma "nomofilachia dei casi" è quello di elaborare ipotesi paradigmatiche ricostruite sulle base di elementi specifici comuni ma suscettibili di generalizzazione, in quanto tali idonee ad abbracciare tutti i casi singoli che posseggono le medesime proprietà¹⁸⁴.

¹⁸⁰ "La corruzione dei politici e dei pubblici amministratori (...) è 'istituzione' sovranazionale. Ma da noi ha superato, per estensione e capillarità, ogni limite di tollerabilità sociale e di decenza", cfr. F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 4, 1201. Per un'esauritiva panoramica della fenomenologia della corruzione in Italia dalla fine dell'Ottocento ad oggi, si rimanda all'imprescindibile A. GALANTE GARRONE, *L'Italia corrotta. 1895-1996. Cento anni di malcostume politico*, Roma, 1996.

¹⁸¹ E. U. SAVONA, L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998, 74, i quali si riferiscono, al fine di dimostrare l'esistenza di questo quarto livello, alla c.d. "maxi-tangente Enimont", ove lo scambio corrotto diventa un'enorme e complessa operazione politica e finanziaria in cui le scelte di fondo della politica industriale italiana vengono piegate agli interessi dei signori della tangente. A premesse di questa operazione (la creazione di un grande polo chimico nazionale di joint venture tra il gruppo pubblico ENI e quello privato Montedison) c'è comunque il ruolo di grande dispensatore di finanziamenti illegali ai partiti che l'ENI aveva svolto per lungo tempo e che prevedeva sistemi consolidati per la creazione di fondi neri distratti dalle casse dell'impresa pubblica e poi ridistribuiti a partiti politici.

¹⁸² Per una panoramica multidisciplinare, oltre alla letteratura richiamata nelle note precedenti, si veda, tra gli altri, D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Bologna 1992; A. VANNUCCI, *Il mercato della corruzione. I meccanismi dello scambio occulto in Italia*, Milano 1997; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunte. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Bari, 2007. Per un'insuperabile sintesi tra posizione della dottrina sociologica e criminologica e conseguenze penalistiche, cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007. Di taglio invece più prettamente penalistico, con preziose riflessioni multidisciplinari, A. SPENA, *Il turpe mercato: teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003.

¹⁸³ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 119.

¹⁸⁴ Testualmente G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I*, Milano, 2006, 257. Per un approfondimento della tematica, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999. Dal punto di vista comparatistico, per un'approccio di tipo casistico alle problematiche dell'ermeneutica penale, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monaco, 1994.

Le ragioni che guidano tale corrente di pensiero si possono brevemente compendiare:

a. maggior conoscibilità della legge: non si interpreta un testo astratto, bensì si ricerca un caso concreto già deciso simile a quello in discussione;

b. le tecniche del precedente producono economie di tempi e di energie, oltre che particolarmente rispettosa del principio di uguaglianza;

c. consente l'evoluzione non traumatica del diritto attraverso la diversità dei nuovi casi (il c.d. *distinguishing* anglosassone)¹⁸⁵.

Si cercherà, pertanto, nel proseguo di questo breve contributo, alla luce di tale premessa metodologica, anzitutto di valutare la *reale* capacità discrezionale dei criteri scelti dalla Cassazione; secondariamente, di individuare eventuali *altri* criteri il più possibile in grado di cogliere quella *nomofilachia dei casi* auspicata in precedenza.

2. Gli orientamenti giurisprudenziali e la soluzione delle sezioni unite

In estrema sintesi – e consentendo un rinvio a chi si è acutamente occupato dell'argomento¹⁸⁶ – la Corte di cassazione ha individuato per sommi capi tre macro-criteri per distinguere la concussione "per costrizione" della "nuova" induzione:

i. la costrizione coinciderebbe con un'attività di pressione realizzata con modalità tali da compromettere la libertà di autodeterminazione della persona offesa, mentre nell'induzione il privato conserva un ampio margine di libertà (*leading case*: sentenza *Nardi*)¹⁸⁷. In tale orientamento sono ravvisabile due sotto-indirizzi:

a) uno, per così dire, *oggettivistico*, parametrato sull'intensità della pressione rapportata alla modalità concreta della condotta abusiva (*leading case*: sentenza *Vaccaro*)¹⁸⁸;

b) l'altro, invece, *soggettivistico*, in cui l'intensità della pressione viene rapportata all'effetto psichico in capo all'*extraneus* indotto (*leading case*: sentenza *Sarno*)¹⁸⁹;

ii. la costrizione sussisterebbe allorché il pubblico agente prospetti al privato un pregiudizio ingiusto; mentre vi sarebbe mera induzione indebita

¹⁸⁵ F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale*, op. cit., 119.

¹⁸⁶ M. GAMBARDELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 4, 1285.; V. MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 3, 166; M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione indebita nelle prime sentenze della Corte di Cassazione*, in *Neldiritto*, 2013, 5, 886.

¹⁸⁷ Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2012, *cit.*

¹⁸⁸ Cass. pen., sez. VI, 11 gennaio 2013, *cit.*

¹⁸⁹ Cass. pen., sez. VI, 15 marzo 2013, *cit.*

allorché il pubblico agente prospetti al privato conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge, a meno che questi non si determini a dargli o promettergli denaro o altra indebita utilità, mirando quindi ad ottenere un indebito vantaggio (*leading case*: sentenza *Roscia*)¹⁹⁰;

iii. con il terzo criterio, la giurisprudenza adotta una soluzione *sincretista*¹⁹¹: l'induzione non solo lascerebbe al privato un margine relativamente ampio di scelta, ma gli consente altresì di conseguire un indebito vantaggio (*leading case*: sentenza *Melfi*)¹⁹².

Le sezioni unite, dopo aver passato in rassegna i tre criteri sopra individuati¹⁹³, si dedicano ad un *excursus* storico-ermeneutico:

- anzitutto, il relatore si concentra su un'analisi comparatistica di tipo verticale: artt. 169 e 170 del codice Zanardelli, previgente formulazione dell'art. 317 del codice Rocco, "mini-riforma" della l. 26 aprile 1990, n. 86 ed, infine, promulgazione della l. 190/2012, con – sullo sfondo – gli obblighi sovranazionali e le valutazioni degli organismi internazionali (Convenzione di Merida, WGB dell'OCSE e rapporto GRECO)¹⁹⁴;

- secondariamente, vengono individuati gli elementi comuni alle due fattispecie: "*devesi, innanzi tutto, prendere atto che la condotta di costrizione e quella di induzione (...) sono accumulate, oltre che da uno stesso evento (dazione o promessa dell'indebito), da una medesima modalità di realizzazione: l'abuso della qualità o dei poteri dell'agente pubblico*"¹⁹⁵. Pertanto, la modalità della condotta tipica dei due reati è la medesima e consiste nell'abuso della qualità o dei poteri dell'*intra-neus*;

- diversa, invece, è la condotta vincolata *stricto sensu*, lungo la dicotomia costrizione *vs.* induzione. Secondo il relatore, il *discrimen* tra l'una e l'altra risiede negli effetti che al privato "*derivano o possono derivare in termini di danno o di vantaggio, ove non aderisca alla richiesta alternativa di dazione o promessa di denaro o di altra utilità*"¹⁹⁶.

A questo punto, entrando nel vivo dell'ermeneutica delle due norme, la Corte condivisibilmente ritiene che la "costrizione" *ex art.* 317 non ponga significativi problemi interpretativi: essa "*svolge – all'evidenza – anche una funzione tipizzante della condotta medesima, in quando evoca comunque modalità di comportamento che, pur non esplicitate, a differenza di quando avviene – ad esempio – per i reati di violenza privata (art. 610 cod. pen.) o di estorsione (art. 629 cod. pen.), sono intuitivamente classificabili sotto il profilo criminologico*"¹⁹⁷.

¹⁹⁰ Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2012, *cit.*

¹⁹¹ La locuzione è di M. SCOLETTA, *I mobili confini*, *op. cit.*, 889.

¹⁹² Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2013, *cit.*

¹⁹³ Considerato in diritto, § 2.

¹⁹⁴ § da 3 a 8.

¹⁹⁵ § 10.

¹⁹⁶ § 12.

¹⁹⁷ § 13.1.

Quindi, passa in rassegna gli approdi giurisprudenziali e dottrinali in tema di “violenza” e – soprattutto – di “minaccia”¹⁹⁸, concludendo che *“la costrizione evoca una condotta di violenza e di minaccia (...). La minaccia, quindi, quale modalità dell’abuso costrittivo di cui all’art. 317 cod. pen., presuppone sempre un autore e una vittima, il che spiega il ruolo di vittima che assume il concusso”*¹⁹⁹.

Per quanto concerne l’“induzione”, l’iter argomentativo – più complesso – delle sezioni unite è così riassumibile:

a. il concetto di induzione è da qualificarsi come *“condotta-evento”*;

b. attraverso la clausola di sussidiarietà espressa che apre l’art. 319-*quater*, il legislatore ha inteso il concetto di induzione quale *minus* della condotta costrittiva. In tal modo, vanno ricomprese nell’alveo della norma tutte quelle condotte che non sono caratterizzate dai requisiti di tipicità di violenza o minaccia²⁰⁰;

c. il *focus* d’indagine, a questo punto, deve rivolgersi sul privato e verificare se la sua volontà *“sia stata piegata dall’altrui sopraffazione ovvero semplicemente ‘condizionata’ od ‘orientata’ da pressioni psichiche di vario genere, diverse però dalla violenza o dalla minaccia e priva del relativo carattere aggressivo e coartante: nel primo caso è integrato il paradigma della concussione; nel secondo, quella della induzione indebita”*²⁰¹;

d. ad integrare tale indirizzo provvedere il *vantaggio indebito* del privato, che assurge a *“criterio di essenza della fattispecie induttiva”*²⁰², a cui fa da *pendant* il *danno ingiusto* nella concussione.

A ben vedere, nelle maglie della motivazione, nonostante il relatore di preoccupi di sottolineare che *“ciascuno di tali orientamenti [cioè i tre indirizzi individuati prima dell’ordinanza di remissione alle sezioni unite, ndr] evidenzia aspetti che sono certamente condivisibili, ma non autosufficienti, se isolatamente considerati a fornire un sicuro criterio discrezionale”*²⁰³, la soluzione adottata delle sezioni unite appare però simile a quella considerata nella sentenza *Melfi*.

3. L’improvvisa *excusatio non petita* della Corte

A fronte di tale motivazione, di alto respiro e densa di riferimenti fondamentali, improvvisamente il giudice di legittimità si arresta: *“devesi, tuttavia, rilevare che il percorso argomentativo sin qui sviluppato nel tracciare il discrimen tra i concetti di costrizione e di induzione è certamente fruibile, senza alcuna difficoltà, in quei casi in cui la situazione di fatto non evidenzia incertezza di sorta (...). Non possono però sottovalutarsi casi più ambigui, border line, che si collocano al confine tra concussione e*

¹⁹⁸ § da 13.2 a13.7.

¹⁹⁹ § 13.8.

²⁰⁰ § 14.3.

²⁰¹ § 14.4.

²⁰² § 14.5.

²⁰³ § 3.

*induzione indebita, per il quali non sempre è agevole affidarsi, quasi in automatico, al modello interpretativo qui privilegiato*²⁰⁴.

Nelle pagine successiva, infatti, la Corte passa in rassegna alcune ipotesi – tutt'altro che scolastiche – alle quali appare effettivamente difficile applicare il principio sopra enunciato. Tratto comune della casistica evidenziata è la coesistenza, secondo differenti gradienti, del *danno ingiusto* e del *vantaggio indebito*:

- la presenza del c.d. abuso di qualità²⁰⁵;
- la prospettazione di un danno generico, per mezzo di autosuggestione o per *metus ab intrinseco*²⁰⁶;
- le situazione cc. dd. *miste*, di minaccia-offerta o minaccia-promessa²⁰⁷;
- la minaccia dell'uso di un potere discrezionale²⁰⁸;
- altri casi non classificabili, in cui è necessario impiegare il criterio sussidiario del bilanciamento dei beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale²⁰⁹.

La sensazione che si forma nell'interprete all'esito della complessa motivazione è che, a fronte di una apprezzabile ricostruzione ermeneutica *apparentemente* capace di fornire i criteri differenziali tra le due norme, in realtà essa, una volta immersa nella "*realtà empirica*", che si presenta "*molto variegata, in quanto caratterizzata da situazioni relazionali che, proprio perché maturano in contesti*

²⁰⁴ § 16, corsivi dello scrivente.

²⁰⁵ § 17. È il caso di chi fa pesare la propria posizione soggettiva senza però fare riferimento a un atto specifico del proprio ufficio o servizio (i.e. il poliziotto che pretenda di non pagare al ristoratore una cena con amici).

²⁰⁶ § 18. Secondo l'opinione di G. L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite, op. cit.*, questo idealtipo potrebbe adattarsi al c.d. caso Ruby, con riferimento alla nota telefonata tra l'allora presidente del Consiglio Silvio Berlusconi ed il Capo di Gabinetto della Questura Pietro Ostuni, per il rilascio della prostituta marocchina. In primo grado, l'*ex premier* è stato condannato – già in vigenza delle nuove norme – per concussione e non per induzione.

²⁰⁷ § 19. È il classico caso in cui l'*intraneus* minaccia un danno ingiusto (ad es., l'esclusione illegittima e arbitraria da una gara d'appalto) ma contestualmente promette un vantaggio indebito (la sicura vincita della gara in caso di dazione o promessa dell'indebito).

²⁰⁸ § 20. Secondo la ricostruzione operata dalla Corte, è concussione se l'esercizio sfavorevole del proprio potere discrezionale viene prospettato in via estemporanea e pretestuosa, al solo fine di costringere alla dazione/promessa dell'indebito; è induzione indebita invece se l'atto discrezionale pregiudizievole per il privato è prospettato nell'ambito di una legittima attività amministrativa, e si fa comprendere che, cedendo alla pressione abusiva, si consegue un trattamento indebitamente favorevole.

