



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
6/2019

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiario, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queral, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

DEI RAPPORTI E DELLE INTERFERENZE TRA LA C.D. DIRETTIVA PIF E LE NORME PENALI SPAGNOLE E ITALIANE IN MATERIA DI CORRUZIONE (*)

di Marco Alessandro Bartolucci

SOMMARIO: 1. Antefatto. Nel complesso dialogo tra ‘legislatori’ in relazione ai delitti di corruzione. – 2. La c.d. (seconda) Direttiva PIF e i reati di corruzione. I *Considerando*. – 3. Il modello ‘di fattispecie’ della Direttiva. – 4. Le caratteristiche del modello spagnolo. Dal modello mercantile alla tutela della concorrenza. – 5. Le caratteristiche del modello italiano. Il *focus* sull’esegesi di ‘costringere’ e ‘indurre’... – 6. ...e l’inidoneità ‘euristica’ dell’abuso.

1. Antefatto. Nel complesso dialogo tra ‘legislatori’ in relazione ai delitti di corruzione.

A una prima, brutale approssimazione, la comparatistica verticale relativa ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione in Italia registra, impiegando una metafora musicale, un singolare *canone inverso*: l’impulso alla normazione ha ‘fonte’ strettamente sovranazionale¹ e, a questa, segue l’espansione

(*) Testo, rielaborato ed integrato con i riferimenti bibliografici essenziali, dalla relazione tenuta al convegno *Interessi finanziari e dell’UE e giustizia penale. Colloquio italo-spagnolo*, Milano, 4 maggio 2018, i cui Atti sono in corso di pubblicazione. Si ringraziano i curatori Marco Scoletta e Luca Luparia per avere concesso la pubblicazione anticipata in questa *Rivista*.

¹ Nell’attuale assetto costituzionale, da nessuna fonte internazionale può discendere *direttamente* una responsabilità penale a carico di un individuo, cfr., per tutti, i classici lavori di C. PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats-membres*, in ID., *Diritto penale. Scritti*, Milano, 2003, 417; F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Ind. pen.*, 1968, 5; G. GRASSO, *La tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, Catania, 1984, 8. Quando si parla di diritto penale internazionale, il riferimento è rivolto a quella branca del diritto internazionale pubblico che prevede una responsabilità penale individuale per i cc. dd. ‘crimini internazionali’ (per un generale inquadramento della tematica, cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 499. Oltre i confini nazionali, cfr., in lingua tedesca, G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2016; in lingua inglese, R. CRYER, *Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime*, Cambridge, 2005), così come disciplinati dallo Statuto della Corte penale internazionale, cfr., per tutti, M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003. Cionondimeno, dalle fonti internazionali discendono obblighi a carico sia del legislatore, sia del giudice italiano, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, dal punto di vista monografico, A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2012; C. SOTIS, *Il diritto senza*

dell'area di intervento penalistico².

La conseguenza è la creazione di un *rapporto di implicazione* tra internalizzazione del crimine e rimeditazione delle risposte politico-criminali. Detto in altri termini, a fronte di nuovi dati criminologici aggregati a livello internazionale, il legislatore sovranazionale tende a prendere atto delle limitate potenzialità delle disposizioni *interne* vigenti, 'ritoccandole' *in malam partem*³.

Ciò si verifica, anzitutto, poiché la predisposizione di un insieme di norme atto a contrastare la corruzione, oltre a costituire un obiettivo invocato tradizionalmente in diversi progetti di ricerca scientifica, rappresenta, altresì, il terreno di elezione per misurare l'attività delle principali istituzioni internazionali⁴.

È stato infatti sottolineato il significativo iato tra la *condivisa* descrizione del fenomeno corruttivo a livello internazionale e la disomogenea dimensione normativa approntata dai *singoli ordinamenti*⁵.

Approfondendo l'analisi, in ottica interdisciplinare e riassumendo all'estremo i risultati della principale letteratura macroeconomica, è possibile considerare un punto fermo il dato secondo cui – a parità di condizioni sociali, economiche e culturali – la corruzione sia più diffusa in alcuni paesi rispetto ad altri⁶.

codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente, Milano, 2007; ID., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013; V. MANES, *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011. Con riferimento, invece, alla saggistica, cfr. F. C. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fior.*, 2007, 1247; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1110; F. CONSULICH, G. MANNOZZI, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 899; V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 1918; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433; ID., *Norme comunitarie e riserva di legge in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, 366; ID., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42; ID., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 2, 167. Introduceva l'efficace locuzione di "diritto penale comunitario", A. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999, 41; infine, per una penetrante (e, allo stato, disattesa) ricostruzione dei neo-principi del diritto penale lato sensu europeo, cfr. C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la 'Parte generale' di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1, 466.

² Si noti, peraltro, come l'orientamento prevalente ritenga comunque tendenzialmente inadeguata la tutela penale nei confronti dei fenomeni corruttivi. Al di là della letteratura nazionale, cfr. K. TIEDEMANN, *Droit fiscal international et la delinquance des entreprises multinationales*, in *Riv. soc.*, 1976, 801 (e, in particolare, 819). Più in generale, in relazione alle politiche di criminalizzazione internazionale, cfr. M. DELMAS-MARTY, *La criminalité économique transnationale: pour une politique criminelle à stratégie diversifiée*, in *Trim. monde*, 1995, 83.

³ Pur con alcune differenze terminologiche, sottolinea il punto S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, 1999, 148.

⁴ *Ivi*, 149.

⁵ Cfr. P. SEVERINO, *Lotta alla corruzione internazionale ed omogeneità delle regole di prevenzione*, in F. BONELLI, M. MANTOVANI (a cura di), *Corruzione nazionale e internazionale*, Milano, 2014, 2.

⁶ Cfr. D. TREISMAN, *The causes of corruption: A cross-national study*, in *Journal of Public Economics*, 2000, 76, 399;

Sebbene le ipotesi proposte per spiegare queste palpabili differenze siano le più diverse, gran parte di queste concordano nell'assegnare alla *regolamentazione pubblica del singolo Stato* (che, per sineddoche, altro non è che la *politica economica interna*) un ruolo significativo nel processo di produzione di corruzione, secondo vari gradienti di *causalità*⁷.

È stato, infatti, sostenuto che l'allocazione di risorse effettuata da parte di politici e amministrativi tramite un elaborato sistema di permessi e licenze costituisce terreno fertile per le attività di *rent-seeking* che, a loro volta, favoriscono lo sviluppo di comportamenti illeciti⁸.

In linea con la teoria delle scelte pubbliche, si è ipotizzato che il livello di corruzione sia collegato all'ampiezza dell'intervento pubblico nell'economia: le politiche di liberalizzazione, de-regolamentazione e privatizzazione vengono quindi considerati strumenti rilevanti per ridurre le opportunità di corruzione e la costituzione di rendite illecite⁹.

Le istituzioni influiscono, pertanto, sullo sviluppo della corruzione tramite i loro interventi sulla libertà economica, ovvero, detto in modo diverso, attraverso il grado di regolamentazione presente all'interno del sistema economico di un dato paese.

Tuttavia, le riforme volte alla liberalizzazione del sistema pubblico sono fortemente influenzate dal contesto entro il quale gli attori politici prendono le loro decisioni¹⁰; del resto, da una parte, l'implementazione di tali politiche dipende da calcoli elettorali dei governi in carica e, dall'altra parte, le istituzioni, i cc. dd. 'corpi intermedi' e le *lobby* rappresentative e tecniche al potere, a loro volta, incidono significativamente sulle decisioni di politica economica¹¹.

M. PALDAM, *The cross-country pattern of corruption: Economics culture and the seesaw dynamics*, in *European Journal of Political Economy*, 2002, 18, 215.

⁷ Cfr. S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, New York, 1999, 104; *contra*, A. SHLEIFER, R. VISHNY, *The Grabbing Hand*, Cambridge, 1999, 38.

⁸ Cfr. in generale, le considerazioni svolte da A. COGNATA, P. NAVARRA, *Economia di mercato, investimenti diretti dall'estero e corruzione nei paesi in via di sviluppo: ipotesi teoriche e alcuni risultati empirici*, in F. OFRIA (a cura di), *Effetti distorsivi sull'economia legale: la corruzione*, Catanzaro, 2006, 21. In questo contesto, è stato suggerito che l'aumento della concorrenza attraverso forme di deregolamentazione e di privatizzazione rappresenta una delle misure più efficaci contro la corruzione. Secondo questo punto di vista, il sostegno a misure di politica economica orientate al mercato dovrebbe ridurre l'incidenza di comportamenti opportunistici da parte degli operatori del settore pubblico e, quindi, ridurre le attività corruttive, cfr. S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption: A Study in Political Economy*, New York, 1978, *passim*, ripresa successivamente da C. BLISS, R. DI TELLA, *Does competition kill corruption?*, in *Journal of Political Economy*, 1997, 105, 1001.

⁹ Cfr. S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SHLEIFER, *The regulation of entry*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2001, 117, 1.

¹⁰ Cfr. il classico R. FERNANDEZ, D. RODRIK, *Resistance to reform: Status Quo Bias in the presence of individual-specific uncertainty*, in *American Economic Review*, 1991, 81, 1146. Giungono a medesime conclusioni anche R. MUDAMBI, P. NAVARRA, C. PAUL, *Institutions and market reform in emerging economies: A rent-seeking perspective*, in *Public Choice*, 2002, 112, 185.

¹¹ Cfr. A. COGNATA, P. NAVARRA, *Economia di mercato, investimenti diretti dall'estero e corruzione*, cit., 44.

Pertanto, quanto più risultino *devianti* i rappresentanti politico-amministrativi, tanto più sarà *concretamente inefficace*, a fronte anche di opposte prese di posizione in astratto, la normazione statutale¹².

Questa ipotesi, proveniente dall'analisi economica del diritto di matrice anglosassone, svolge gioco forza un ruolo di grande rilevanza nel momento in cui si analizza, come nel caso di specie, il corpo normativo sovranazionale come primo *banco di prova* fornito dal diritto positivo, su cui poi *misurare* le differenze dei singoli legislatori nazionali.

Sulla scorta di tali considerazioni, è possibile, quindi, ritenere che la lentezza con la quale un paese traduce in termini di legge nazionale gli accordi di natura pubblica o economica assunti nelle sedi internazionali, laddove le alchimie delle corruzioni dei singoli sistemi politici – allo stato – parrebbero meno invasive, può essere validamente considerato un indice di corruzione, idoneo ad influenzare l'intero processo di formazione delle decisioni collettive.

Si spiega così, dunque, l'*iperattività* del 'legislatore sovranazionale' rispetto ai delitti in esame.

Dal punto di vista, per così dire, *genetico*, l'impulso normativo di matrice internazionale sorge fondamentalmente a partire dagli anni novanta, a seguito dell'emersione di alcune vicende giudiziarie collegate al fenomeno dell'illegalità politico-amministrativa¹³.

L'allargamento di un fenomeno criminale che si pensava prettamente interno è evidentemente legato, da un lato, al proliferare dei canali finanziari e bancari internazionali (sulla scorta dell'assunto criminologico secondo cui dove c'è molta disponibilità economica e poco controllo si forma l'*habitat* ideale per la corruzione) e, dall'altro lato, alla crescente dimensione della criminalità internazionale, convenzionalmente intesa come il complesso delle attività devianti le cui modalità di realizzazione implicano il superamento dei confini di un dato ordinamento giudicio¹⁴.

Più nel dettaglio, sono verosimilmente due i paradigmi corruttivi che allertano maggiormente il 'legislatore internazionale':

- i. la *corruzione transazionale*, che si caratterizza per una 'frammentazione' della tipicità della condotta in contesti di 'geografia multinazionale', laddove l'azione corruttiva (ovvero gli effetti da questa derivanti) si realizzi in territori diversi, sviluppando una sorta di '*forum-shopping*' illecito;
- ii. la *corruzione del pubblico agente straniero*, che, invece, si caratterizza per la particolare qualità soggettiva rivestita dall'*intraneus*, che è sì pubblico ufficiale

¹² È questa l'ipotesi paradigmatica della c.d. 'legislazione penale simbolica – compromesso' (*Kompromißgesetze*). In tale ipotesi, le leggi vengono emesse per 'accontentare' l'opinione pubblica, sensibilizzatasi circa l'opportunità di tutelare penalmente certi beni di interesse collettivo minacciati dall'attività incontrollata di *lobby* e gruppi di interesse economico potenti, ma strutturate dal legislatore in modo tale da preservare di fatto i destinatari della norma da effettivi rischio di criminalizzazione in concreto, cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 539.

¹³ Oltre alle note vicende nazionali, cfr. D. DELLA PORTA, Y. MÈNY (a cura di), *Corruzione e democrazia. Sette paesi a confronto*, Napoli, 1995, *passim* (e, in particolare, 225).

¹⁴ Cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale*, cit., 12.

ma di una pubblica amministrazione *diversa* rispetto al paese ove si applica la legge penale¹⁵.

Le due figure di corruzione così tratteggiate assumono rilievo sul piano del diritto internazionale per motivazioni distinte: nella prima ipotesi, poiché il *locus commissi delicti* investe anche il territorio di uno Stato straniero; nella seconda ipotesi, poiché il bene giuridico leso o messo in pericolo esonda rispetto alla classica dimensione puramente nazionale¹⁶.

Comunque, il dado era tratto: dall'iniziale individuazione di una devianza diffusa ma limitata ai confini nazionali, si prendeva coscienza del progressivo allargamento degli accordi *extra* legali – secondo un meccanismo che potrebbe essere definito di ‘contagio criminale’ – senza che le istituzioni internazionali fossero pronte a controllarlo adeguatamente¹⁷.

Con tale (pur parziale) ‘presa di coscienza’ da parte degli organi sovranazionali si assiste, dunque, al proliferare di strumenti normativi orientati alla protezione e al

¹⁵ Da cui poi la dottrina ha distinto la corruzione del pubblico agente straniero *tout court* e la corruzione del pubblico agente internazionale, cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale*, cit., 37.

¹⁶ Il precedente storico in cui ricercare la ‘scoperta’ di tale problematica collegata alla corruzione va ricondotto all’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1975. In tale contesto, l’Assemblea adottò la Risoluzione in materia di corruzione, in cui, per la prima volta si condannava formalmente il ricorso a pratiche corruttive – ivi comprese quelle che si manifestavano nelle transazioni commerciali internazionali in violazione delle regole e delle leggi dei paesi destinatari – riaffermando, contestualmente, il diritto di ogni legislatore nazionale a modellare il proprio sistema ‘anti-corruttivo’, mettendo però in risalto anche l’esigenza una cooperazione internazionale. Come conseguenza di tale affermazione, il Comitato delle società transazionali elaborò un progetto di *Accordo sui pagamenti illeciti*, che venne approvato poi nel 1979. Il testo prevedeva l’armonizzazione delle legislazioni interne su tre punti essenziali: la previsione delle condotte tipiche, la definizione della categoria dei soggetti attivi e i criteri di attribuzione della competenza. La Conferenza dei plenipotenziari chiamati a concludere una convenzione internazionale, fissata per il 1980, non ebbe mai luogo: il progetto tramontò il 5 dicembre 1979 quando l’Assemblea generale decise formalmente di non darvi attuazione (cfr., P. H. BOLLE, *Pratiques de corruption et transactions internationales*, in *Rev. int. droit pen.*, 1982, 198).

Analoga sorte hanno avuto i lavori della *Commission des sociétés transnationales* che, a partire dal 1974, aveva dedicato i propri sforzi all’elaborazione di un progetto di *Code de conduite*: il progetto si proponeva di porre a carico delle società transazionali una serie di obblighi per la tutela dei paesi stranieri ed in primo luogo dei paesi in via di sviluppo. Tra le norme di rispetto, ve n’era anche una espressamente dedicata alla corruzione, senza peraltro – com’è ovvio, visto lo strumento di *soft law* per l’occasione prefigurato – disciplinare un’eventuale sanzione penale. Tuttavia, un certo disinteresse da parte degli Stati, probabilmente timorosi di vedersi condizionare nelle scelte di politica criminale da strumenti sovranazionali, hanno contribuito affinché il *Code* rimanesse lettera morta (cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale*, cit., 168).