²⁰⁹ § 21. Il riferimento esplicito alle note ipotesi criminologiche del "primario" e della "prostituta": nel caso del primario di una struttura pubblica, che allarmi il paziente circa l'urgenza di un intervento salvavita, e che pretenda denaro per operarlo personalmente e con precedenza, è configurabile la concussione. È vero che il paziente, cedendo alla pretesa, ottiene un vantaggio indebito; questo però non guida il suo processo volitivo, che è in realtà piegato dalla prospettiva di esporre a grave rischio la propria vita. Similmente, nel caso della prostituta che il poliziotto faccia "salire in macchina" per evitare guai (giusti o ingiusti che siano). Il sacrificio di un bene di rango così elevato come la libertà sessuale, in spregio di qualsiasi criterio di proporzionalità, "*finisce per escludere lo stesso concetto di indebito vantaggio*".

tendenzialmente propensi all'illegalità, prestano aspetti di ambiguità e di opacità"²¹⁰, non sia in grado di differenziare alcunché.

Non solo.

La Corte affronta poi anche il problema – allo stato perlopiù trascurato dalla giurisprudenza²¹¹ – del rapporto tra induzione indebita e la “classica” corruzione propria.

La motivazione sottolinea che “ciò che rileva è il diverso modo con cui l'intraneus, nei due delitti, riesca a realizzare l'illecita utilità: la corruzione è caratterizzata (...) da un accordo liberamente e consapevolmente concluso, su un piano di sostanziale parità sinallagmatica, tra i due soggetti, che mirano ad un comune obiettivo illecito; l'induzione indebita, invece, è designata da uno stato di soggezione del privato, il cui processo volitivo non è spontaneo ma è innescato, in sequenza causale, dall'abuso del funzionario pubblico, che volge a suo favore la posizione di debolezza psicologica del primo”²¹².

Anche in questo caso, la sensazione è che, a fronte di una massima quasi salomonica per nettezza, si contrapponga una difficoltosa efficacia applicativa: individuare nella *soggezione psicologica del privato*, in definitiva, l'elemento caratterizzante pare davvero poco rispettoso del principio di determinatezza della fattispecie²¹³.

Ed infatti la Corte, con un passaggio dal sapore freudiano, passa improvvisamente dalle classificazioni astratte all'individuazione di un criterio concreto, sicuro e determinato: “indice sintomatico dell'induzione è certamente quello dell'iniziativa assunta dal pubblico agente”²¹⁴.

Ma tale spunto ermeneutico, che purtroppo non consente di affermare *a contrario* che la Corte ritenga che nella corruzione propria l'iniziativa sia sempre del privato (*sintomatico* non è sinonimo di *discretivo*), rimane senza seguito e la motivazione si avvia verso la conclusione, con l'enunciazione dei principî di diritto approfonditi nell'ampia motivazione²¹⁵.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Si veda sul punto G. L. GATTA, [Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico. A proposito dei problematici rapporti tra concussione e 'induzione indebita' \(aspettando le Sezioni Unite\)](#), in questa Rivista, 2 dicembre 2013; M. SCOLETTA, *I mobili confini*, op. cit., 893.

²¹² § 24.2.

²¹³ Cfr., sul punto, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 163.

²¹⁴ § 24.2

²¹⁵ § 25.

4. Criterio davvero discreto? *Exemplum docet*

In una recentissima sentenza della sezione sesta della Cassazione²¹⁶, le cui motivazioni sono state depositate poco prima di quelle delle sezioni unite *Maldera*, il relatore, dopo aver esposto la vicenda fattuale così come ricostruita dal giudice di merito, dava immediatamente conto dei tre orientamenti giurisprudenziali.

Il caso al vaglio del giudice di legittimità è tra i classici *school-case* in tema di concussione-corrruzione²¹⁷: il privato imprenditore necessita di una prestazione da parte della pubblica amministrazione ed il pubblico ufficiale fa intendere che il meccanismo necessita di un "contributo extra" per funzionare. Al rifiuto del privato, la pubblica amministrazione avvia nei suoi confronti un'azione del proprio ufficio nell'ambito della legittima discrezionalità che gli è riconosciuta, da una parte rallentando l'attività dell'impresa e dall'altra, grazie all'ipertrofia burocratica del nostro sistema, potendo anche, in astratto, riconoscere alcune violazioni di legge, con le eventuali e conseguenti sanzioni del caso.

Quando il privato paga, *quid iuris?*

A ben vedere, qualunque criterio interpretativo individuato dalla giurisprudenza venga impiegato, e *a fortiori* se si segue l'indirizzo suggerito da ultimo dal giudice nomofilattico, l'esito parrebbe deporre sempre per un caso paradigmatico di "nuova" induzione di cui art. 319-*quater*.

Declinando infatti il fatto negli (ormai) noti principî di diritto:

- a. non appaiono davvero ravvisabili gli estremi di tipicità nella condotta dell'*intraneus* tali da assurgere alle nozioni di violenza o minaccia;
- b. il privato conserva un margine, non ampio ma certamente esistente, di libera autodeterminazione tra il pagare ed il non pagare;
- c. il privato evita, grazie alla retribuzione del pubblico ufficiale, il danno (ingiusto?) del rallentamento della propria attività imprenditoriale e, contestualmente, ottiene un *beneficio* evitando un controllo amministrativo *ex se* lecito.

Invece, la sentenza in commento chiosa stentorea: "*in questa fattispecie sembrano presenti tutti i criteri identificativi della costrizione, quale condotta tipica del reato di concussione (...): quello quantitativo riferito all'intensità della pressione; quello di tipo qualitativo che richiama la presenza di un male ingiusto; nonché l'indirizzo che individua nel vantaggio indebito il criterio discriminante tra induzione e concussione*".

Evidentemente il criterio discreto (anzi, i tre criteri discretivi) impiegati non sono affatto discretivi²¹⁸.

²¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2013 (dep. 4 febbraio 2014), n. 5495, pres. Agrò, rel. Fidelbo, con nota di M. A. BARTOLUCCI, *Distinzione tra concussione e induzione indebita: in attesa della motivazione delle sezioni unite*, in *Quot. giur.*, 24 febbraio 2014.

²¹⁷ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, 19.

²¹⁸ Si segnala, sul punto, che la riqualificazione del fatto, come richiesto dalla difesa dell'imputato, da "vecchia" concussione a "nuova" induzione avrebbe comportato l'estinzione del reato per decorso dei

Più in generale, il problema del confine tra concussione e corruzione non è quindi solo ben noto alla penalistica italiana²¹⁹, ma registra anche un certa età²²⁰. Così noto e storico anche perché siamo uno dei pochi ordinamenti che conosce questo tipo di criminalizzazione del pubblico ufficiale²²¹.

termini prescrizionali. Ciò può aver influenzato la Corte nella propria decisione, secondo la teoria del c.d. *realismo giuridico*, cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, a cura di G. GAVAZZI, Torino, 1965.

²¹⁹ La giurisprudenza di legittimità si era da decenni attestata sull'orientamento che ravvisa l'elemento differenziale tra i due reati nel c.d. *metus publicae potestatis*: nella corruzione i soggetti coinvolti trattano pariteticamente e si accordano nel *pactum sceleris* con convergenti manifestazioni di volontà; nella concussione, invece, la pariteticità è inesistente perché l'unico dominus dell'affare illecito è il pubblico ufficiale, il quale – abusando della sua autorità e dei suoi poteri – costringe o induce, minacciosamente o fraudolentemente, il soggetto passivo a sottostare all'ingiusta pretesa, creando una situazione che non lascia alternativa all'acquiescenza (cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 14 aprile 2008, n. 21508, autorevolmente avvallato in dottrina da F. CINGARI, in F. PALAZZO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione I*, 191, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da) *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2013, 567; M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 85). In altri termini, secondo questa ricostruzione ermeneutica, nella concussione il privato versa in uno stato di soggezione, mentre nella corruzione i due soggetti della condotta vengono a trovarsi sul piano della parità. La *condicio contractualis* dei due soggetti sarebbe quindi squilibrata, in caso di concussione, dalla posizione di dominio e di prevaricazione effettuata dall'agente pubblico, che condiziona il privato da *vis compulsiva*, il quale finirebbe con l'agire al fine di evitare un danno.

Ma l'indirizzo giurisprudenziale non è il solo oggetto dello studio della dottrina. Riassumendo in modo schematico, è possibile ravvisare diverse teorie, in parte del tutto disomogenee: (a) l'illecito vantaggio perseguito dal privato è l'elemento caratterizzante della corruzione a scapito della concussione, rimanendo indifferente la posizione di parità del privato rispetto all'agente pubblico: nella corruzione il privato *certat de lucro captando*, mentre nella concussione *certat de damno vitando* (cfr. M. RIVERDITI, in F. ANTOISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Milano, 2008, 348); (b) partendo dal citato criterio distintivo, si afferma che anche il privato che *certat de damno vitando* può, in casi-limite, commettere il delitto di corruzione impropria: l'atto contrario ai doveri d'ufficio soddisfa anche gli interessi del privato, per cui l'unico criterio discriminatorio tra le due figure di delitto è dato dall'iniziativa, che se effettuata dall'agente pubblico qualifica il fatto quale concussione, ma che, se effettuata dal privato, configura la corruzione (cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, 167); (c) una terza teoria, figlia della teorizzazione della "concussione ambientale", parrebbe ritenere irrilevante la circostanza che la materiale iniziativa sia effettuata dalla vittima, la quale *coacta voluit, sed voluit*, posto che l'influenza sulla stessa può essere esplicata anche a mezzo di un mero atteggiamento di per sé sintomatico della necessità di eseguire la non dovuta dazione, onde evitare nocuenti (cfr. A. LANDOLFI, *Brevi riflessioni sulla concussione: il discrimine dalla corruzione ed il concetto di utilità*, in *Giur. merito*, 2001, 4, 853).

²²⁰ Tra i primissimi contributi espressamente dedicati al tema, si permette di segnalare G. A. PALAZZO, *Criteri differenziali fra i delitti di concussione e di corruzione*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1911, 4, 3.

²²¹ Esistono a ben vedere in alcuni ordinamenti fattispecie denominate *concussion* o concussione, che però hanno poco a che vedere con la concussione italiana, prevedendo, come nel caso della Svizzera, all'art. 313, il fatto del "funzionario che per fine di lucro riscuote tasse, emolumenti od indennità non dovuti o eccedenti la tariffa legale". Un'ipotesi che non reca menzione alcuna né dalla costrizione né dell'induzione. Analoga la situazione in Francia, dove la c.d. *concussion*, di cui all'art. 432-10 del Code pénal, consiste essenzialmente nella percezione di imposte e diritti non dovuti. Anche in questo caso manca sia la costrizione che l'induzione e, non a caso, la fattispecie risulta punita in misura ridotta

Con l'introduzione del delitto di nuovo conio all'art. 319-*quater*, il “*confine conteso*”²²², con buona pace del rasoio di Occam, si sdoppia.

Non solo.

I problemi, come segnalato da attenta dottrina e affrontato per *obiter dicta* nella sentenza *Maldera*²²³, sono ancor di più, alla luce di numerosi precetti penalmente presidiati limitrofi²²⁴.

Nello specifico, le norme in gioco – dal punto di vista del pubblico ufficiale – sono almeno cinque: in ordine di gravità edittale, estorsione aggravata *ex artt.* 629 e 61 n. 9, concussione *ex art.* 317, corruzione propria passiva *ex art.* 319, induzione indebita *ex art.* 319-*quater* ed istigazione alla corruzione propria passiva *ex art.* 322 co. 4.

Ognuna di esse deve (o dovrebbe) mantenere un proprio ambito di operatività e, naturalmente, di tipicità.

Dalla giurisprudenza invece pare emergere una serie di difficoltà nel tradurre i diversi tipi normativi in altrettanti e ben definiti “tipi criminologici”, da utilizzare quali paradigmi nell'attività di sussunzione tra comportamento umano e fatto tipico²²⁵.

5. L'ipotesi formulata: l'abuso quale elemento comune a tutte le fattispecie...

Dovendo individuare almeno un criterio discrezionale in grado di risolvere adeguatamente l’“*ampio spettro di sovrapposizione*”²²⁶ normativa, per comodità sistematica – e prima ancora logica – è parso opportuno definire e scartare, anzitutto, quegli elementi che *ictu oculi* potrebbero svolgere una funzione specializzante, ma in realtà *sono comuni* a tutte le norme in parola.

Seguendo il tracciato argomentativo delle sezioni unite *Maldera*, l'abuso della qualità o dei poteri dell'*intraneus* è un elemento comune alle due fattispecie e come tale non svolge alcuna funzione discrezionale²²⁷.

Sul punto, però, è necessario svolgere un breve approfondimento.

Il relatore, infatti, si preoccupa di affermare che “*l'abuso non è un presupposto della condotta ma integra elemento essenziale e qualificante della condotta di costrizione ed induzione, nel senso che costituisce il mezzo imprescindibile per ottenere la dazione o la promessa*”.

rispetto alla corruzione, cfr. G. Forti, *L'insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, 499.

²²² T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1999, 4, 1302.

²²³ § 24.

²²⁴ Cfr. M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, *op. cit.* 886; D. TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 1, 245.

²²⁵ Cfr. M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, *op. cit.* 886.

²²⁶ T. PADOVANI, *Il confine conteso*, *op.cit.*, 1306.

²²⁷ § 10.

Si noti come tale nodo interpretativo, derivante dalla collocazione sistematica della nozione di *abuso*, si sviluppa lungo la dicotomia *modalità vincolata ed essenziale della condotta vs. presupposto della stessa*.

Nel primo caso l'abuso è lo strumento attraverso il quale l'*intrausus* provoca quel processo causale che sfocia, come evento terminale, nella dazione o nella promessa dell'indebito²²⁸.

Nel secondo, invece, l'abuso è la condizione necessaria che deve preesistere alla condotta e ne deve accompagnare oggettivamente l'esecuzione, senza in alcun modo influire sulla modalità che la stessa assume in concreto²²⁹.

Tra le due opzioni, nonostante la presa di posizione – invero un po' apodittica – delle sezioni unite, pare invece preferibile la seconda, per un motivo di ordine strettamente normativo.

Le condotte attive del pubblico ufficiale sono già descritte dal legislatore: “costrizione” *ex art. 317* ed “induzione” *ex art. 319-quater*.

Tali delitti non rientrano nella categoria dogmatica dei *reati a forma libera*, bensì sono *reati a condotta vincolata*, ove la tipicità del comportamento del soggetto è data dalla corrispondenza con il modello legale descritto dalla norma²³⁰.

Da ciò, se ne desume, pacificamente, che la condotta costrittiva *ex art. 317* e la condotta induttiva *ex art. 319-quater* descrivono (già) due comportamenti *differenti*.

Quindi, affinché l'abuso non diventi una mera clausola di stile, che non riesce a dare rilevanza né pregnanza in termini di modalità della condotta, l'unica soluzione a disposizione del penalista per non effettuare una *interpretatio abrogans* di tale elemento del fatto è considerarlo quale *presupposto della condotta*, incapace di incidere in concreto su di essa – già modellata sul diverso modello *costrittivo* ovvero *induttivo* – ma necessario per la sua realizzazione.

Ricollocato sistematicamente nella categoria dei *presupposti della condotta*, è ora necessario riempire di contenuto tale requisito di tipicità.

Secondo le indicazioni offerte dalla dottrina tradizionale, si ha abuso dei poteri (c.d. *abuso oggettivo*) tutte le volte in cui il soggetto eserciti i poteri che gli sono conferiti fuori dai casi stabiliti dalle leggi, dai regolamenti e dalle istruzioni di servizio o senza le forme prescritte, ovvero impieghi tali poteri in modo formalmente corretto, ma li adoperi per conseguire un fine illecito²³¹.

Si assiste d'altra parte ad abuso della qualità (c.d. *abuso soggettivo*) allorquando gli atti compiuti dal soggetto non rientrano nella sfera della sua

²²⁸ Cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *op. cit.*, 512; similmente G. CONTENUTO, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 1996, 64.

²²⁹ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1962, 180; A. REPACI, *Sui caratteri distintivi fra concussione e corruzione*, in *Foro it.* 1942, 137.

²³⁰ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2004, 114.

²³¹ Cfr. M. RIVERDITI, in F. ANTOLISEI, *Manuale*, *op. cit.*, 335.

competenza funzionale o territoriale, non rilevando che si tratti di atto dovuto o discrezionale²³².

Si noti, ovviamente, come i delitti in parola si connotino quali *reati propri*²³³: nel caso di specie, il maggior disvalore di personalità, pertanto, incide sul fatto di reato e sull'individuazione del bene giuridico²³⁴.

Riprendendo solo rapidamente una efficace impostazione proveniente dalla dottrina tedesca, i c.d. reati d'ufficio sanzionano, fondamentale, la lesione di un dovere normativo²³⁵.

Con riferimento al nostro quadro valoriale – e ricordando l'ammonimento dei compilatori del codice, cioè evitare “di elaborare dal punto di vista del diritto penale concetti giuridici propri del diritto pubblico, prescindendo da questo, e pretendendo di fornire la definizione in base a elementi tratti esclusivamente dal diritto penale”²³⁶ – le norme costituzionali in gioco sono l'art. 54 co. 2 e l'art. 97 Cost²³⁷.

Tali disposizione non hanno una mera natura programmatica o di scopo, ma sono norme di precetto²³⁸, idonee a plasmare il bene giuridico²³⁹ e, conseguentemente, il fatto di reato²⁴⁰.

Pertanto, una definizione di *abuso* che vuole essere il più coerente possibile con il precetto penale e voglia evitare efficaci critiche dottrinali, secondo cui l'*abuso* tradizionalmente inteso si risolve in un elemento normativo dall’*incerto statuto*²⁴¹, deve necessariamente passare per il prisma individuato dalla Carta costituzionale.

L'*abuso* rilevante in questa sede considerato è quindi, in generale, la violazione delle singole concretizzazioni legislative che derivano dagli artt. 54 co. 2 e 97 Cost.

Ricostruito in questo modo il concetto e giocando di sponda con alcuni acuti spunti dottrinali²⁴², si può argomentare come segue.

²³² *Ibidem*. Per un approfondimento in tema di abuso, cfr. F. INFANTINI, *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale nel diritto penale*, Milano, 1974, 2.

²³³ Si permette il rinvio al classico G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939.

²³⁴ Sul punto, con precipuo riferimento alla materia trattata, si rinvia al fondamentale R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984.

²³⁵ Il riferimento è a H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, IV, 1954, 396, citato da A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 94.

²³⁶ *Verbali delle sedute della Commissione*, in *Lavori preparatori cod. pen. e proc. pen.*, IV, parte III, 1929, 71.

²³⁷ Per un approfondimento del contenuto dell'art. 97 Cost. dal punto di vista penalistico G. INSOLERA, *Corruzione e concussione nella riforma del diritto e del processo penale*, in *Studi in onore di Gian Domenico Pisapia*, I, 679; A. MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, *ivi*, 718.

²³⁸ R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, *op. cit.*, 93.

²³⁹ Si rinvia al fondatore della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, cfr. F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, I, I, Milano, 1997, 539.

²⁴⁰ Cfr. ampiamente, sul punto, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 245.

²⁴¹ T. PADOVANI, *Il confine conteso*, *op. cit.*, 1307.

²⁴² Cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, *op. cit.*, 791; G. L. GATTA, *Sulla minaccia*, *op. cit.*, 13; M. SCOLETTA, *I mobili confini*, *op. cit.*, 889.

La nuova fattispecie di induzione indebita va giocoforza a sovrapporsi con l'ambito di applicazione dell'istigazione alla corruzione propria, suscettibile – com'è noto – di essere realizzata dall'*intraneus* "che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità" al fine di compiere un atto contrario ai propri doveri d'uffici (art. 322 co. 4).

Una tale condotta non può, evidentemente supporre svincolata, quanto meno, da un *abuso* così come sopra definito: il fatto stesso di sollecitare una retribuzione non dovuta è di per sé manifestamente contrario ai doveri di *status*²⁴³.

In secondo luogo, la punibilità *lato sensu* del privato indotto, che rappresenta probabilmente la novità più significativa dell'intera riforma²⁴⁴, attira il reato di nuovo conio lontano dall'ambito applicativo della concussione, per farlo entrare nell'orbita dei delitti di corruzione²⁴⁵. Tra i tratti comuni dei delitti in parola (in particolare tra l'induzione e la corruzione propria), vi è evidentemente l'*abuso*: il pubblico ufficiale che commette una corruzione propria susseguente, cioè che percepisce una retribuzione per un atto contrario ai propri doveri, sta commettendo un *abuso*, così come sopra definito.

E, continuando a declinare la tesi qui proposta, il pubblico ufficiale che accetta la promessa di una dazione (corruzione propria antecedente) realizza una condotta comunque permeata dall'*abuso*, poiché il dolo specifico necessario per integrare la fattispecie copre appunto la contrarietà dell'atto ai propri doveri.

Lo stesso discorso, come visto sopra, vale anche per l'istigazione alla corruzione passiva *ex art. 322 co. 4 c.p.*

Ora, accertato che l'*abuso* è "presente" sia nella corruzione propria (art. 319) che nell'istigazione alla corruzione propria (art. 322 co. 4), è necessario collocarlo sistematicamente all'interno del disvalore del reato.

Nel caso di corruzione propria susseguente, l'*abuso* è un elemento *implicito* della fattispecie, *sub specie* di *caratterizzazione necessaria dell'oggetto materiale* (i.e. *contrarietà dell'atto d'ufficio*).

Nel caso, invece, di corruzione propria antecedente e nell'istigazione alla corruzione propria, l'*abuso* è elemento del *fatto-reato*, coperto dal dolo specifico²⁴⁶.

Si noti, infine, poiché è l'ipotesi decisamente meno problematica, come nel caso dell'estorsione aggravata, l'*abuso* sia aggiunto dal combinato disposto con l'art. 61 n. 9, quale – anche qui – *presupposto della condotta*.

Riassumendo quindi le riflessioni precedenti, l'elemento dell'*abuso* risulta:

²⁴³ Cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, *op. cit.*, 791.

²⁴⁴ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *op. cit.*, 233, il quale tuttavia affronta l'argomento criticamente, a causa di una scarsa tipizzazione della fattispecie.

²⁴⁵ Cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, *op. cit.*, 788.

²⁴⁶ Sulla complessa classificazione del c.d. dolo specifico, si veda, in estrema sintesi, da una parte la dottrina che lo qualifica quale elemento soggettivo del tipo (cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, X, 2012, 190) e dall'altra chi invece lo ritiene un'articolazione della colpevolezza (cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, *op. cit.*, 192).

- espressamente positivizzato dal legislatore nella concussione *ex art. 317* e nell'induzione *ex art. 319-quater*, quale *presupposto della condotta*;
- aggiunto in combinato disposto nell'estorsione aggravata dall'art. 61 n. 9, anche in questo caso quale *presupposto della condotta*;
- quale elemento implicito, *sub specie* di *caratterizzazione necessaria dell'elemento materiale*, nella corruzione propria susseguente (art. 319);
- oggetto del *dolo specifico*, nella corruzione propria antecedente (art. 319) e nell'istigazione alla corruzione propria (art. 322 co. 4).

Questo è il primo approdo dell'ipotesi in questa sede formulata: essendo l'*abuso* elemento comune *non solo* alla concussione e all'induzione, *ma a tutte e cinque* le fattispecie esaminate, non può per definizione essere un criterio discrezionale.

Quindi, secondo il principio *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, l'*abuso* non verrà più considerato quale elemento in grado di distinguere una condotta dalle altre.

Verrà ovviamente recuperato, nel rispetto del principio di legalità, in sede di accertamento, ma non appena si sarà individuato un altro criterio di tipicità idoneo a svolgere una funzione euristica rispetto a tale ipertrofia normativa.

6. ...e l'iniziativa quale vero criterio discrezionale.

Il passaggio successivo – e conclusivo – è, dunque, la comparazione sistematica delle norme qui considerate.

La fattispecie punita meno severamente è l'istigazione alla corruzione propria *ex art. 322 co. 4* e sanziona la condotta dell'*intraneus* che “*sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte del privato per le finalità...*”.

Ad un'immediata esegesi della norma, il delitto si struttura come reato di pura condotta, il cui precetto impone all'*intraneus* di *non chiedere* ciò che non gli è dovuto.

Se il privato non accetta, la condotta si sussume pacificamente nel delitto di istigazione alla corruzione propria.

Ma se il privato accetta?

Per dare compiuta risposta a questo quesito, solo *ictu oculi* banale, si suggerisce in questa sede di approcciare il problema adottando una ricostruzione dogmatica per *tipi separati* dei delitti di corruzione, in modo da poter valorizzare non solo la condotta del pubblico ufficiale, a cui farebbe da mera conseguenza automatica la punibilità del privato, ma anche la diversa *tipicità* delle condotte dell'*extraneus*²⁴⁷.

²⁴⁷ Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono che la corruzione sia un reato necessariamente plurisoggettivo a concorso necessario. I rilievi principali si impernano sull'unitarietà degli effetti giuridico-penali: al fatto del corruttore e del corrotto non seguirebbero effetti giuridici distinti, ma piuttosto gli effetti tipici del reato unico. Vi è poi un altro elemento di natura sistematica: l'art. 322, il

Tornando quindi all'ipotesi formulata, se il privato accetta, quindi retribuisce, egli è astrattamente destinatario di due norme: la sua condotta infatti diviene sì sussumibile nel paradigma del corruttore *ex artt.* 319 e 321, ma anche dell'indotto *ex art.* 319-*quater* co. 2.

A ben vedere, infatti, le due condotte tipiche non hanno alcuna differenza:

- art. 321: “*le pene stabilite (...) si applicano anche a chi dà o promette (...) il denaro od altra utilità*”, cioè la reclusione da quattro a otto anni;

- art. 319-*quater* co. 2: “*chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni*”.

Come spiegare quindi il diverso – e sensibile – *output* di pena?

All'esito dell'analisi fin qui compiuta, il *discrimen* pare essere costituito da un *elemento soggettivo del tipo* (che non riguarda la colpevolezza, poiché il dolo del fatto è il medesimo in entrambe le ipotesi) che modula il disvalore della condotta e, quindi, il disvalore complessivo del reato.

Nell'ipotesi di cui al nuovo art. 319-*quater* co. 2, infatti, vi è un connotato finalistico dell'azione (il c.d. disvalore di intenzione) ad essere notevolmente inferiore rispetto all'ipotesi del corruttore, perché il privato indotto paga *solo ed esclusivamente* a determinate condizioni (in presenza, appunto della richiesta dell'*intraneus*, quindi, per *sineddoche*, della sua *disponibilità* ad *abusare* della suo ruolo).

Questo elemento, trasposto nelle norme a *pendant* destinate ai pubblici ufficiali, porta ad individuare nell'iniziativa dell'*intraneus* il possibile criterio tra induzione e corruzione.

quale sanziona l'ipotesi in cui l'offerta o la promessa del compenso fatto dal privato non venga accettata dal funzionario. Orbene, la corruzione attiva fosse un fatto autonomo, la norma in parola non troverebbe alcuna giustificazione e sarebbe superflua, poiché la punibilità del fatto medesimo deriverebbe necessariamente dalla disposizione generale che regola il tentativo di reato *ex art.* 56 c.p. (cfr., per tutti, M. RIVERDITI, in F. ANTOLISEI, *Manuale, op. cit.*, 335; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, op. cit.*, 512)

Nessuna delle argomentazioni prospettate dalla dottrina prevalente, probabilmente influenzata dalla prosaicità della giurisprudenza, appare realmente decisiva. Innanzitutto, il dato della disposizione in norma separate, al di là delle evidenti interconnessioni logiche e funzionali tra i due modelli comportamentali, non può non tradire una certa *volutas legis* di mantenere distinti i fatti oggetto di incriminazione; al contempo, la stessa idea che l'art. 321 si limiti ad estendere la punibilità dell'*extraneus* appare – quantomeno – discutibile, laddove risulta abbastanza evidente il rilievo secondo cui, se tale disposizione non vi fosse, la condotta di questo andrebbe correttamente valutata non come non punibile, ma, in assenza di espressa incriminazione, come non tipica. E l'argomento incentrato sulla presenza dell'art. 322 quale spia per il carattere necessariamente bilaterale dei fatti di corruzione, per quanto suggestivo, pare forse eccessivamente affrettato: la natura della norma in parola, infatti, sarà plausibilmente la descrizione di un fatto altrimenti atipico, deponendo quindi per la necessaria plurisoggettività della corruzione. Ma potrà anche essere un'autonoma incriminazione, statuente un trattamento sanzionatorio peculiare e differenziato, di ipotesi che, altrimenti, avrebbero integrato gli estremi del tentativo *ex art.* 56. Usando il lessico della dottrina favorevole alla ricostruzione separata, saremmo quindi dinanzi ad un "tentativo accentuato", visto il particolare disvalore della condotta dell'agente (cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, op. cit.*, 155).