¹⁷ Cfr. la pionieristica affermazione di G. FORTI, *Prospettive attuali del “diritto penale comunitario”*, in D. CORAPI (a cura di), *Saggi di diritto commerciale europeo*, Napoli, 1995, 32: “la corruzione come fenomeno politico-sociale ed economico non si arresta ai confini degli Stati ed anzi, per il fatto stesso di protendersi oltre le frontiere nazionali, finisce per acquisire un impatto straordinariamente aggressivo”. Per un punto di vista relativo alla ‘dinamica’ della corruzione sovranazionale, cfr. G. COLOMBO, *Stato di diritto e corruzione. I risultati delle indagini milanesi sui reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Cass. pen.*, 1994, 2261. Rilievi critici si possono rinvenire sia nella letteratura classica nordamericana, cfr. N. H. JACOBY, P. NEHEMKIS, R. EELLS, *Bribery and Extortion in World Business. A Study of Corporate Political Payments Abroad*, New York, 1978, XI, che in quella nazionale, cfr. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 568.

controllo del sistema¹⁸: in definitiva, la normazione sovranazionale *in subjecta materia* è sempre foriera di un aumento degli spazi del penalmente rilevante.

2. La c.d. (seconda) Direttiva PIF e i reati di corruzione. I Considerando.

La c.d. *seconda Direttiva PIF* può svolgere la funzione di cartina di tornasole per valutare se l'osservazione appena proposta trovi continuità¹⁹.

Anzitutto, muovendo dal *Considerando* (8), si legge che «*corruption constitutes a particularly serious threat to the Union's financial interests, which can in many cases also be*

¹⁸ Sul punto, pare utile sottolineare come gli insuccessi e l'ineffettività registrata dagli strumenti a portata universale ha condotto poco dopo ad optare per la stipula di convenzioni in ambiti territoriali circoscritti, intorno ai quali la formazione del consenso appare più agevole. Il merito di aver adottato il primo atto internazionale vincolante ufficialmente sottoscritto in sede internazionale spetta all'*Organizzazione degli Stati Americani* (OAS), la quale, il 29 marzo 1996, ha concluso l'accordo definivo sulla *Inter-American Convention Against Corruption*. Questo strumento internazionale, entrato in vigore nel 1997, rappresenta il compromesso tra l'interesse latino-americano ad una reciproca assistenza legale e ad un'eventuale estradizione, da una parte, e le pretese nordamericane ad una criminalizzazione transfrontaliera in campo economico dall'altra. È preminente notare come, a differenza di quando sia dato riscontrare in altri progetti analoghi, la Convenzione interamericana non si apra con un obbligo di incriminazione, bensì con una lista di misure di carattere preventivo; solo successivamente procede all'incriminazione della corruzione interna e di quella transazionale, prevedendo, accanto alle fattispecie corruttive "*tradizionali*", anche l'ipotesi di "*arricchimento illecito*", riferito alla condotta del pubblico ufficiale che abbia avuto un "*sensibile incremento*" del proprio patrimonio senza poter fornire una giustificazione ragionevole al riguardo. In definitiva, la dottrina prevalente ha ritenuto positiva l'esperienza della Convenzione interamericana e soddisfacenti gli esiti di contratto alla corruzione: la promozione dello sviluppo di disposizioni normative uniformi perseguendo per tale via l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, la cooperazione interstatuale affinando gli strumenti tesi alla ricerca della prova e l'estensione, seppur limitata, dell'applicabilità della legge penale a fatti commessi all'estero sono alcuni dei punti di forza del virtuoso accordo americano. Cfr., tra gli altri, L. SALAZAR, *Recenti sviluppi internazionale nella lotta alla corruzione (...e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)*, in *Cass. pen.* 1998, 5, 941; B. HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 2.

In una rapidissima paradigmatica, si noti come il *canone inverso* ipotizzato in apertura sia assolutamente presente e costante nella rassegna dei provvedimenti internazionali in tema di corruzione: alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (coi relativi Protocolli e la normativa collegata, c.d. *prima Convenzione PIF*) è seguita l'introduzione della l. 29 settembre 2000, n. 300 e poi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità degli enti derivante (all'epoca) dai (soli) reati di corruzione e di frode ai danni dello Stato; alla Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali è seguita l'introduzione del reato di corruzione dell'*intraneus* extranazionale ex art. 322-bis c.p. e le modifiche degli artt. 321 e 322 c.p.; all'Azione comune 98/741/GAI e la Decisione quadro 2003/568/GAI è seguita l'introduzione della primigenia forma di 'corruzione privata' ex art. 2635 c.c.; alla Convenzione penale sulla corruzione e relativi protocolli è seguita l'introduzione del delitto di traffico di influenze illecite ex art. 346-bis c.p.; alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale, assieme alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, è seguito l'allargamento dei casi di confisca.

¹⁹ Cfr., per una prima lettura alla Direttiva, E. BASILE, [Brevi note sulla nuova direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale](#), in questa *Rivista*, 12 dicembre 2017; A. SCARCELLA, *La nuova direttiva PIF: una prima lettura delle novità e delle sanzioni (...anche contro l'ente responsabile di frode lesiva degli interessi finanziari dell'UE)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 4, 179.

linked to fraudulent conduct. Since all public officials have a duty to exercise judgment or discretion impartially, the giving of bribes in order to influence a public official's judgment or discretion and the taking of such bribes should be included in the definition of corruption, irrespective of the law or regulations applicable in the particular official's country or to the international organisation concerned».

Emerge, quindi, dalle locuzioni «*impartially*», «*in order to influence a public official's judgment or discretion*» e «*irrespective of the law or regulations applicable*», un'esigenza da parte del legislatore sovranazionale di tutelare la concorrenza (*sub specie* di combinato disposto tra *interessi finanziari* dell'Unione e *imparzialità* delle decisioni di allocazione delle risorse pubbliche).

Se negli ordinamenti di *common law*, il presidio penale della concorrenza è considerato un assunto pacifico, imperniato sul paradigma del “*breach of duty*” (c.d. “*duty model*”), giacché proprio nella violazione di un dovere fiduciario, di imparzialità o correttezza si sostanzia l'*improper conduct*²⁰, non si può senz'altro affermare lo stesso negli ordinamenti continentali, tradizionalmente modellati sul c.d. modello mercantile²¹.

Tuttavia, l'evoluzione normativa ha portato un progressivo allontanamento da tale paradigma di controllo sociale della devianza dei pubblici ufficiali, verso i ‘modelli di fedeltà’ anglosassoni, il cui – non unico – tratto caratterizzante è la tendenziale *parificazione* tra corruzione pubblica e corruzione privata.

Ad esempio, in Germania il delitto di *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* (corruzione privata, peraltro riformato nel 2015²²) è stato inserito nell'ambito del titolo dedicato alla tutela della concorrenza (*Straftaten gegen den Wettbewerb*)²³.

In Italia, allo stato, il legislatore non sembra particolarmente interessato, quantomeno dal punto di vista formale, a introdurre un'organica *tutela penale della concorrenza*²⁴.

²⁰ Così SULLIVAN B., *Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010*, in J. HORDER, P. ALLDRIDGE (a cura di), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, 2013, 16.

²¹ Cfr. A. SPENA, *Il “turpe mercato”*. Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica, Milano, 2003, *passim*.

²² Per un rapido inquadramento, cfr. D. COSTA, *Il reato di corruzione nei rapporti commerciali in Germania alla luce della riforma del 2015. Una disamina comparatistica del §299 dello Strafgesetzbuch*, in *Giur. pen. web*, 2019, 5.

²³ Cfr. K. TIEDEMANN, *Wettbewerb als rechtsgut*, in *Festschrift für H. Müller Dietz zum 70. Geburtstag. Grundfragen staatlichen Strafens*, Monaco, 2001, 905; *contra* K. LÜDERSEN, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, Baden-Baden, 1998, 68. Per un *résumé* del dibattito critico intorno alla possibilità di concepire la “concorrenza” come oggetto di tutela di una fattispecie di corruzione tra privati, cfr. O. PRAGAL, *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch 299 StGB*, Colonia-Berlino-Monaco, 2006, 123.