Tale criterio, riconducibile alla dottrina classica²⁴⁸, veniva criticato e successivamente abbandonato dalla giurisprudenza in base all'assunto per cui non avrebbe avuto senso mandare esente da pena il privato che, benché non titolare dell'iniziativa, avesse comunque concluso un *pactum sceleris* a lui favorevole, a danno della collettività²⁴⁹.

Ma ora, grazie alla criminalizzazione del privato indotto *ex art. 319-quater* co. 2, questa critica pare francamente superata.

A questo punto, occorre domandarsi quando allora il privato commette un fatto atipico, anzi che addirittura lo connota quale persona offesa del reato?

Anche in questo caso è necessario una brevissima analisi sistematica tra le norme che disciplinano le ipotesi in cui il privato non risponde penalmente della propria condotta: la concussione e l'estorsione.

Sul punto, la dottrina è divisa tra chi riconosce tra le due norme un rapporto di specialità monolaterale²⁵⁰ ovvero di consunzione²⁵¹.

Il dato testuale invero deporrebbe per la seconda ipotesi: trattasi infatti di specialità bilaterale, poiché da una parte c'è l'elemento specializzante della qualifica di pubblico ufficiale (*reato proprio*), ma dall'altra vi è una condotta espressamente violenta o minacciosa e l'ingiusto profitto con altrui danno (*reato a condotta vincolata ad evento di danno*). Si noti, invece, come l'*abuso* è presente in entrambe le fattispecie, attraverso l'aggravante comune *ex art. 61 n. 9*.

Non è sfuggito alla dottrina più sensibile come vi sia un problema di raccordo normativo, poiché l'estorsione aggravata – al netto del disposto dell'art. 69 – è punita più gravemente, con la conseguenza che l'incaricato di pubblico servizio (qualifica soggettiva *esclusa* dalla novellata concussione) subirà in astratto un trattamento sanzionatorio più grave di quello del pubblico ufficiale²⁵².

Per evitare questo "rimbalzo" normativo, la soluzione in questa sede proposta *rebus sic stantibus*, già emersa in altri contributi dottrinali²⁵³ e autorevolmente formulata dalle sezioni unite *Maldera*²⁵⁴, è intendere restrittivamente il concetto di costrizione, aggiungendo la nota modale implicita che rende strettamente vincolata la condotta: la *violenza* o la *minaccia*²⁵⁵.

²⁴⁸ V. MANZINI, *Trattato*, *op. cit.*, 198.

²⁴⁹ Cfr. G. INSOLERA, *Corruzione e concussione*, *op. cit.*, 663, in particolare bibliografia citata alla nota n. 7.

²⁵⁰ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *op. cit.*, 116.

²⁵¹ Cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *op. cit.*, 395.

²⁵² Cfr. M. GAMBARDELLA, *Primi orientamenti*, *op. cit.*, 1285. Già prima della riforma, manifestava dubbi sul punto F. PALAZZO, [Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda](#), in *questa Rivista*, 16 aprile 2012 e in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 1, p. 227.

²⁵³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 209; G. L. GATTA, *Sulla minaccia*, *op. cit.*, 8; F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti*, *op. cit.*, 156. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2012, *cit.*

²⁵⁴ § 13.1

²⁵⁵ Un unico *caveat de iure condendo*: la soluzione ottimale, per evitar forzature normative, sarebbe forse abrogare la norma sulla concussione, lasciando che tali condotte ricadano nell'estorsione o nella tentata estorsione. Cfr., sul punto, la c.d. proposta di Cernobbio, *Proposte in materia di prevenzione della corruzione dell'illecito finanziamento ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 1025. Nota anche come

La soluzione, quindi, in questa sede proposta depone per intendere la costrizione rilevante *ex art. 317* come connotata necessariamente da violenza o minaccia ed impiegare quindi all'uopo i criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza per integrare tale condotta vincolata tipica.

Operata questa *actio finium regundorum*, ogni qual volta la condotta non raggiunga gli estremi per integrare tali requisiti ma vi sia l'iniziativa dell'*intraneus*, accettata dal privato, si versa nel caso di induzione *ex art. 319-quater*.

D'altra parte, in caso di rifiuto dell'*extraneus*, nell'ipotesi di istigazione alla corruzione passiva *ex art. 322 co. 4*.

Ogni qual volta invece sia l'iniziativa sia in capo al privato, la norma a rilevare sarà quella della corruzione propria *ex art. 319*.

Il tutto, ovviamente, come anticipato prima, dovrà essere permeato dall'*abuso* del pubblico ufficiale, cioè dalla contrarietà *lato sensu* del suo comportamento ai doveri di cui egli è destinatario.

Si noti, infine, come permane un'incongruenza, difficilmente colmabile in via interpretativa, della minore punizione, in capo all'*intraneus*, del delitto di induzione indebita (da tre ad otto anni di reclusione) rispetto alla corruzione propria (da quattro ad otto anni), laddove invece l'iniziativa dovrebbe colorare di maggior disvalore il fatto di reato, con conseguente inasprimento degli edittali comminati.

Come attentamente osservato, tale scelta del legislatore trova difficilmente una giustificazione sistematica che ne fondi, anche sul piano della legittimità costituzionale, la ragionevolezza e la proporzionalità²⁵⁶.

“proposta della Statale”, fu presentata ufficialmente il 14 settembre 1994 da un gruppo di magistrati, docenti universitari e avvocati. Per una panoramica dei commenti dottrinali sul punto, cfr., tra gli altri, F. STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 935; D. PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 948; ID., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 3; T. PADOVANI, *“Il problema “tangentopoli” tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1996, 453.

²⁵⁶ Cfr. M. SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, *op. cit.* 891.





SESSIONE DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE



CONCUSSIONE/INDUZIONE: I PUNTI DEBOLI DELL'ACCERTAMENTO PROCESSUALE*

di Lucia Parlato

Abstract. In seguito alla l. 6 novembre 2012, n. 190, è sorta l'esigenza di distinguere le ipotesi rispettivamente qualificabili come "concuSSIONE per costrizione" e "induzione indebita", ai sensi degli artt. 317 e 319-*quater* c.p. Nonostante l'intervento delle Sezioni unite, la contiguità tra le due figure criminose continua a determinare incertezze, che si ripercuotono sul piano processuale. I principali profili problematici sono legati alla posizione del privato, il quale è "vittima" nel caso di concuSSIONE e, viceversa, a sua volta perseguibile nel caso di induzione. Questo mutamento di ruolo, a seconda dell'inquadramento giuridico della fattispecie, produce conseguenze sull'accertamento dei reati e, in particolare, assume rilievo in relazione alla prova dichiarativa, alla denuncia e alla costituzione di parte civile.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Da vittima a "reo": la veste mutevole del privato. – 3. La responsabilizzazione del privato e il rovescio della medaglia: la perdita di un testimone di rilievo. – 4. Il possibile sovrapporsi dell'accertamento sul comportamento criminoso dell'*intraneus* e sulla "provata condotta illecita" di cui all'art. 111 co. 5 Cost. – 5. La denuncia da parte del privato: deterrenti e attrattive. – 6. Le sorti della parte civile costituitasi prima della riqualificazione del fatto in "induzione": un problema aperto. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Era prevedibile che i principali interrogativi, in seguito alla l. 6 novembre 2012, n. 190, si sarebbero raccolti attorno alla coppia "concuSSIONE per costrizione/induzione indebita"²⁵⁷. Una tra le principali innovazioni introdotte

*Testo – riveduto alla luce di Cass., S. U., 24 ottobre 2014, Maldera – dell'intervento svolto il 14 febbraio 2014 in occasione del *Workshop*, su *Riformulazione-frattura del delitto di concuSSIONE ex art. 317 c.p.*, organizzato da "DIPLAP-Laboratorio Permanente di Diritto Penale" presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

²⁵⁷ Sull'intervento normativo, tra gli altri, BARTOLINI, *La nuova disciplina di contrasto alla corruzione*, Piacenza, 2013; CASERTELLI, PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione*, Torino, 2013; CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012; CONZ, *La risposta nei vari settori dell'ordinamento, La responsabilità penale nel codice penale*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di Conz, Levita, Roma, 2012, p. 146 ss.; DE MARTINO, IAVARONE, *Il delitto di concuSSIONE*, in AA.VV., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di D'Avirro, Milano, 2013, p. 2 ss.; DE MARTINO, *Il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità*, *ivi*, p. 228 ss.; FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concuSSIONE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 883 ss.; ID., *L'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.): una fattispecie ambigua e di dubbia efficacia*, in *Foro it.*, 2013, II, c.

dalla riforma consiste infatti, com'è noto, in uno "sdoppiamento" del reato di concussione originariamente previsto dall'art. 317 c.p. – riguardante il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, abusando delle proprie qualità o dei propri poteri, avesse costretto o indotto taluno a dare o promettere, a sé o a un terzo, denaro o altre utilità – nelle due predette figure criminose. Previste rispettivamente dallo stesso art. 317 c.p., come riformulato, e dalla nuova norma di cui all'art. 319-*quater* c.p., sono fattispecie di reato distinte ma limitrofe. L'una, che ha mantenuto il *nomen iuris* della concussione, può essere addebitata al solo pubblico ufficiale che abbia "costretto" taluno a dare o promettere indebitamente denaro o altra utilità. L'altra, denominata "induzione indebita a dare o promettere utilità", può essere contestata tanto al pubblico ufficiale quanto all'incaricato di pubblico servizio che, agli stessi fini, abbiano tenuto una condotta "induttiva" nei confronti di un privato, il quale è – secondo questa nuova ipotesi delittuosa – anch'esso perseguibile (seppure meno gravemente del pubblico agente) qualora abbia ceduto all'iniziativa del pubblico agente, ai sensi del co. 2 dell'art. 319-*quater* c.p.

Dinanzi al rinnovato panorama normativo, la nostra analisi assumerà come punto di riferimento principale proprio l'aspetto cui si è da ultimo accennato – vale a dire la mutevole posizione del privato nel contesto dei reati di concussione e di induzione – per prendere poi in esame le conseguenze processuali che da esso scaturiscono. Rispetto a tale indagine si possono rendere opportune alcune considerazioni preliminari che muovano dalla *ratio* della riforma, per evidenziare i punti più controversi di quest'ultima tenendo presenti le relative prese di posizione della giurisprudenza.

Nel circoscrivere il campo applicativo del reato di concussione (non contemplato dalla maggior parte dei Paesi europei), l'intento legislativo ha mirato a ridurre la sfera di impunità dei privati che, pur assumendo la veste di vittime, realizzino in realtà condotte per molti versi assimilabili a quelle perseguibili per corruzione. Mossa da impulsi di varia natura, la modifica normativa ha risentito dell'esigenza di limitare prassi giurisprudenziali orientate in senso opposto, cioè tendenti a espandere l'ambito operativo della concussione²⁵⁸. E, soprattutto, l'intervento ha rappresentato l'atteso riscontro al monito espresso da organismi internazionali. Tuttavia, resta ferma una perplessità di fondo, perché non si può dare per assodato che le innovazioni corrispondano realmente agli spunti

205 ss.; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2013, p. 381 ss.; ID., *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in AA.VV., *Speciale corruzione, Diritto penale e processo*, Milano, 2013, p. 15 ss.; ID., *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1235 ss.

²⁵⁸ Sulla propensione della giurisprudenza a riconoscere in maniera elastica le caratteristiche distintive della fattispecie di concussione, si rinvia a MORRA, *Riflessioni sulla concussione alla luce della sentenza delle Sezioni unite*, in www.archiviopenale.it, 2014, n. 1, p. 2, anche per l'individuazione degli specifici orientamenti invalsi.

sovranazionali che le hanno ispirate²⁵⁹. Emerge anzi, da più parti, l'impressione che nel recepire le sollecitazioni delle Convenzioni c.d. di Merida e di Strasburgo il legislatore sia rimasto "a metà strada"²⁶⁰, ovvero "a metà del guado"²⁶¹: affrontando il dilemma dell'*extraneus* "vittima o complice", ha sottratto spazi applicativi alla stigmatizzata fattispecie della concussione – che esonera il privato – senza però svuotarla del tutto. La scelta non solo perpetua i problemi già sorti per il rapporto tra corruzione e concussione, ma persino li moltiplica con riferimento alla figura aggiuntiva e intermedia dell'induzione che, per essere distinta, può richiedere sottili verifiche²⁶².

In particolare, il nuovo assetto normativo ha reso prioritaria un'esigenza, di distinguere i concetti di "concussione" e di "induzione", che prima non sussisteva perché entrambi i comportamenti sottesi rientravano indifferentemente nella sfera operativa dell'art. 317 c.p.²⁶³. Di fronte alla complessità del problema interpretativo, sono emersi tre principali orientamenti, che possono essere in questa sede richiamati per rapidi cenni, date le loro implicazioni sul piano processuale. Il primo, basato su un criterio soggettivo ereditato dalla giurisprudenza antecedente alla riforma, ha ritenuto discriminante l'intensità della pressione esercitata dal pubblico agente: essa sarebbe maggiore nella concussione e minore nel reato di "induzione", per il quale non verrebbe gravemente condizionata la libertà di autodeterminazione del soggetto indotto²⁶⁴. Incentrato su un criterio oggettivo, il secondo indirizzo si è fondato invece sulla natura giuridica del male prospettato, il quale sarebbe un "danno" ingiusto, *contra ius*, nella concussione, e un "danno" *secundum ius*, legittimamente determinato dall'applicazione della legge, nell'induzione: soltanto in quest'ultima ipotesi sarebbe ragionevole punire il privato laddove aderendo alla richiesta avanzata dall'agente, in vista di un tornaconto personale, punti a evitare un "danno giusto"

²⁵⁹ Sugli impegni assunti con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (c.d. Convenzione di Merida, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata in Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116) e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, del 27 gennaio 2009, ratificata in Italia con l. 28 giugno 2012, n. 110; sul *Report* del WGB sull'Italia (16 dicembre 2011); e sull'*Evaluation Report on Italy (Third Evaluation Round)* adottato dal GRECO (20-23 marzo 2012, Strasburgo): tra gli altri, DE MARTINO, *Il delitto di concussione*, cit., p. 33; CINGARI, *Repressione*, cit., p. 146 ss.

²⁶⁰ FIANDACA, *L'induzione indebita a dare o promettere utilità*, cit., c. 205 ss.

²⁶¹ V. *Relazione* al Disegno di legge n. 897, S-19, *Disposizioni in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio*, d'iniziativa del Sen. Grasso, comunicato alla Presidenza il 15 marzo 2013, in corso di esame in Commissione (5 marzo 2014), in www.senato.it.

²⁶² Cfr. GATTA, [Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico. A proposito dei problematici rapporti tra concussione e 'induzione indebita'](#), in *questa Rivista*, 2 dicembre 2013.

²⁶³ Cfr. MORRA, *Riflessioni sulla concussione*, cit., p. 2, anche per le indicazioni bibliografiche in materia.

²⁶⁴ In particolare, attribuendo rilievo alle modalità espressive usate dal soggetto agente, Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, CED 254114; Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Sarno, CED 254441; considerando l'effetto prodotto sulla psiche e sulla libertà di autodeterminazione del privato, Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Vaccaro, CED 254620; Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2013, Bellini, CED 255072.

e ad ottenere un indebito vantaggio²⁶⁵. Mentre, sulla scorta di un “criterio misto”, il terzo orientamento ha utilizzato congiuntamente i predetti parametri, attribuendo rilievo sia – in via principale – alla graduazione della pressione esercitata dal pubblico agente, sia – in via complementare, per le situazioni incerte – alla tipologia del “danno” da questi prospettato²⁶⁶.

Chiamate a dirimere il contrasto, le Sezioni unite²⁶⁷ – pur segnalando i limiti di ciascuna delle tre soluzioni – hanno dato quantomeno tendenzialmente priorità al secondo approccio interpretativo, che avrebbe il pregio di evitare le difficili indagini di carattere psicologico presupposte dal primo indirizzo. Il complesso percorso motivazionale non può essere qui esaminato, se non brevemente e soprattutto per evidenziare come esso ruoti proprio attorno alla posizione del privato vittima/correo – che, come si è già anticipato, rappresenta nella nostra analisi il punto di riferimento privilegiato – i cui interessi vengono espunti dal contesto dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie di induzione²⁶⁸. Per quest’ultima, non qualificabile quindi come reato plurioffensivo²⁶⁹, si esclude *ab imis* la presenza di una minaccia che, di per sé, presupporrebbe una vittima e, perciò, impedirebbe di qualificare il privato in maniera diversa, cioè come “complice”, assoggettandolo a sanzione penale²⁷⁰. In questo contesto, se la minaccia di un “danno ingiusto” – da parte del pubblico agente – caratterizza il contenuto della concussione, è la prospettazione di un “vantaggio indebito” – da parte del privato – a connotare invece la fattispecie induttiva, giustificando la punibilità dell’“indotto” che di tale vantaggio intenda avvalersi. Nell’induzione, infatti, il “vantaggio indebito”, perseguito dal privato, costituisce per lui l’alternativa rispetto a un paventato “danno giusto” raffigurato dall’*intraneus* induttore.

Davanti alla configurabilità di numerosi casi limite, di ardua soluzione, tuttavia le Sezioni unite hanno recuperato *ad adiuvandum* il valore dirimente del primo fra i tre orientamenti in precedenza espressi. In questo senso, emerge che quanto più le conseguenze prospettate dall’*intraneus* sono difficili da inquadrare nel paradigma “minaccia di danno ingiusto/prospettazione di vantaggio indebito”, tanto più occorre fare leva anche sul tradizionale canone dell’“intensità della pressione”, inizialmente criticato nella stessa decisione: in particolare, per

²⁶⁵ Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, CED 253936; Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2013, Piccinno, CED 254466; Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, Gori, CED 250020.

²⁶⁶ Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, CED 254440; Cass., Sez. VI, 8 maggio 2013, Milanesi, CED 255076.

²⁶⁷ [Cass., S. U., 24 ottobre 2013, Maldera](#), in *questa Rivista*, 17 marzo 2014.

²⁶⁸ In tema, GATTA, [Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e “induzione indebita”: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito](#), in *questa Rivista*, 17 marzo 2014, p. 2 s.

²⁶⁹ Sul punto, richiamando [Cass., S. U., 24 ottobre 2010, Maldera](#), cit., GATTA, [Dalle Sezioni Unite](#), cit., p. 3.

²⁷⁰ In proposito, GATTA, [Dalle Sezioni Unite](#), cit., p. 4; e più ampiamente ID., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, *passim*.

individuare la concussione viene in rilievo la minaccia, come «forma di sopraffazione potente», che incida sulla «integrità psichica» e sulla «libertà di autodeterminazione» altrui²⁷¹. E' un sommarsi di criteri che obbedisce a un ordine inverso rispetto a quello proposto dal terzo tra i menzionati orientamenti antecedenti. Più precisamente, la sovrapposizione viene suggerita constatando che, nelle plurime ipotesi incerte, il canone discretivo indicato dalle Sezioni unite come prevalente si può rivelare inadeguato, dovendo essere «calibrato sulla specificità della vicenda concreta», anche mediante valutazioni circa lo stato di costrizione dell'*extraneus*. E' proprio su questi casi ambigui che le Sezioni unite hanno particolarmente indugiato, individuandoli in via esemplificativa e alludendo sia a un necessario bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti, sia a ulteriori possibili criteri aggiuntivi, non pienamente esplicitati, in grado di entrare in gioco.

In questi termini, l'intervento delle Sezioni unite non può aver dissipato ogni dubbio sulle aree applicative degli artt. 317 e 319-*quater* c.p., ma è senz'altro servito, da una parte, a mettere in guardia l'interprete dall'illusione di criteri – soggettivi, oggettivi o misti che siano – capaci di offrirgli un discrimine netto; dall'altra parte, a chiarire che l'induzione non rappresenta un'ipotesi minore di concussione e che, anzi, essa può essere accostata alla corruzione, per una simile “logica negoziale” e per la “sintomatica” collocazione topografica dell'art. 319-*quater* c.p.²⁷². Per il resto, incertezze congenite, dense di ripercussioni sull'accertamento dei reati, richiedono stratificazioni interpretative più mature, per scongiurare diversi rischi. Infatti, potrebbero affermarsi letture del dato positivo ingiustificatamente più severe nei confronti del pubblico agente e meno rigorose per il privato, in contraddizione con lo spirito della riforma del 2012²⁷³. Ma, soprattutto, sorge il pericolo che tali incertezze si traducano in una particolare instabilità dei ruoli delle persone coinvolte nel procedimento penale, con conseguenze pregiudizievoli tanto per le garanzie individuali, quanto per il risultato dell'accertamento.

2. Da vittima a “reo”: la veste mutevole del privato.

Come si è sin dal principio esplicitato, il nucleo centrale della presente analisi – anche alla luce della pronuncia delle Sezioni unite – riguarda la posizione ambigua del privato, dalla quale derivano le ripercussioni sull'accertamento processuale che verranno in seguito prese in esame. I principali profili da affrontare sono legati infatti alla circostanza che la fattispecie di induzione indebita, ora prevista, conduce il privato dal ruolo di vittima – riservatogli in caso

²⁷¹ Su queste espressioni, contenute in S. U., 24 ottobre 2013, Maldera, cit., si sofferma GATTA, *Dalle Sezioni Unite*, cit., p. 4; cfr. MORRA, *Riflessioni sulla concussione*, cit., p. 7.

²⁷² Cfr. GATTA, *Dalle Sezioni Unite*, cit., p. 3.

²⁷³ MORRA, *Riflessioni sulla concussione*, cit., p. 13.

di concussione – a quello di “reo”. Tale responsabilizzazione può essere considerata come una forma di strumentalizzazione dell'*extraneus*, in forma preventiva, finalizzata a promuovere la resistenza di quest'ultimo alle condotte criminose del pubblico agente. E' un fenomeno che può essere collocato nell'ottica di una progressiva “criminalizzazione” non estranea alle logiche della c.d. vittimodomatica la quale, specie in relazione ai reati colposi, tende a valorizzare la mancata o insufficiente protezione, da parte del suo titolare, del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice²⁷⁴. Siffatta prospettiva pone in evidenza la partecipazione dell'offeso nella genesi e nella dinamica dei fatti criminosi, finendo per accomunarlo al “reo” in una sorta di sinergia nella realizzazione della fattispecie²⁷⁵.

Invero, le logiche di una prevenzione delegata a soggetti tradizionalmente percepiti come vittime sono note al sistema soprattutto per la criminalità organizzata. Volgendo lo sguardo verso le esperienze pregresse, vengono in rilievo i contesti delittuosi caratterizzati da un *humus* sociale e culturale particolarmente favorevole al dilagare di comportamenti illeciti. In queste situazioni può essere difficile enucleare le effettive “vittime” rispetto alla sfera dei “soggetti agenti”²⁷⁶: la ragione è la ricorrente compresenza di profili «di soggezione» e «di cointeressenza», nei rapporti tra le persone coinvolte²⁷⁷. Il riferimento principale può essere riconosciuto nella fattispecie di estorsione, che ha da sempre suscitato interrogativi sulla posizione di coloro che sono sottoposti al pagamento del “pizzo” (vittime o complici?), comportando indagini assai complesse sull'atteggiamento da essi assunto rispetto alle associazioni criminose. La giurisprudenza ha manifestato, in modo oscillante, opzioni di politica criminale tendenti talvolta a escludere, e talaltra a includere, nell'area del penalmente rilevante condotte che, in certe realtà territoriali, sono diffuse e collocano gli imprenditori «in una “zona grigia” di rapporti con le organizzazioni mafiose»²⁷⁸.

²⁷⁴ Su questi temi, tra i molti, DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, in AA.VV., *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di Venafro, Piemontese, Torino, 2004, p. 11 ss., anche per i richiami bibliografici relativi alla letteratura straniera.

²⁷⁵ In argomento, v. TRANCHINA, *Premesse per uno studio sulla rilevanza della vittima nella dinamica dei fatti criminosi*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 69 ss.; PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 42 s.; nonché, volendo, PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, p. 52 s.

²⁷⁶ Su queste ambiguità che confondono il piano della vittima e quello del “reo” non soltanto sotto il profilo criminologico, ci si permette di rinviare a PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 61 s.

²⁷⁷ VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 340.

²⁷⁸ Per queste espressioni, VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 338 ss., anche per i puntuali riferimenti giurisprudenziali. Non sono mancate pronunce – specie in sede di applicazione dell'art. 629 c.p. (si tratta del reato di estorsione, ove la necessità di definire il limite tra induzione e costrizione non si pone in termini stringenti) – secondo le quali la minaccia, oltre a essere palese ed esplicita, può manifestarsi anche in maniera implicita e indiretta, essendo solo necessario che sia idonea a incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni

La soluzione di questi problemi può essere sensibilmente influenzata anche da considerazioni di più ampio respiro, specialmente di carattere storico-sociologico, che vanno al di là del piano strettamente giuridico²⁷⁹. Sono analoghe le difficoltà che sorgono qualora si tenti di ricondurre specifiche fattispecie allo schema della concussione, dell'induzione, oppure della corruzione: dalla scelta interpretativa consegue anche in questo caso l'assegnazione di una delle qualità, diametralmente opposte, di offeso o di "reo".

Al di là di queste assonanze con questioni ermeneutiche già venute in rilievo per altri ambiti criminosi, tornando a occuparci della concussione e dell'induzione emerge che la loro contiguità rende breve il passo che trasforma l'addebito, insieme alla veste del privato coinvolto. L'agevole transito da una fattispecie all'altra risente oggi dei segnali lanciati dalla Corte di Strasburgo con la decisione sul noto caso *Drassich*, che ha imposto alla prassi un'attenzione, non necessitata sul piano normativo, per i diritti della difesa nell'ipotesi di riqualificazione giuridica del fatto²⁸⁰. Questo è un profilo che, tenuto presente anche nell'ambito delle fonti dell'Unione europea²⁸¹, interessa però soprattutto il versante delle accuse mosse al pubblico ufficiale, soggette a riqualificazione in un avvicinarsi di imputazioni *ex artt.* 317 e 319-*quater* c.p. anche per condotte antecedenti alla riforma (e, quindi, in virtù del fenomeno della successione di leggi in materia penale). Il problema resta invece estraneo alla posizione di chi può essere accusato di una sola tra le due fattispecie, vale a dire l'induzione: e, perciò,

ambientali in cui questa opera (tra le altre, Cass., Sez. V, 22 settembre 2009, Basile, CED 245431; Cass., Sez. II, 20 maggio 2010, Pistolesi, CED 247117).

²⁷⁹ V. ancora VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 340.