²⁴ Per una diligente ricostruzione delle varie posizioni, cfr. E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018, 444. Più nel dettaglio, cfr. F. CONSULICH, *Il paragone, la corruzione e la conciliazione degli opposti: quando l'ipercriminalizzazione teorica diventa ipocriminalizzazione pratica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1623, A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 805. Per un approccio marcatamente critico, cfr. E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 18.

Come secondo piano di analisi, trova conferma l'osservazione secondo cui il concetto di bene giuridico²⁵, una volta immerso nella realtà sovranazionale, da «argine» diviene «volano della criminalizzazione»²⁶.

Si tratta della, ben nota, trasmutazione del bene giuridico a *ratio* della norma²⁷.

La seconda, preliminare, considerazione riguarda il *Considerando* (10), in cui si legge che «as regards the criminal offences of passive corruption and misappropriation, there is a need to include a definition of public officials covering all relevant officials, whether holding a formal office in the Union, in the Member States or in third countries. Private persons are increasingly involved in the management of Union funds. In order to protect Union funds adequately from corruption and misappropriation, the definition of 'public official' therefore needs to cover persons who do not hold formal office but who are nonetheless assigned and exercise, in a similar manner, a public service function in relation to Union funds, such as contractors involved in the management of such funds»²⁸.

In questo caso, emerge la volontà del legislatore eurounitario di 'allargare' il perimetro di operatività delle fattispecie incriminatrici nazionali, in punto di qualifica soggettiva dell'autore²⁹.

Più nel dettaglio, l'idea di abbandonare la *qualifica formale* del c.d. soggetto *intraneus*, in favore delle 'variegate' situazioni di fatto, comporta una tendenziale deroga

²⁵ Sulla funzione c.d. "critica" del bene giuridico (ipotizzata la prima volta da J. M. F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminal Rechts*, 1834, 179, citato da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 434), cfr. i classici lavori di E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983; G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1990, 139, P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti all'intervento penale*, Milano, 1983. In un'ottica più recente, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005. Per un insuperato riassunto dello stato dell'arte, cfr. G. DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi di onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 929. Infine, per perplessità sul ruolo del bene giuridico e sulla vigenza del principio di offensività, cfr. G. ZUCCALA, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 839.

²⁶ La locuzione è di C. E. PALIERO, *L'Agorà e il Palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, il quale afferma che «l'ultimo e più devastante attacco alla funzione critica del criterio del bene giuridico nella sua versione originaria e limitatrice deriva dalla dimensione comunitaria oggi assunta dalla politica criminale, che si sviluppa in due punti fondamentali: (...) una richiesta di criminalizzazione e non di un limite alla criminalizzazione (...) [un'assenza] alle spalle [di] una Carta costituzionale, né [di] un sistema di Costituzione rigida, non incontra vincoli di sorta nel proprio cammino di espansione».

²⁷ Si richiama in questa sede la nota 'formula di Honig' sul concetto metodologico di bene giuridico, cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Bensheimer, 1919, 94. Per un approfondimento della dimensione sovranazionale di bene giuridico e sui relativi cc.dd. *effetti espansivi*, cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 42; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea*, Milano, 2005, 113; ID., *Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, 31.

²⁸ Corsivi aggiunti.

²⁹ Per un approfondimento del paradigma del reato proprio, cfr. A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, *passim*.

al principio di precisione³⁰, con il congedo dalla tecnica della *definizione legislativa* in favore della teoria degli elementi normativi del tipo³¹.

3. Il modello 'di fattispecie' della Direttiva.

Entrando nel vivo delle disposizioni penali sostanziali contenute nella Direttiva PIF, all'art. 4 co. 2 lett. a) viene definito il reato di corruzione passiva come «*the action of a public official who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or to refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in a way which damages or is likely to damage the Union's financial interests*»³².

Alla lettera successiva, invece, si trova la definizione di corruzione attiva, qualificata come «*the action of a person who promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an advantage of any kind to a public official for himself or for a third party for him to act or to refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in a way which damages or is likely to damage the Union's financial interests*»³³.

Si noti, come primo elemento di analisi, la distinzione, quanto meno in termini meramente descrittivi, tra corruzione attiva e corruzione passiva.

Del resto, la scelta della Direttiva PIF è coerente con la maggior parte delle norme di fonte internazionale *in subjecta materia*, pur mantenendo delle differenze nella formulazione delle fattispecie, in particolare con riferimento alle condotte tipiche del

³⁰ Per principio di precisione, si intende il corollario del principio di legalità così come teorizzato da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 128. Per una esauriente rassegna dell'esperienza comparata sul punto, cfr. A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

³¹ Per una teorizzazione della tecnica della definizione legislativa, cfr. R. WASSERMAN, *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*, Neuwied, 1990, 265. Per una severa critica all'abbandono delle definizioni legislative già G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel codice Rocco, 1927*, ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 280. Per un inquadramento, invece, degli elementi normativi del tipo, cfr. il classico, K. ENGLISH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, Monaco/Berlino, 1954, 127. In lingua italiana, cfr. G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano 2004; S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, Napoli, 2016.

³² Corsivi aggiunti.

³³ Corsivi aggiunti.

soggetto attivo³⁴; addirittura, la Convenzione OCSE prevede l'incriminazione della sola corruzione attiva³⁵.

Da ciò, parrebbe pacifico considerare, come primo dato che emerge del modello 'di fattispecie' della Direttiva, l'abbandono del paradigma classico-continentale (c.d. mercantile) di *reato bilaterale a concorso necessario*, in favore di due *reati autonomi* dotati di diversa *tipicità*³⁶.

In secondo luogo, le norme in discorso della Direttiva raffigurano un *ideal-tipo* deviante a pluralità di soggetti 'presenti' (intermediari, parti terze beneficiarie, etc...). Questa tecnica di formulazione si avvicina molto ai dati criminologici emersi dallo studio della c.d. corruzione sistemica³⁷.

È stato, infatti, sottolineato che, nel raffronto empirico tra *reati iscritti* e *persone iscritte* nel registro delle notizie di reato da parte delle agenzie del controllo formale, statisticamente i *delitti denunciati* risultano sempre superiori o uguali al numero delle persone denunciate, mentre per corruzione e concussione il numero dei delitti denunciati è sempre (e di gran lunga) inferiore al numero di *persone denunciate*³⁸.

Tali dati potrebbero suggerire che nelle dinamiche degli scambi corrotti complessi, o gestiti ai più alti livelli, compare sulla scena del crimine una schiera di soggetti che trascende il noto 'dualismo' corrotto-corruttore: si tratta di funzionari, esponenti politici, intermediari e faccendieri che strutturano, organizzano, smistano e

³⁴ Per non appesantire l'esposizione, si riportano in nota tali modalità: *promettere* (espressione presente in tutti gli atti), *dare* (convenzioni e protocolli UE, Convenzione OCSE), *offrire* (Convenzione OCSE, Azione comune 98/742/GAI, Decisione quadro 2003/568/GAI, strumenti normativi CDE, strumenti normativi ONU), *procurare* (strumenti normativi CDE), *concedere* (Azione comune 98/742/GAI, Decisione quadro 2003/568/GAI, Convenzione Merida), *assicurare* (Convenzione Palermo) un *vantaggio di qualsiasi natura* (convenzioni e protocolli UE) o un *indebito vantaggio* (strumenti normativi CDE, strumenti normativi ONU) o un *indebito vantaggio di qualsiasi natura* (Azione comune 98/742/GAI, Decisione quadro 2003/568/GAI) o un *indebito beneficio pecuniario* (Convenzione OCSE); invece, nella corruzione passiva le condotte tipiche sono: *sollecitare* (espressione presente in tutti gli atti, ad eccezione della Convenzione OCSE che, come visto, non prevede la fattispecie di corruzione passiva), *ricevere* (convenzioni e protocolli UE, Azione comune 98/742/GAI, Decisione quadro 2003/568/GAI, strumenti normativi CDE), *accettare* (strumenti normativi ONU) *vantaggi di qualsiasi natura* (convenzioni e protocolli UE) o un *indebito vantaggio* (strumenti normativi CDE, strumenti normativi ONU) o un *indebito vantaggio di qualsiasi natura* (Azione comune 98/742/GAI, Decisione quadro 2003/568/GAI). In tutte le fonti, ad esclusione di quelle sviluppatesi in ambito ONU, inoltre, è equiparata alla sollecitazione, ricezione, accettazione del vantaggio, anche l'*accettazione della promessa* (o dell'offerta) dello stesso.

³⁵ Cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale*, cit., 247.

³⁶ Per una ricostruzione dei modelli impiegati dai vari legislatori, cfr. A. SPENA, *Il 'turpe mercato'*, cit., *passim*.

³⁷ Per una definizione di corruzione sistemica, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto «integrato»*, Torino, 2012, 27. Per un'insuperata analisi criminologica del fenomeno deviante, cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, 22.

³⁸ Banalmente, si pensi ai reati contro il patrimonio, che costituiscono la maggioranza degli illeciti delle statistiche giudiziarie: il numero delle denunce è sempre superiore al numero delle persone denunciate, perché spesso il cittadino, finché non intervengono le agenzie del controllo formale, non è in grado di sapere chi materialmente abbia commesso il fatto. Viceversa, difficilmente viene presentata una denuncia per corruzione contro ignoti.

rateizzano le dazioni illecite, secondo un modello criminologicamente *complesso* e marcatamente *plurisoggettivo*³⁹.

Del resto, il progressivo aumento del rapporto di proporzione tra singolo episodio di corruzione e numero dei soggetti coinvolti può far dedurre che probabilmente la stessa fenomenologia corruttiva si sia evoluta da forme ‘elementari’ (caratterizzate dalla presenza di due parti e di scambi ‘semplici’) a forme più complesse, in cui la sistematicità del malaffare comporta, di fatto, una molteplicità di soggetti implicati nell’illecito⁴⁰.

Come ulteriore e terzo elemento di analisi, il modello di ‘fattispecie’ della Direttiva è improntato su un modello soggettivistico *puro*⁴¹, *sub specie* di reato di pura condotta a c.d. dolo specifico⁴², secondo lo schema del delitto di pericolo concreto⁴³.

Così brevemente tratteggiato, il modello di ‘fattispecie’ della Direttiva PIF può svolgere il ruolo di *tertium comparationis* con gli statuti penali della pubblica amministrazione spagnolo e italiano, che sono l’oggetto *pre-assegnato* del presente lavoro, al fine di individuarne similitudini e differenze (eventualmente colmabili *de lege ferenda*).

4. Le caratteristiche del modello spagnolo. Dal modello mercantile alla tutela della concorrenza.

Com’è stato già sottolineato in passato, lo statuto penale della pubblica amministrazione spagnolo ha storicamente molte similitudini con quello italiano⁴⁴.

³⁹ Cfr. A. VANNUCCI, *Il mercato della corruzione. I meccanismi dello scambio occulto in Italia*, Milano, 1997, 6; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 27; T. PADOVANI, *Il problema di “tangentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 457.

⁴⁰ Cfr., P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 31.

⁴¹ Per un’insuperata paradigmatica dei modelli penalistici, cfr. C. E. PALIERO, *Lezioni di diritto penale progredito*, in C. PERINI, F. CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, *passim* e, in particolare, 145. Cfr., inoltre, da altra prospettiva, A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi di onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1443.

⁴² 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. C. E. PALIERO, *Lezioni di diritto penale progredito*, 104; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 2012, 190) e dall’altra, invece, chi lo ritiene un’articolazione della colpevolezza (cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 362; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2016, 192; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2003, 391).

⁴³ Per una riflessione sul modello del reato di pericolo nel diritto penale moderno, cfr. C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 2, 1220.

⁴⁴ Cfr. E. U. SAVONA L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma 1998, 92; M. ACALE SÁNCHEZ, [La lucha contra la corrupcion en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3/4, 25.

Tuttavia, la riforma apportata con la *Ley Organica* 22 giugno 2010, n. 5, volta ad adattare la legislazione spagnola agli obblighi sovranazionali, ne ha significativamente mutato i connotati⁴⁵.

Anzitutto, pare definitivamente superata l'interpretazione secondo lo schema del reato necessariamente plurisoggettivo del fatto corruttivo: il *cohecho activo* (art. 424) è tipizzato sull'"*ofrece, promete o entrega una dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública*"; viceversa, il *cohecho pasivo* (artt. 419, 420, 421, 422 e 423) si caratterizza soggettivamente dall'"*autoridad*" rivestita dal "*funcionario público*", il quale realizza una condotta di "*recibir o solicitar (...) dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptar ofrecimiento o promesa*"⁴⁶.

L'argomento fondamentale relativo alla dimensione monosoggettiva dei due reati viene tratto dal diritto positivo, che incrimina come delitto consumato anche la *solicitud* di *dádiva* da parte dell'*intranues*, che non sia accettata dall'*extraneus* (nella dizione spagnola: *particular*)⁴⁷ e il tentativo di corruzione da parte del privato, che *ofrece la dádiva*⁴⁸.

Dunque, dopo la riforma, il codice penale spagnolo incrimina a titolo di corruzione consumata anche le mere condotte unilaterali di sollecitazione e, pertanto, il baricentro della tipicità non è più imperniato sul 'necessario accordo' delle parti, quale nucleo di disvalore del fatto⁴⁹.

La tassonomia del codice distingue, poi, tra *cohecho propio* (art. 419), *cohecho impropio* (art. 420) e *cohecho en consideración del cargo o función* (art. 422).

Specularmente al modello italiano precedente alla novella del 2012, si definisce *cohecho propio* la condotta corruttiva volta alla realizzazione, nell'esercizio della funzione pubblica, di un atto contrario ai doveri inerenti a questa (ovvero perché non venga realizzato o perché venga ritardato ingiustificatamente un atto che deve essere

⁴⁵ Cfr. A. NIETO MARTÍN, *La privatización de la lucha contra la corrupción*, in L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN (a cura di), *El derecho penal económico en la era compliance*, Madrid, 2013, 191; C. GÓMEZ RIVERO, *El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental*, in *Rev. El. de Cien. Pen. Crim.*, 2016, 18, 1; ID., *Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido*, in *Est. Pen. Crim.*, 2017, 37, 249. Per una esaustiva e completa rassegna comparata in lingua italiana, cfr. G. DE MAGISTRIS, [I delitti di corruzione in un confronto fra l'ordinamento italiano e spagnolo](#), in questa *Rivista*, 6 maggio 2014.

⁴⁶ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho*, Madrid, 1995, 37; J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *El fenómeno de la corrupción en España*, cit., 50.

⁴⁷ In questi casi, la dottrina si riferisce al cc.dd. "*auto-ofrecimiento*" o "*auto-corrupción*".

⁴⁸ Cfr. G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione*, cit., 7.

⁴⁹ Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., 138. Pertanto, sembra non condivisibile quanto sostenuto da parte minoritaria della dottrina, che considera il delitto di *cohecho* come un "*delito a participación necesaria, dal carácter pluripersonal*", che richiederebbe "*en su estructura típica la concurrencia de varias acciones de diferentes personas*", cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., 42. Inoltre, cfr. G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione*, cit., 7.

realizzato)⁵⁰ e, viceversa, *cohecho impropio* la condotta volta alla realizzazione di un atto proprio della funzione, conforme ai doveri della stessa⁵¹.

Ancora in coerenza con il modello c.d. mercantile⁵², adottato dal legislatore storico italiano, nell'ambito sia del *cohecho propio* che del *cohecho impropio* si distingue tra *cohecho antecedente* (artt. 419 e 420) e *subsiguiente* o *de recompensa* (art. 421), a seconda del momento in cui è posta in essere la condotta *monosoggettiva*⁵³.