²⁸⁰ V. Corte eu., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, con la quale la Corte europea ha affermato la necessità di «porre una cura particolare nel notificare l'«accusa» all'interessato», in caso di applicazione del principio *iura novit curia*, e di assicurare che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare il loro diritto di difesa sul punto in maniera concreta ed effettiva. Tra gli altri, CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, p. 3 ss.; CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, I, c. 165 ss.; volendo, PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1584 ss. Sul rapporto tra concussione e induzione, v. Cass., Sez. VI, Pres. De Roberto, Rel. Carcano, Imp. Nogherotto (informazione provvisoria con commento di VIGANÒ, [Sulla possibilità di una riqualificazione ex art. 521 co. 1 c.p.p. di una concussione per induzione ai sensi del nuovo art. 317 c.p.](#), in questa *Rivista*, 25 gennaio 2013): la Cassazione ha riconosciuto che l'imputato debba essere preavvertito dal giudice (anche in fase di merito) della possibilità che la propria condotta, qualificata inizialmente come meramente induttiva, sia poi invece considerata in sentenza come autentica "costrizione", ovvero della possibilità di essere ritenuto "pubblico ufficiale" (e dunque soggetto attivo della "nuova" concussione) e non mero "incaricato di pubblico servizio" (come erroneamente qualificato dal p.m.).

²⁸¹ V. Direttiva 2012/13/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; cfr. CIAMPI, [La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto di informazione nei procedimenti penali](#), in questa *Rivista*, 27 giugno 2012. V. ora lo schema di Decreto legislativo recante *Attuazione della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali* (Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 89, presentato il 1° aprile 2014).

non riguarda l'incaricato di pubblico servizio, nonché il privato. Quest'ultimo, infatti, in caso di modifica del *nomen iuris* non mantiene immutata la qualifica di imputato, come accade per il pubblico ufficiale (con l'esigenza dell'informativa alla quale si è ora fatto cenno), ma ricava conseguenze ben più radicali: vede, infatti, mutare del tutto il proprio *status* processuale – da persona offesa ad accusato, o viceversa – con forti ripercussioni anche sul regime della sua partecipazione all'accertamento. Questo eventuale passaggio dal ruolo di vittima a quello di complice – o a un rango ambiguo di “mezza vittima” e “mezzo complice” – risulta oggi ancor meno indolore che in passato, tenuto conto delle novità che ora riservano alla vittima stessa, nel processo penale, un protagonismo in termini sia di partecipazione e iniziative, sia di tutela e protezione²⁸².

Mantenendo sempre la prospettiva del privato coinvolto nella vicenda criminosa, la contiguità tra le diverse qualificazioni del fatto è la premessa per numerose questioni che, sul piano processuale, convergono soprattutto verso due nodi nevralgici: quelli della prova dichiarativa e della denuncia. Accomunati dalla collaborazione dei privati, sono due strumenti decisivi per la riuscita della lotta ai fenomeni in esame: punti di congiunzione strategici con questioni di carattere sostanziale, essi interagiscono reciprocamente. E' entro queste sfere tematiche che svilupperemo alcuni profili, selezionandoli tra numerosi altri aspetti di interesse.

3. La responsabilizzazione del privato e il rovescio della medaglia: la perdita di un testimone di rilievo.

Evidenziata l'ambiguità del ruolo dell'*extraneus* nei reati di concussione e induzione, è ora di affrontare il primo tra i due specifici aspetti che sul piano processuale ne ricevono forti ripercussioni, ovvero quello concernente la prova dichiarativa. Il tentativo da parte del legislatore di irrobustire la risposta sanzionatoria, ampliando il novero dei soggetti perseguibili, non è esente da controindicazioni per l'accertamento, già manifestatesi in altri settori: ad esempio, quando la comparsa del reato di clandestinità accanto al reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale ha trasformato lo straniero in indagato/imputato²⁸³.

²⁸² Ci si riferisce alle sollecitazioni che, a livello sovranazionale, si sono succedute a partire dalla Decisione quadro del 2001 (2001/220/GAI), sino ad arrivare alla Direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012 – che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI – in un contesto arricchito da molte altre fonti che in ambiti più specifici hanno assunto rilievo in materia. Cfr. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada*, Torino, 2012, p. 9 ss.; nonché, PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., pp. 13 ss., 27 ss.

²⁸³ In ordine alla l. 15 luglio 2009, n. 94, v. NICASTRO, *Ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero: ecco le novità*, in AA.VV., *Il penalista, Pacchetto sicurezza*, Milano, 2009, p. 33 ss., spec. p. 40. Sulle vicende relative al reato di clandestinità, v. proposta di legge n. 331-927-B, approvata in via definitiva dalla Camera il 2 aprile 2014, finalizzata alla trasformazione della fattispecie criminosa in illecito amministrativo (sul punto, DELLA BELLA, [Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del](#)

Gli effetti collaterali di siffatte manovre normative interessano soprattutto la testimonianza. Tramutando la vittima in correo, infatti, si provoca la perdita di un importante testimone, perché le dichiarazioni del *loquens* vanno a soggiacere al regime dell'esame delle parti, libero da obblighi (di rispondere e di dire la verità) e quindi circondato da maggiori sospetti, nonché attratto dallo statuto di cui agli artt. 210 e 192 co. 3 c.p.p. Di converso, l'esame testimoniale è interdetto, oppure ridotto nell'incerto alveo delle dichiarazioni *contra alios* e, perciò, entro i confini della c.d. testimonianza assistita. Tali confini, di per sé problematici per la difficoltà di discernere i contenuti accusatori della deposizione²⁸⁴, possono qui risultare particolarmente angusti in ragione di plausibili strategie difensive, propense al silenzio o alla negazione *tout court* dei fatti, dettate da una comprensibile cautela contro gli accentuati rischi di autoincriminazione.

Constatando questa *defaillance* del supporto probatorio a carico del pubblico agente, da un'osservazione d'insieme emerge che l'intento di colpire le situazioni di illegalità «diffusa, sistemica» sospinge verso reazioni contraddittorie e poco conciliabili. Da una parte, si cerca istintivamente di stigmatizzare anche il disvalore sociale dei comportamenti dei "soggetti deboli" che contribuiscano ad alimentare il fenomeno criminoso, trattandoli da complici o "mezzi complici"²⁸⁵. Dall'altra parte, più pragmaticamente incombe l'esigenza di favorire la prova del reato e promuovere la collaborazione di quegli stessi soggetti, preservandone l'impunità mediante misure premiali o cause di non punibilità per il denunciante²⁸⁶. Il piano generalpreventivo e quello specialpreventivo, per certi versi, quindi contrastano e si smentiscono a vicenda, in un quadro di politica criminale complessivamente poco coerente.

E' possibile che la prassi si attesti su una repentina iscrizione delle notizie di reato sotto la rubrica della concussione, per assicurarsi più affidabili dichiarazioni del privato. Successivamente, nel corso delle indagini preliminari, la modifica dell'addebito – particolarmente fluido sia di per sé (vista la contiguità tra le fattispecie), sia per la fase precoce in cui il procedimento si trova – può sfociare nell'inutilizzabilità delle dichiarazioni autoindizianti rese dal soggetto ascoltato

[procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio](#), in *questa Rivista*, 4 aprile 2014): v. ora art. 2 l. 28 aprile 2014, n. 67.

²⁸⁴ Sulle incertezze applicative e le contraddizioni della disciplina in materia, tra gli altri, CONTI, *Le nuove norme sull'interrogatorio dell'indagato (art. 64 c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001, pp. 207 ss., 213 ss.; MOROSINI, *Il "testimone assistito" tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autoincriminazione*, *ivi*, p. 321 ss.

²⁸⁵ V. *Relazione* al Disegno di legge n. 897, S-19, cit.; cfr. la c.d. Proposta di Cernobbio, elaborata da un gruppo di magistrati e docenti universitari e presentata il 14 settembre 1994 nel corso di un convegno tenutosi presso l'Università Statale di Milano (*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025).

²⁸⁶ Sull'introduzione di cause di non punibilità del denunciante, v. le iniziative di riforma susseguitesisi dal 1980 in poi (proposte di legge: Trantino e altri, Camera, n. 1619, del 19 aprile 1980; Filetti, Senato, n. 28, del 19 luglio 1983; Trantino e altri, Camera, n. 410, del 17 agosto 1983): v. la ricostruzione contenuta nella *Relazione* al Disegno di legge n. 897, S-19, cit.; cfr. la c.d. Proposta di Cernobbio, cit.

come persona informata sui fatti. Fatto salvo, chiaramente, un uso di queste ultime che sia semplicemente strumentale e propulsivo di indagini.

Per altro verso, le indagini difensive del privato, incerto sullo *status* processuale – di offeso o “reo” – che andrà ad assumere, tenderanno a scongiurare i rischi di un’incriminazione. E, di contro, la difesa del pubblico agente – possibilmente dotata di maggiori risorse economiche – cercherà di attrarre la condotta del privato entro il penalmente perseguibile, pure prospettando strategie comuni, per indebolire probatoriamente la deposizione di quest’ultimo e al contempo ottenere pene più miti.

Senonché, non si può trascurare che anche ove il privato medesimo sia – e si mantenga nel prosieguo del processo – testimone/vittima, *ex art.* 317 c.p., l’incombere di riqualificazioni del fatto ne indebolisce la credibilità e chiama il giudice a cautele valutative ancor maggiori di quelle normalmente adottate per la testimonianza della vittima²⁸⁷. In questo senso, problemi già noti al rapporto corruzione/concussione si ripropongono ora, in modo più capillare, anche per l’induzione²⁸⁸.

4. Il possibile sovrapporsi dell’accertamento sul comportamento criminoso dell’*intraeus* e sulla “provata condotta illecita” di cui all’art. 111 co. 5 Cost.

La prova delle condotte dei diversi soggetti coinvolti nelle fattispecie criminose di cui ci si occupa si può presentare particolarmente problematica. Ed è plausibile che, in materia, la prassi si diriga verso l’enucleazione di massime di esperienza, similmente a quanto è accaduto in relazione ai comportamenti delle persone che si collocano in posizione di contiguità con la criminalità organizzata²⁸⁹.

In questa cornice si possono presentare anche più specifiche questioni. In particolare, per l’ipotesi di concussione e, perciò, di testimonianza dell’*extraneus*, si può creare una sovrapposizione dell’accertamento del reato con la verifica inerente alla “provata condotta illecita”, rilevante *ex art.* 111 co. 5 Cost. per la deroga al principio del contraddittorio e quindi per il recupero di precedenti dichiarazioni²⁹⁰.

²⁸⁷ DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, Torino, 2005, p. 60 ss.; DI MARTINO, PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 2010, p. 150 ss.; volendo, PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 401 ss.

²⁸⁸ Sul rischio di trasformare il reato di concussione – contestato in luogo della corruzione – in «istituto premiale», «in modo da trattare da vittime i corruttori privati e così ottenerne la piena collaborazione», v. *Relazione* al Disegno di legge n. 897, S-19, cit.; cfr. la c.d. Proposta di Cernobbio, cit.; in proposito, CINGARI, *Repressione*, cit., p. 169 s.

²⁸⁹ Al riguardo, ampiamente, MAGGIO, *Le massime d’esperienza nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a cura di Fornasari, Padova, 2002, p. 199 ss.; nonché VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 344 ss.

²⁹⁰ In tema, Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 358, in *Giur. cost.*, 2010, p. 5048 ss. Tra gli altri, Busetto, *Il dibattito penale*, Trento, 2012, p. 9 ss.; ID., *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, p. 149 ss.; FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell’impianto dell’art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV.,

Può accadere infatti che, nel deporre in sede di indagini preliminari, il privato dia conto di condotte altrui che possano essere determinanti sia per giustificare in dibattimento l'eccezione a tale principio, sia per la qualificazione del fatto (e dunque per lo *status* del privato) e per il suo accertamento. Ebbene, tenendo conto della disciplina ordinaria di cui all'art. 500 co. 4 c.p.p., qualora il privato nel rendere informazioni sui fatti abbia descritto intimidazioni o pressioni di varia natura da parte del pubblico agente, queste dichiarazioni possono avere una doppia valenza: prima sono in grado di giustificare la contestazione e la lettura delle stesse deposizioni; poi – una volta acquisite al fascicolo del dibattimento – possono supportare la decisione finale sulla responsabilità dell'*intraneus* per concussione. E' un corto circuito che si può produrre perché, in determinate ipotesi, la distinzione tra questione incidentale di rito e questione di merito può vacillare: questo succede soprattutto quando le due verifiche abbiano ad oggetto condotte assimilabili. In particolare, ciò accade qualora la regiudicanda riguardi fattispecie criminose (come quelle sottese ai fenomeni di "concussione per costrizione") che possano confluire idealmente in un'unica vicenda complessiva insieme alla "condotta illecita" da provare *ex art. 111 co. 5 Cost.*²⁹¹. In questi casi, la predetta "condotta illecita" può risultare difficilmente scindibile dal merito, anche per le sue modalità strumentali. Esse, infatti, ai sensi del citato art. 500 co. 4 c.p.p., possono ben consistere in una "minaccia", tale da rilevare anche in relazione al criterio dell'"intensità della pressione esercitata", considerato dalle Sezioni unite utile per distinguere la concussione dall'induzione nei casi incerti; oppure si possono realizzare mediante una "promessa di denaro o altra utilità", che può confondersi con il piano relativo al "vantaggio ingiusto" cui fa riferimento il criterio ritenuto prevalente per differenziare l'induzione. E' d'obbligo sottolineare, tuttavia, che una simile sovrapposizione può nascere solo a condizione che queste condotte, capaci di rilevare in modo "bivalente", si protraggano lungo un arco temporale così ampio da comprendere sia la commissione del reato, sia il momento dell'elaborazione probatoria dibattimentale (e, perciò, tale da includere anche i diversi momenti in cui il soggetto, nel corso del procedimento, sia chiamato a rendere dichiarazioni). Prassi estreme e poco accorte potrebbero di fatto consegnare al dichiarante – considerato vittima di concussione – la possibilità di "precostituire" in fase di indagini e fuori dal contraddittorio la prova a carico del pubblico agente, al fine di premunirsi da derubricazioni del fatto in induzione

Eccezioni al contraddittorio e giusto processo, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, p. 3 ss.; GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, II *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 2001, p. 10; GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3835; MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 31 ss.; nonché, volendo, PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 414 ss.