Sempre ragionando sulle similitudini con il modello italiano, un breve cenno merita il *cohecho pasivo impropio*, previsto dall'art. 420, che si differenzia dal *cohecho pasivo propio* solamente per via dalla natura dell'atto retribuito, che in tal caso è un "*acto propio del cargo*", cioè non contrario né ai doveri inerenti l'esercizio della funzione e né alle prescrizioni regolamentari, potendosi trattare, anche in tal caso, di un comportamento amministrativo tanto vincolato quanto discrezionale⁵⁴.

Per il resto, la descrizione della condotta è perfettamente identica a quella presente nell'art. 419, in particolare anche in tal caso si tratta di reato a triplice schema, che ruota intorno alle condotte del *solicitar* o *recibir una dàdiva* o *aceptar la promesa de su entrega futura*.

La minore gravità di tale tipo di *cohecho* rispetto al *cohecho propio*, derivante dalla minore capacità offensiva rispetto al bene giuridico tutelato, trova riscontro nella misura della pena, che è "*la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo publico por tiempo de tres a siete años*"⁵⁵.

La novella ha poi modulato il *cohecho de facilitación*, al fine di tipizzare quegli scambi di utilità effettuati "*en consideración a su cargo o función*": in tal caso, è stato osservato come, in base ad una interpretazione sistematica degli artt. 419, 420 e 422 e considerando l'assenza di ogni riferimento ad una ricompensa o all'ottenimento di un determinato comportamento del funzionario, sembra che la singolarità di tale delitto rispetto alle forme propria ed impropria risieda nel fatto che la *dàdiva* o il *regalo* "*no se vinculan a una actuación determinada del funcionario que los recibe*"⁵⁶.

Per quanto attiene, invece, il *cohecho de facilitación*, la condotta tipica è descritta dall'art. 422 come il comportamento del funzionario "*que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por si o por persona interpuesta, dàdiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración de su cargo o función*".

La pena prevista è la "*prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo o cargo publico de uno a tres años*".

⁵⁰ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V - Nuevo Código Penal*, in Q. OLIVARES (a cura di) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2009, 1671.

⁵¹ Cfr. F. NAVARRO CARDOSO, *Cohecho pasivo susiguiente o por recompensa*, in *Rev. El. de Cien. Pen. Crim.*, 2016, 25 18.

⁵² Per un'insuperata analisi del modello seguito dai compilatori del codice Rocco, cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., 58.

⁵³ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX*, cit., 1672.

⁵⁴ Cfr. G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione*, cit., 12.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Così G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione*, cit., 9, che a sua volta cita F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1674.

La condotta è qui descritta in termini differenti rispetto alle fattispecie di *cohecho propio* ed *improprio*: si utilizza solo il verbo *admitir*, che sta ad indicare il fatto di ricevere effettivamente l'utilità, *por sí o por persona interpuesta*⁵⁷.

Non si menziona invece la condotta di *solicitud*, che sia stata o meno accettata dalla controparte⁵⁸.

Da notare, infine, la particolare portata dell'art. 426: il legislatore spagnolo, infatti, ha introdotto una causa di non punibilità personale ("*excusa absolutoria*"), per il solo soggetto privato il quale, in qualità di autore di una condotta di *cohecho*, porti il fatto a conoscenza dell'autorità giudiziaria al concorrere di tre condizioni: (i) occasionalità della realizzazione del fatto illecito, (ii) assenza dell'iniziativa e, infine, (iii) termine di due mesi dalla data in cui si sono svolti i fatti (sempre che non sia stato ancora aperto il procedimento penale).

Si noti come i primi commentatori abbiano sottolineato la "*scarsissima applicazione pratica di questa norma, dalla quale si evince, sostanzialmente, la sua inefficacia rispetto al raggiungimento dello scopo*"⁵⁹.

Tirando le fila del discorso, il modello spagnolo parrebbe definitivamente affrancato dal paradigma 'mercantile', avendo recepito, a seguito dell'entrata in vigore della *Ley Organica* 22 giugno 2010, n. 5, alcune delle principali indicazioni di 'fattispecie' provenienti dal 'formante' sovranazionale⁶⁰.

5. Le caratteristiche del modello italiano. Il focus sull'esegesi di 'costringere' e 'indurre'...

Lo statuto penale italiano della pubblica amministrazione, dopo quasi ottant'anni di immobilismo⁶¹, è stato oggetto di una significativa riforma a opera della l. 6 novembre 2012, n. 190 ('ultimata' con i 'ritocchi' apportati dalla l. 27 maggio 2015, n. 69⁶²).

Com'è noto, rispetto al tema in parola, accanto ai tipi delittuosi delineati dal legislatore storico, è stata aggiunta l'induzione indebita a dare e promettere utilità *ex art.* 319-*quater*, che ha polarizzato l'attenzione della dottrina sui 'confini' (per così dire, a

⁵⁷ La giurisprudenza spagnola tende ad interpretare estensivamente tale requisito, includendovi i casi di accettazione di un'utilità che sia stata semplicemente promessa, cfr. il *leading case* STS 2 febbraio 1994, n. 168.

⁵⁸ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Commento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., 1688.

⁵⁹ Così G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione*, cit., 55.

⁶⁰ Per un approfondimento, in relazione però all'ordinamento italiano, aggiornato fino al 2012, cfr. M. MONTANARI, [La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali](#), in questa *Rivista*, 1 luglio 2012, nonché, aggiornato questa volta al 2014, ID., [Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali](#), *ivi*, 9 ottobre 2014.

⁶¹ L'unico intervento – peraltro nemmeno così significativo – è stato ad opera della l. 26 aprile 1990, n. 86. Per un immediato inquadramento della novella, cfr. A. ALBAMONTE, *I delitti di concussione e corruzione nella l. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Cass. pen.*, 1991, 899.

⁶² Cfr. per un inquadramento generale della riforma, M. PELISSERO, "*Nuove*" misure di contrasto alla corruzione, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1, 5; V. MONGILLO, [Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015](#), in questa *Rivista*, 15 dicembre 2015.

monte) con la concussione e (a valle) con le fattispecie di corruzione⁶³, spesso su impulso di una giurisprudenza di legittimità particolarmente attiva⁶⁴, che ha portato infine a un intervento del giudice nomofilattico (sentenza c.d. *Maldera*)⁶⁵.

⁶³ Senza alcuna pretesa di completezza, si rimanda, se non altro per l'originalità dell'approccio, agli atti del workshop [Riformulazione-frattura del delitto di concussione ex art. 317 c.p.](#) Università degli Studi di Milano-Bicocca, organizzato da Laboratorio Permanente di Diritto Penale il 14 febbraio 2014, in questa Rivista, 12 giugno 2014. Cfr. anche 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)*, ivi, 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; M. GAMBARDELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 4, 1285.; A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di un quadro d'insieme*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 1; V. MONGILLO, [L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione. Aspettando le Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, 3, 166; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 231; M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 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 *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. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 118; F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, ivi, 143, ID., *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2013, 153 e, infine, se si vuole, M.A. BARTOLUCCI, *"I conti della serva". Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita*, in *Le Soc.*, 2016, 8-9, 1029, ID., *L'"abuso di qualità" del pubblico ufficiale nel prisma tra concussione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 9, 1231.

⁶⁴ Cfr., tra le molte pronunce pubblicate prima del rinvio alle sezioni unite (*Cass. pen.*, sez. un., 24 ottobre 2013, dep. 14 marzo 2014, n.12228, pres. Santacroce, rel. Milo, *Maldera*), *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, *Pierri*; 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*.

⁶⁵ Per le principali annotazioni, cfr. R. BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, in *Giur. it.*, 2014, 5, 1200; M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU.*, 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, *Cifarelli, Maldera e a.*, e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1582; G. FIANDACA, *Concussione e induzione indebita tra fatto e prova*, in *Foro it.*, 2014, 10, II, 517; M. GAMBARDELLA, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del 'danno ingiusto' e 'vantaggio indebito', i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *Cass. pen.*, 2014, 6, 2018; G. L. GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, 3, 1566; P. PISA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle sezioni unite. Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 5, 546; S. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle sezioni unite. Il commento*, ivi., 2014, 5, 589. Per una rassegna dei contributi successivi, cfr. A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 9, 1029; M. T. COLLICA, [La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti](#), in questa Rivista, 27 febbraio 2017, nonché V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, 3 (in corso di pubblicazione); infine, se si vuole e scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, M. A. BARTOLUCCI, *"I conti della serva"*, cit., 1029.

Si è sostenuto che l'intervento della Cassazione non abbia risolto i nodi ermeneutici posti sul tappeto⁶⁶.

In prospettiva compilativa e necessariamente sintetica, pare opportuno sottolineare un aspetto che, tuttavia, è parso perlopiù trascurato dagli interpreti (sia nella dimensione *in book* che *in action*): nel libro secondo del codice penale, il legislatore impiega il verbo “costringere” in otto occasioni, secondo la seguente logica.

Negli artt. 609-bis (violenza sessuale), 610 (violenza privata) e 629 c.p. (estorsione) la *costrizione* è conseguenza della *violenza* o *minaccia* realizzata dall'autore e svolge la funzione di *evento tipico* del reato.

Negli artt. 336 co. 1, 336 co. 2 (violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale) e 611 c.p. (violenza o minaccia per costringere a commettere un reato) è oggetto del c.d. dolo specifico, a seguito – anche in questo caso – della *violenza* o *minaccia* dell'autore: assume quindi i connotati del fine ulteriore perseguito dall'agente (assimilabile ad un mero *evento naturalistico*, peraltro non ricompreso nel precetto).

Infine, nell'art. 504 c.p. (coazione alla pubblica Autorità mediante serrata o sciopero) è ancora oggetto del c.d. dolo specifico, senza che la condotta dell'autore sia qualificata da *violenza* o *minaccia*.

Pare, dunque, evidente che la costrizione ai sensi dell'art. 317 c.p., quanto meno dal punto di vista della tecnica legislativa, rappresenti un *unicum* del sistema e che, quindi, potrebbe assumere caratteristiche applicative *del tutto innovative* rispetto a quelle impiegate per le altre norme in parola.

Seguendo la logica appena impiegata per l'analisi del concetto di costrizione, dal punto di vista endocodificistico, il legislatore utilizza il verbo *indurre* in sei ipotesi, secondo la seguente logica.

Negli artt. 494 (sostituzione di persona), 609-bis co. 2 lett. b) (violenza sessuale), 640 (truffa) e 643 c.p. (circonvenzione di persone incapaci) il verbo assume il significato di *induzione in errore*, che nulla ha da condividere con l'*induzione* di cui all'art. 319-quater c.p.

Negli artt. 507 (boicottaggio) e 609-bis co. 2 lett. a) c.p. (violenza sessuale) l'*induzione* assume i connotati di *evento tipico* del reato, a fronte di condotte ipertipizzate: nel primo caso “*mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni*”, nel secondo “*abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto*”.

Anche in questo caso, dunque, l'*induzione* penalmente rilevante assume caratteri del tutto peculiari rispetto al suo impiego ordinario da parte del legislatore⁶⁷.

⁶⁶ Si rinvia, se si vuole, anche solo per la bibliografia ivi contenuta, a M. A. BARTOLUCCI, L'“*abuso di qualità*”, cit., 1231.

⁶⁷ Per un'insuperata analisi endosistemica relativa all'impossibilità di giungere ad un modello generale di induzione, cfr. V. MORMANDO, *Prime riflessioni sulla condotta di istigazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 548; ID., *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, 19. Più di recente, cfr. F. RIPPA, [Induzione indebita e condotte fraudolente, tra vecchi e nuovi assetti normativi](#), in questa *Rivista*, 18 ottobre 2018.

Detto in altre parole, non è presente nel nostro ordinamento *nessun'altra norma* che descriva né (a) una condotta astratta assimilabile alla 'costrizione concussiva', né tantomeno (b) una condotta astratta assimilabile all'"induzione" ex art. 319-*quater*.

La ragione alla base di queste *particolari/uniche* scelte di formulazione della condotta penalmente rilevante pare afferrabile solo in ottica di comparazione verticale. Infatti, il codice Zanardelli prevedeva tre figure di concussione:

- i. la concussione mediante costrizione (detta esplicita o violenta: art. 169);
- ii. la concussione mediante induzione (detta implicita o fraudolenta: art. 170 co. 1);
- iii. la c.d. "concussione negativa", che puniva il pubblico ufficiale che avesse ricevuto ciò che non gli era dovuto, giovandosi dell'errore altrui (art. 170 co. 2)⁶⁸.

Il codice Rocco, com'è noto, ha espunto dalla concussione la terza condotta, riqualificandola nell'art. 316 c.p. come peculato mediante profitto dell'errore altrui e ha equiparato in un'unica fattispecie nell'art. 317 c.p. le condotte di costrizione ed induzione sul presupposto della indifferenza delle due modalità di realizzazione del fatto⁶⁹.

Tuttavia, non era ragionevole ipotizzare un'*induzione* mediante violenza o minaccia: ragion per cui è tecnicamente *condivisibile* la scelta di politica criminale del legislatore di eliminare le due modalità della condotta vincolata.

L'"impoverimento" della fattispecie⁷⁰ concussiva da parte del legislatore storico, dunque, si giustificava nell'ottica di un illecito unitario: alla riduzione del disvalore della condotta si controbilanciava una ripolarizzazione del disvalore di evento.

⁶⁸ Le incriminazioni del codice del 1889, a loro volta, provenivano dalle disposizioni degli artt. 181 e 182 del codice penale toscano del 1853 ch'ebbe vigore fino al 1890. Il codice sardo-italiano del 1859, coesistente col codice toscano, negli artt. 215 e 216 seguiva il codice penale francese del 1810 (art. 174), punendo il pubblico ufficiale colpevole di aver ricevuto, esatto od ordinato di esigere ciò che non fosse dovuto od eccedesse il dovuto per diritti, tasse ed oneri simili, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1950, 159.

⁶⁹ Per un inquadramento storico dell'evoluzione dell'incriminazione del comportamento concussivo, cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 53.

⁷⁰ Per un approfondimento sul tema, cfr. V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Reggio Calabria, 2008, *passim*.

Con l'evoluzione (o la mera scoperta?⁷¹) della criminalità politico-economica, il delitto di concussione era diventato un improprio volano processuale per 'spezzare' la *serialità* del comportamento criminologico corruttivo⁷².

Tuttavia, com'è noto, in questa particolare categoria di illeciti vi sono apprezzabili margini per il privato di trasmigrare dal ruolo di corruttore a quello di concusso secondo una progressione di avvenimenti che si iscrivono in un *continuum* di illegalismo determinato dal carattere eventualmente sistemico della corruzione stessa⁷³.

Inoltre, il 'formante' sovranazionale si è apertamente *schierato contro* la concussione: a mero titolo di esempio, la convenzione OCSE del 1997 imponeva, 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 – «*irrespective of the alleged necessity of the payment in order to obtain or retain business*», indipendentemente cioè dall'asserita necessità di pagare per ottenere o mantenere un affare⁷⁴.

Le ragioni della riforma del 2012, dunque, si spiegano con l'intenzione del legislatore di venire incontro ai rilievi espressi in ambito sovranazionale circa l'inadeguatezza della disciplina italiana di contrasto al fenomeno della corruzione, in quanto la presenza nel nostro sistema di un reato di concussione per induzione, nel quale chi pagava l'indebito non rispondeva dell'illecito⁷⁵, era «*percepita, nei casi di corruzione*

⁷¹ Cfr. E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, cit., 289. Più nel dettaglio, si è sottolineato che dal momento che si tratta sì di comportamenti criminali generalizzati, ma pur sempre di *élites* (non di vera e propria "criminalità di massa") e che, inoltre, le cifre dell'indotto penitenziario nel 'pieno' dell'emersione del fenomeno sono comunque relativamente modeste (circa duemila persone sottoposte alle indagini raggiunte da misura cautelare, a fronte di ventimila prevenuti costantemente presenti nel sistema circondariale), tutto ciò significa che il sistema processuale, concepito per gestire l'ordinaria amministrazione della criminalità 'da strada', non sia in grado di affrontare neppure in misura – in cifre assolute – ridotta il *white collar crime*, una volta che sia privato del suo naturale guscio protettivo rappresentato dalla cifra nera, cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1238.