²⁹¹ In una ipotesi, sottoposta alla Consulta (Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 358, cit.), la persona offesa aveva reso in sede di indagini sommarie informazioni non solo sui maltrattamenti subiti, ma anche su minacce e violenze volte a indurla a non denunciare i fatti (v. Busetto, *Il dibattimento penale*, cit., p. 10).

e, dunque, di ripararsi da contestazioni *ex art. 319-quater* co. 2 c.p. (ciò, in ragione delle pressioni che afferma di aver subito sia al tempo della consumazione del reato, sia successivamente, per portarlo a ritrattare).

A questi aspetti così specifici se ne aggiunge un altro, più generale, che può anch'esso assumere rilievo, agevolando ulteriormente il recupero in dibattimento delle precedenti dichiarazioni del privato, accusatorie nei confronti del pubblico agente. Non si può trascurare, infatti, che la giurisprudenza tende ad assegnare all'accertamento incidentale della "provata condotta illecita" un regime probatorio semplificato. In questo senso, caratteri più sfumati e livelli di prova più bassi rispetto al criterio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", imposto per la decisione di merito²⁹², possono contribuire a incrementare nella prassi un più disinvolto uso dello strumento delle letture.

5. La denuncia da parte del privato: deterrenti e attrattive.

Affrontati diversi aspetti concernenti la testimonianza, si può passare ora a esaminare il secondo istituto rispetto al quale la prospettiva di un possibile cambiamento della veste del privato – da vittima a indagato/imputato (per la contestazione del reato *ex art. 319-quater* c.p.) – produce significative conseguenze: vale a dire la denuncia.

Tale prospettiva è, innanzitutto, capace di inibire il volano delle notizie di reato scoraggiando chi, vigente la "vecchia" disciplina, sarebbe stato un potenziale denunciante. Tutto ciò è destinato ad accadere soprattutto quando la condotta del privato sia già culminata nel versamento delle somme interessate. Quest'ultimo spartiacque temporale è per la nostra analisi di estremo rilievo, nonostante il versamento medesimo non coincida necessariamente con il momento consumativo del reato. In relazione ai casi in cui il pagamento non sia (ancora) avvenuto, infatti, proprio la denuncia è al centro di un gruppo di problematiche da considerare, perché è in grado di esercitare influenze, al tempo stesso, in molteplici direzioni.

La segnalazione da parte del privato all'autorità giudiziaria ha senz'altro l'effetto di dissuadere, quantomeno in prima battuta, gli organi inquirenti

²⁹² Per i riferimenti, v. Busetto, *Il dibattimento penale*, cit., p. 27 s.: «basta sfogliare rapidamente i repertori per imbattersi in molte sentenze in cui la prova della condotta illecita viene ricavata dalle sole circostanze emerse nel dibattimento, cioè – sostanzialmente – dalla ritrattazione immotivata e non credibile, unita al benché minimo sintomo, anche il più remoto, di possibili "condizionamenti esterni", come il dato ambientale o il particolare tipo di criminalità con cui si ha a che fare» (fra i molti esempi individuati dall'A.: Trib. Palmi, 19 luglio 2001, X, citata da Corbetta, *Le prime ordinanze sulla nuova disciplina dell'acquisizione della prova*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, p. 353; Trib. Palermo, 29 ottobre 2002, Di Pisa, in *Giur. mer.*, 2003, II, p. 469; Trib. Catania, 4 marzo 2005, G., in *Cass. pen.*, 2006, p. 2608); il che «vanifica la clausola costituzionale della condotta illecita "provata", che mirava proprio a evitare automatismi del genere, preservando – per tal via – la regola d'esclusione probatoria da possibili, facili elusioni». In tema, da ultimo, Cass., Sez. II, 22 ottobre 2013, Aloia, CED 257978.

dall'iscrizione di una *notitia criminis* che – sotto la rubrica dell'induzione indebita – metta in discussione la responsabilità dello stesso denunciante. La prassi difficilmente si rivolta – specie all'avvio dell'accertamento – contro il soggetto che fa luce sui fatti, poiché trasformandone la delazione in confessione spoglierebbe il prezioso dichiarante dell'obbligo di rispondere e di dire il vero. Il fatto stesso della denuncia, in questo modo, può pesare sul processo quasi alla stregua di una massima di esperienza che attrae l'addebito contestato nel paradigma della concussione e non in quello dell'induzione.

La denuncia medesima, tuttavia, presenta al contempo un altro volto, che verosimilmente tende a rimanere nascosto per non vanificare ogni aspettativa di segnalazioni da parte dei privati. Essa, infatti, reca in sé una traccia inequivocabile della possibilità per l'*extraneus* di resistere agli allettamenti dell'induttore, cioè di una "libertà di autodeterminazione" che – superati i primi tentennamenti – si sia tradotta nella scelta di denunciare i fatti. Tutto questo potrebbe portare a includere la fattispecie entro l'area applicativa dell'induzione, quantomeno nei casi incerti in cui – secondo la soluzione esposta dalle Sezioni unite – il criterio dell'"indebito vantaggio" non sarebbe da solo dirimente, ma andrebbe coniugato con altri parametri e, in particolare, con quello tradizionale dell'"intensità della pressione" esercitata sul privato.

Il comportamento virtuoso del denunciante può verificarsi dopo ripensamenti e, per lo più, dopo la consulenza di un legale assunta *in limine* rispetto a un promesso pagamento. Forse è in questa piega temporale che il sistema può continuare a puntare sull'*input* del privato. Ma può essere importante stabilire il momento in cui la determinazione di quest'ultimo si formi e sfoci nella denuncia. Pur immaginando una configurabilità del tentativo, non può passare infatti inosservato che per la consumazione del reato è sufficiente la semplice "promessa" di denaro²⁹³. Quando la denuncia viene proposta, il reato potrebbe perciò aver già superato la soglia della consumazione, a discapito della posizione del privato denunciante che sarebbe, in linea di principio, perseguibile *ex art. 319-
quater* co. 2 c.p.

Al riguardo, si schiude una serie di interrogativi che dovranno essere risolti dalla giurisprudenza, nelle specifiche ipotesi che si presenteranno, in base al livello istruttorio raggiunto. Sono diversi i quesiti che rimangono aperti. In particolare, *quid iuris* quando la promessa, magari "documentata" o menzionata dallo stesso denunciante («ero incerto ma ho deciso di non pagare e di denunciare») non abbastanza edotto sulla raffinatezza delle categorie in questione, non sia mantenuta e venga anzi tradita da una successiva segnalazione all'autorità giudiziaria? Quale livello di concretezza e fermezza deve possedere il manifestato proposito del pagamento per tradursi in "promessa" penalmente rilevante? E, soprattutto, è possibile prospettare un effettivo accertamento dell'atteggiamento psicologico del privato riguardo alla "serietà" dei propositi e alla presenza di

²⁹³ Sul punto, Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2013, Piccinno, CED 254467.

riserve mentali, per distinguere non solo tra concussione e induzione, ma anche tra induzione tentata e consumata?

Nelle comprensibili remore degli organi inquirenti a coinvolgere il denunciante la cui condotta si sia fermata alla semplice “promessa” si coglie un nucleo di ragioni che, per assonanze comuni, avvicinano la figura del promittente a quella dell’agente provocatore²⁹⁴. In questa chiave, l’induzione indebita si pone quasi come una fattispecie strumentale, che incentiva la denuncia di condotte da iscrivere e perseguire (più o meno propriamente) sotto il paradigma della concussione.

Rimane da risolvere, altresì, il problema dell’inquadramento delle situazioni concrete in cui il privato, sollecitato dal pubblico agente, prima di denunciare i fatti non si sia spinto neppure sino alla promessa. Senza che al privato medesimo sia rimproverabile alcunché, resta da stabilire di volta in volta se nei confronti dell’*intraneus* sia configurabile il tentativo di induzione, o l’istigazione alla corruzione²⁹⁵. Ipotesi, quest’ultima, che potrebbe essere avvalorata dall’attrazione dell’induzione verso la sfera della corruzione, prospettata di recente dalle Sezioni unite²⁹⁶.

6. Le sorti della parte civile costituitasi prima della riqualificazione del fatto in “induzione”: un problema aperto.

Muovendo dalle problematiche relative alla denuncia, senza abbandonare il filone tematico concernente la posizione del privato nel corso del procedimento penale occorre esaminare un’altra questione di rilievo. E’ necessario, infatti, interrogarsi sulle sorti della parte civile costituitasi nel processo per concussione, una volta che l’addebito sia stato modificato in induzione mettendo in gioco la responsabilità dello stesso titolare delle pretese civilistiche. E’ un aspetto già affrontato dalla Corte di cassazione, ma con riferimento al regime intertemporale²⁹⁷. Le specificità del contesto hanno, perciò, sinora consentito di risolvere i dubbi sul piano dell’irretroattività *in peius* – nel senso del mantenimento

²⁹⁴ Su questa categoria problematica e sulle ricostruzioni che, per escluderne la punibilità, puntano sull’atteggiamento psicologico (mancanza del dolo delittuoso) dell’agente provocatore non ci si può qui soffermare. Tra i molti, si rinvia a DE MAGLIE, *Gli «infiltrati» nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1049 ss., la cui ricostruzione – seppure risalente (e antecedente alla l. 13 agosto 2010, n. 136) – per i temi affrontati conserva il suo valore.

²⁹⁵ In proposito, sui rapporti tra le due fattispecie, v. SPENA, [Per una critica dell’art. 319-quater c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?](#), in *questa Rivista*, 28 marzo 2013 e in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, p. 213.

²⁹⁶ V. Cass., S.U., 24 ottobre 2013, Maldera, cit.; al riguardo, GATTA, *Dalle Sezioni Unite*, cit., p. 3.

²⁹⁷ Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, Ferretti (informazione provvisoria, con commento di GATTA, [Riqualificazione del fatto da concussione a induzione indebita ex art. 319-quater c.p.: il ‘concusso’, già costituitosi parte civile, conserva la legittimazione all’azione civile](#), in *questa Rivista*, 1 febbraio 2013).

dell'azione civile in sede penale – senza toccare invece i problemi più spinosi destinati a sopravvivere rispetto alle contingenze del fenomeno transitorio.

In questa sede non si pretende di sciogliere quei nodi tuttora irrisolti e non ancora manifestatisi compiutamente. Ma si impone quantomeno la constatazione della possibile singolare presenza, nel processo penale, di un danneggiato dal reato che, già costituitosi parte civile in relazione alla fattispecie di concussione, assuma poi la veste di indagato/imputato, per il reato di induzione indebita. E', in definitiva, un soggetto *in primis* legittimato a testimoniare, come parte civile; e successivamente incompatibile rispetto al ruolo di testimone, perché imputato. Davanti a questa contraddizione non si può pensare di escludere *tout court* la parte civile dal processo penale, in ragione della semplice iscrizione della *notitia criminis* a suo carico. La presunzione di non colpevolezza/di innocenza rappresenta, infatti, in questo senso un riferimento decisivo. Tuttavia, di converso, non ci si possono neppure attendere compiute verifiche incidentali sulla legittimazione della parte civile, che per l'oggetto andrebbero a coincidere con l'accertamento sul merito. Il *rebus* è lasciato anche stavolta alla prassi giurisprudenziale e andrà risolto in base alla peculiarità delle ipotesi che si proporranno, con il rischio di possibili sperequazioni e incongruenze.

7. Riflessioni conclusive.

La lotta al fenomeno criminoso può così innescare circuiti più ampi, protetti da omertà, e debilitarne l'accertamento: a buone risposte sul piano generalpreventivo corrispondono meno rassicuranti riscontri concreti. Se il sistema può di fatto sterilizzare le fonti di prova dichiarative, le aspettative poggiano sulle intercettazioni (nonostante i costi). Senza dimenticare però che esse possono essere disposte soltanto per la concussione, mentre i limiti edittali previsti per l'induzione le precludono, *ex art. 266 co. 1 c.p.p.* Ragione che, insieme alle altre sopra menzionate a proposito della testimonianza, potrebbe spingere gli organi inquirenti a qualificare il fatto, quantomeno inizialmente, ai sensi dell'art. 317 c.p. (e non dell'art. 319-*quater* c.p.). Tutto questo, in attesa di rimediazioni della disciplina che si profilano nuovamente all'orizzonte²⁹⁸.

In definitiva, sembra che all'ombra della linea di demarcazione tra concussione e induzione, così discussa e contesa, siano in gioco le sorti dell'accertamento di condotte il cui disvalore emerge sempre più spiccatamente, anche per le sollecitazioni sovranazionali; e siano altresì in gioco i diritti dei soggetti che, in un'alternanza di ruoli, possono plausibilmente trovarsi a occupare nello stesso processo il posto di vittima e di imputato.

²⁹⁸ Cfr. Disegno di legge n. 897, S-19, cit.



LA RIFORMA DELLA CONCUSSIONE (*IN THE FACT*)

Una legge certainty-unfriendly/past-friendly?

di Giuseppe Losappio e Lucia Scarano (*)

Abstract. L'analisi delle relazioni diacroniche tra norme penali costituisce un ottimo setaccio degli scopi di breve/brevissimo periodo che il legislatore si prefigge e, "cattivi pensieri" a parte, degli effetti *short term* della nuova disciplina. Alla luce di questa premessa, l'esame approfondito della giurisprudenza di legittimità sul nuovo art. 319-quater c.p. illustra la problematicità del rapporto tra vecchia e nuova disciplina (*certainty-unfriendly*), svelando che la riforma della concussione presenta tratti *past-friendly*.

SOMMARIO: 1. Effetti *short term*. – 2. L'ipotesi che la legge sia *certainty-unfriendly*. – 3. Metodo della ricerca. – 4. L'ipotesi che la legge sia *past-friendly*.

1. Effetti *short term*.

In un articolo del 1999, dedicato alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, Tullio Padovani, riflettendo sulle reciproche correlazioni delle norme penali, contrapponeva l'immagine di «sistemi solari in cui si distinguono fattispecie-soglia e fattispecie-interne» a quella «di una serie discontinua di fattispecie incriminatrici, ciascuna isolata e conclusa nel proprio ambito di illecito» «come un manto di stelle fisse ed immobili»²⁹⁹. Scopo della metafora era di ammonire il legislatore che i reati non stanno tra loro come le monadi del firmamento platonico; piuttosto sono astri di sistemi stellari interdipendenti. L'ottica dell'intervento era la pluralità normativa sincronica, ma il richiamo è valido anche nella prospettiva delle questioni intertemporali che, sia pure diacronicamente, implicano comunque problemi di pluralità normativa che il legislatore deve gestire con accortezza.

In questo contesto il principio di irretroattività assoluta e incondizionata della legge penale incriminatrice e della legge penale sfavorevole sancisce che ogni ampliamento dei fatti punibili, ogni variazione peggiorativa della disciplina

* Gli autori ringraziano l'avv. Antonietta di Lernia per la collaborazione nella ricerca delle fonti.

²⁹⁹ PADOVANI, *Il confine conteso metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1306.

sostanziale operano esclusivamente per il futuro, per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della nuova legge; per i fatti commessi in precedenza si applicherà la legge più favorevole, legge che – ovviamente – potrebbe essere anche la “nuova”, anche quando il suo “aspetto” complessivo è assai più severo di quella precedente. Nelle pieghe, più o meno riposte, delle questioni di diritto intertemporale possono annidarsi, infatti, le premesse di approdi in antitesi con l'inasprimento sanzionatorio cui, al netto delle leggi *ad personam* e dei ricorrenti provvedimenti “svuota-carceri”, sono ispirate la maggior parte delle “riforme” penali degli ultimi anni.

L'analisi delle relazioni diacroniche tra norme penali costituisce, quindi, un ottimo setaccio degli scopi di breve/brevissimo periodo che il legislatore si prefigge e, “cattivi pensieri” a parte, degli effetti *short term* della nuova disciplina; scopi ed effetti che – si insiste – possono essere persino opposti rispetto a quelli di lungo periodo, vuoi perché una legge *amichevole con il passato* corrisponde ad una esplicita e consapevole scelta di politica criminale³⁰⁰ e ad una altrettanto ponderata gestione dei rapporti tra vecchia e nuova disciplina; vuoi perché la discrasia fra futura intransigenza e indulgenza per il passato è l'effetto di una eterogenesi, dovuta alla inappropriata gestione delle reciproche interazioni tra astri-fattispecie, trattati, invece, come «stelle fisse ed immobili».

Che valga l'una o l'altra ipotesi esplicativa, nel contesto di rapporto tra vecchia e nuova disciplina estremamente problematico (*certainty-unfriendly*), la riforma della concussione presenta tratti *past-friendly*³⁰¹.

2. L'ipotesi che la legge sia *certainty-unfriendly*.

Appare emblematico sotto il primo profilo che solo sei mesi dopo l'entrata in vigore della l. 190/2012 la sesta sezione della Suprema Corte abbia invocato l'intervento delle Sezioni unite penali in ordine alla «*linea di demarcazione tra la fattispecie ... prevista dal novellato art. 317 cod. pen. e quella ... prevista dall'art. 319-quater cod. pen. di nuova introduzione*»; ma ancora più sintomatica della genetica crisi di selettività “diacronica” della nuova disciplina è (al di là dei dispositivi

³⁰⁰ Già nel corso del *Working group on Bribery*, istituito presso l'OCSE, ribadendo i rilievi già avanzati precedentemente, il nostro Paese era stato invitato a “*modificare senza indugio la sua legislazione, escludendo la configurabilità della concussione come possibile esimente per la corruzione internazionale*”. Nello stesso senso si esprimeva il rapporto GRECO nel quale si rimarcava la necessità di evitare che la previsione di cui all'art. 317 c.p., misconosciuta alle altre codificazioni europee, finisse per consentire al vero corruttore di sfuggire alle sanzioni presentandosi come vittima di concussione (*Rapporto di valutazione dell'Italia-Tema I. Incriminazioni-Terzo ciclo di valutazioni* (n. 108)).

³⁰¹ Non è ovviamente solo questione di *Amarcord*, di un legislatore che fa rivivere nel presente un passato senza futuro. Non è in discussione solo la parziale riproposizione della soluzione che il Codice Zanardelli del 1889 aveva mutuato dal codice leopoldino articolando distintamente l'eterodeterminazione “esplicita, violenta” realizzata mediante costrizione (art. 169) e quella “implicita, fraudolenta” mediante induzione (art. 170).

contrastanti), la dissociazione tra l'enunciazione di principio e il caso al quale si riferisce la decisione, la vocazione trasformistica (anche) dell'enunciazione nomofilattica, che si rende disponibile nei confronti di situazioni persino contrapposte: casi simili risolti applicando principi diversi e casi diversi decisi applicando il medesimo principio.

3. Metodo della ricerca

Fonti: Iusexplorer; Plurisonline; C.E.D.

Selettori di maschera: Cassazione penale; 319-*quater* c.p.

Periodo della ricerca: 21 Novembre 2012/10 febbraio 2014

Limitazione: sentenze depositate relative ai processi approdati in Corte per imputazioni, anche non esclusive, di concussione (art. 317 c.p.)

Risultati: 29 (più l'ordinanza di remissione alle SS.UU.). Non sono state sviluppate elaborazioni statistiche sulla sentenza nr. 28412/2013 (ud. 8 marzo, dep. 1 luglio 2013) perché la Suprema Corte è pervenuta, per i differenti capi di imputazione, a differenti esiti.

Tutte le pronunce esaminate sono della VI sezione penale della Suprema Corte.

Non è possibile, nel limitato tempo di questo intervento, un esame più approfondito esteso, in particolare, alla dettagliata ricerca dei nessi (eventualmente intercorrenti) tra tipo di fatto contestato e tipo di decisione. Non può mancare, però, un cenno alla pluralità di situazioni di fatto che la Suprema Corte riferisce alle tre elementi individuati dalla sentenza delle sezioni unite per distinguere nell'induzione indebita prevista dall'articolo 319-*quater* c.p. e l'art. 317 c.p.:

- la radicale limitazione della libertà di autodeterminazione (a.);
- la pressione non irresistibile da parte del p.a. (b.);
- il perseguimento di un suo indebito vantaggio (c.).

a.b. La selettività delle due nozioni – la radicale limitazione della libertà di autodeterminazione; la pressione non irresistibile da parte del p.a. – appaiono inconsistenti (sia in ottica sincronica che diacronica di questi criteri) dove “a parità di formulazione testuale” e pervenendo ora alla qualificazione sub 317 ora a quella sub art. 319-*quater* c.p. le pronunce esaminate hanno esaminato la situazione:

- in cui la radicale limitazione della libertà di autodeterminazione si combinava con la prospettiva del privato di ottenere un vantaggio indebito (es. sent. 12 giugno, dep. 1 luglio 2013, nr. 28431; es. sent. 21 febbraio, dep. 22 aprile 2013, nr. 18372; sent. 8 febbraio, 25 giugno 2013, nr. 27807), o perlomeno di sottrarsi genericamente da un “male” che gli sarebbe potuto derivare da un esercizio non illecito dei poteri del p.a. (chiarissime in tal senso la sentenza 8

maggio, dep. 13 maggio 2013, nr. 20428; sent. 25 febbraio, dep. 14 marzo 2013, nr. 11944);

– alla pressione non irresistibile da parte del p.a. corrispondeva l’obiettivo del privato di non subire uno svantaggio indebito (sent. 4 dicembre 2012, dep. 21 febbraio 2013, nr. 8695; sent. 25 gennaio, dep. il 23 luglio 2013, nr. 31957; sent. 8 febbraio, dep. 3 giugno 2013, sent. 3 dicembre 2012, dep. 22 gennaio 2013, nr. 3251; sent. 11 gennaio, dep. 8 aprile 2013, nr. 16154).

c. Anche il perseguimento di un indebito vantaggio “a parità di formulazione testuale” ha trovato applicazione in due situazioni differenti:

– la dazione o la promessa di utilità per scongiurare conseguenze dannose derivanti da un esercizio dei poteri o delle qualità non illegittime come ad esempio la non prosecuzione di una verifica fiscale potenzialmente assai negativa (sentenza 25 febbraio 2013, dep. 21 marzo 2013, n.13047) o l’addomesticamento di un accertamento tecnico altrimenti sfavorevole all’ “indotto” (sentenza 11 gennaio 2013, dep. 14 aprile 2013, n.17285);

– la dazione o la promessa di utilità per assicurarsi i vantaggi indebiti derivanti da un esercizio illecito dei poteri, come ad es. omessa denuncia di un reato (sentenza 27 marzo 2013, dep. 17 giugno 2013, n. 26285), “cestinazione” di una infrazione amministrativa (sentenza 5 aprile 2013, dep. 22 maggio 2013, n. 21975), violazione del segreto istruttorio e illecita interferenza sulle indagini preliminari (sentenza 26 febbraio 2013, dep. 12 aprile 2013, n. 16566), indirizzamento illecito di clientela ad un’impresa di onoranze funebri (sent. 11 gennaio, dep. 30 aprile 2013, nr. 18968)

Si tratta di un’importante indicatore prognostico sulla selettività della decisione sincretista delle Sezioni Unite, anche nei confronti della contigua fattispecie di corruzione “propria”, frontiera sulla quale è molto probabile che si riverseranno le tensioni (risolte ?) tra il 317 e il 319-*quater* c.p. soprattutto nel momento in cui i problemi della pluralità diacronica cederanno il testimone a quelli della pluralità sincronica.

4. L’ipotesi che la legge sia *past-friendly*

In nessun caso il giudizio riguardava l’impugnazione di una sentenza di assoluzione; in nessun caso la Corte ha dichiarato la prescrizione del delitto sub art. 317 c.p. nella formulazione precedente alla riforma dell’art. 1, comma 75, della l. 6 novembre 2012, n. 190.

Gli esiti accertati sono i seguenti:

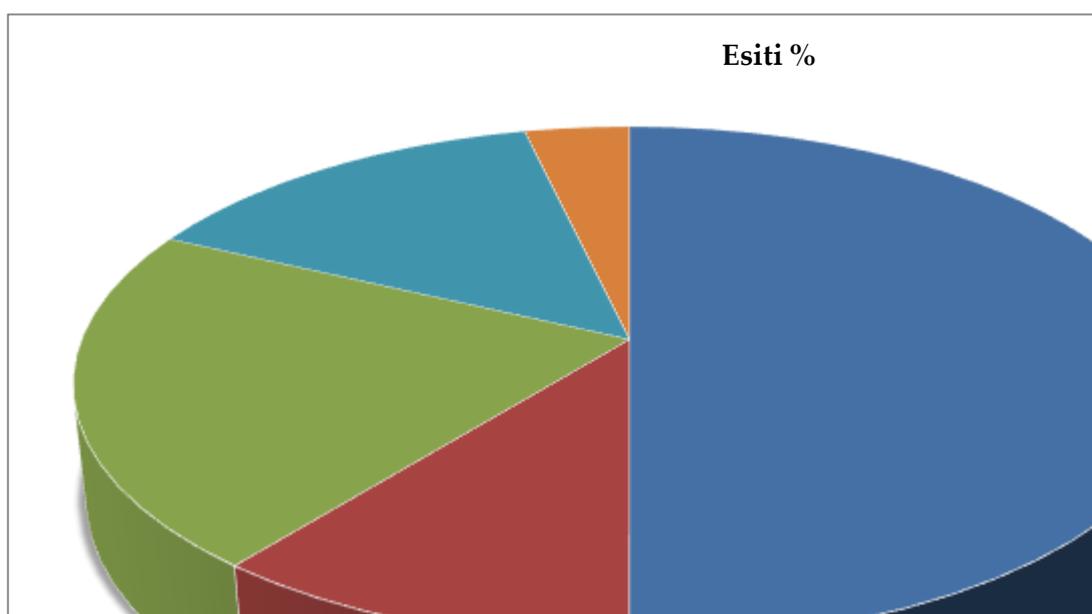
- rigetto del ricorso e conferma della sentenza dichiarativa della responsabilità (R CDR): 14/28 = 50%;

- annullamento con rinvio alla Corte di Appello per stabilire se il fatto contestato rientri nella - previsione dell'art. 317 oppure del 319-*quater* c.p. (A RVP 317-319Q): $3/28 = 10,7\%$;

- annullamento con rinvio alla Corte di Appello per stabilire se il fatto contestato rientri nella previsione dell'art. 317 oppure del 319-*quater* c.p. oppure in quella ex art. 322 c.p. (A RVP 317-319Q- 322): $1/28 = 3,6\%$;

- annullamento parziale riqualificazione del fatto sub 319-*quater* c.p. e rinvio alla Corte di appello per la determinazione della pena (A RVP 319Q): $nr.6/28 = 21,4\%$;

- annullamento riqualificazione del fatto sub 319-*quater* c.p. e accertamento della prescrizione (A P319Q): $4/28 = 14,3\%$



Nel 50 % dei casi lo spin off dell'art. 319-*quater* c.p. non ha inciso sull'accertamento della responsabilità cristallizzato dalla sentenza di appello; nel restante 50 % di casi invece la riforma ha inciso sulla decisione impugnata, determinando rispetto alla statuizione ante riforma tre tipologie di effetti:

- sicuramente e integralmente favorevoli (riqualificazione, annullamento, prescrizione);

- sicuramente e parzialmente favorevoli (riqualificazione, annullamento parziale, rinvio alla Corte di appello per la rideterminazione della *minor* pena);

- eventualmente favorevoli (annullamento della sentenza con rinvio alla Corte di appello per la qualificazione del reato sub 317, 319-*quater* e in un caso anche 322 c.p.).

In questi casi, la nuova legge è stata certamente/probabilmente *past-friendly*.