⁷² Cfr. sul punto S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in G. Contento (a cura di), *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, 866.

⁷³ P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 292. Sul punto, si rimanda per ogni approfondimento di carattere generale all'insuperato contributo di D. MATZA, *Delinquency and Drift: From the Research Program of the Center for the Study of Law and Society*, Berkeley, 1964, 28.

⁷⁴ Cfr., per ogni approfondimento, F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, cit., 144.

⁷⁵ 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 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. proc. pen.*, 1995, 499. Un modello, invero, simile alla concussione italiana è rinvenibile nell'ordinamento penale argentino.

internazionale, come un possibile meccanismo di esenzione da responsabilità per il privato che effettui la promessa o dazione indebita»⁷⁶.

La norma sull'induzione indebita aveva dunque l'obiettivo di evitare che, come nella metafora biblica, i 'corruttori-lupi' si presentassero alla collettività (e al giudice) travestiti da 'concussi-agnelli'⁷⁷.

Ma la conclusione di una marcata 'complessità interpretativa' delle condotte concussive ovvero induttive non è in grado, ancora, di fornire alcun criterio euristico, se non dopo aver delineato il perimetro applicativo della locuzione di "*abuso della qualità o delle funzioni*"⁷⁸.

6. (segue). ...e l'inidoneità 'euristica' dell'abuso.

Come classicamente sottolineato, non si può fare a meno di rilevare che il requisito dell'*abuso* viene, di solito, illustrato con formule "*sostanzialmente tautologiche*"⁷⁹ e il proprio alveo di operatività rimane perlopiù incerto e sfumato, a tutto danno della corretta interpretazione e applicazione di tale elemento normativo⁸⁰.

Da qui, è possibile – in sintesi – individuare tre articolazioni della dottrina penalistica classica:

⁷⁶ Così P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.* 2013, 1, 7. In tal senso si erano espressi sia il Working Group on Bribery dell'OCSE nel 2001, sia il rapporto di valutazione GRECO sull'Italia che ancora nel 2013 aveva evidenziato che la presenza dell'art. 317 c.p. può portare a risultati irragionevoli di esenzione dalla pena di colui che abbia pagato o promesso la tangente ed aveva pertanto sollecitato il legislatore italiano a verificare l'uso improprio che potesse essere fatto nell'ambito delle indagini giudiziarie per i reati di corruzione. In particolare questi organismi sovranazionali sono contrari a garantire la non punibilità al privato che paghi una tangente per conseguire o mantenere un affare in un'operazione economica internazionale. Al contempo, le indagini comparate evidenziavano l'assenza in altri ordinamenti di una fattispecie analoga alla concussione e la tendenza a dilatare la responsabilità penale di chi paga o promette l'indebito per l'ottenimento di atti d'ufficio, cfr. *supra*, cap. II, § 5.

⁷⁷ Il tema era ben noto alla penalistica già all'inizio del secolo scorso: "*occorre molto accorgimento nell'apprezzare se il privato – che non fu l'autore del pensiero criminoso e che volentieri avrebbe fatto a meno di quel sacrificio – sia il corruttore ovvero la vittima della concussione*", così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale, ossia Esposizione dei delitti in specie. Con note per uso della pratica forense*, Firenze, 1924, 148. Per ogni considerazione più recente, cfr. M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., 1582.

⁷⁸ Prima ancora di entrare nell'analisi delle locuzioni "*della qualità o dei poteri*", è stato coerentemente osservato che l'interpretazione – per così dire – 'ordinamentale' (vale a dire a livello di teoria generale del diritto) del concetto di abuso è strettamente collegata alla nozione di *abuso del diritto* (per un inquadramento della categoria, sorta nell'ambito del diritto civile e processuale civile, cfr. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963).

⁷⁹ Così G. CONTENUTO, *La concussione*, Bari, 1970, 39.

⁸⁰ È del tutto comune imbattersi in formule definitorie secondo le quali l'abuso consiste nell' "*usare male*" e nel "*non retto uso*", oppure nell' "*eccedere arbitrariamente*" i limiti dell'uso e simili. Per un inquadramento dell' "*abuso del diritto penale*", cfr. V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, 274. Nell'ambito del diritto pubblico, la classica figura, di origine amministrativista, di abuso del diritto è l'eccesso di potere, declinato in particolare nella forma del c.d. sviamento (*détournement de pouvoir*, cfr. G. CONTENUTO, *La concussione*, cit., 41.)

- i) l'abuso consiste nel superamento dei *limiti oggettivi* ma non di quelli *soggettivi*: l'esempio paradigmatico è dato dal delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.), in cui l'esercizio del diritto diventa *abuso* nel momento in cui l'agente supera il *limite formale obiettivo* stabilito dalla legge⁸¹;
- ii) l'abuso consiste nel *deviamento in relazione al fine*, pur rimanendo formalmente nell'ambito dei limiti oggettivi: la dottrina classica vi individuava figure di reato oggi modificate o depenalizzate (gli artt. 318 e 323 al momento dell'entrata in vigore del codice), ma è comunque possibile iscrivere nell'elenco il delitto di perquisizione e ispezione personali arbitrarie ex art. 609, ove il nucleo caratterizzante è costituito dal "*superamento volontario del limite subbiiettivo colla coscienza e volontà della illegittimità dell'evento*"⁸², fermi restando i limiti oggettivi;
- iii) infine, l'abuso consiste nel superamento dei limiti sia oggettivi che soggettivi, come nel caso del delitto di rivelazione e utilizzazione di segreti di ufficio ex art. 326 c.p.⁸³.

Si noti come, ai fini del presente lavoro, il concetto di abuso del diritto non sarebbe suscettibile di assumere alcun concreto significato in tutti quei casi in cui il diritto è circoscritto rigorosamente, nei suoi limiti di esercizio, dalla legge, sicché l'esorbitanza da tali precisi limiti di esercizio implicherebbe non più un semplice abuso, ma addirittura una vera e propria *usurpazione del diritto* (o, meglio ancora, l'esercizio di un diritto in realtà inesistente)⁸⁴.

Rispetto alla qualifica di pubblico ufficiale (o di incaricato di pubblico servizio), l'abuso «*della qualità o delle funzioni*» si riferisce, in particolare, a una "*forma speciale di abuso d'ufficio*"⁸⁵, in un rapporto di specialità *genus ad species*⁸⁶.

⁸¹ Cfr. V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto*, cit., 278. Per un approfondimento sulle figure criminose, cfr. S. ARDIZZONE, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975, 28.

⁸² Cfr. V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto*, cit., 287.

⁸³ *Ivi*, 289.

⁸⁴ Cfr. S. RICCIO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955, 289.

⁸⁵ Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 162.

⁸⁶ Tale osservazione vale ovviamente fino alla riforma operata con la l. 16 luglio 1997, n. 234. Cfr., per ogni approfondimento sul punto, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, *passim*. Più nel dettaglio, secondo il parere della dottrina tradizionale, l'abuso della qualità (c.d. *abuso soggettivo*) si concretizza anche col solo fatto di valersi della propria qualità di pubblico ufficiale per estorcere o carpire l'indebito, indipendente dagli atti d'ufficio che possano fornire occasione o pretesto al funzionario per la sua richiesta illecita (cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 129, citata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 163. Più di recente si va affermando l'indirizzo secondo cui l'abuso della qualità consiste nell'uso indebito della posizione personale rivestita dal pubblico agente, in particolare, nella strumentalizzazione, non di una sua attribuzione specifica, ma della propria qualifica soggettiva (cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 514; S. SEMINARA, *Commento all'art. 317*, cit., 767) e si verifica quando l'agente "*fa 'pesare' sul privato (...) la condizione personale di chi, per la posizione occupata nella p.a., o per il collegamento con essa e/o suoi esponenti, è potenzialmente in grado di interferire, a favore o contro, nella sfera di interessi altrui*" (cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 100).

D'altra parte, l'abuso delle funzioni (c.d. *abuso oggettivo*) si realizza nel valersi dell'esercizio delle proprie funzioni per ottenere l'indebito. L'ufficio, invero, viene posto in azione, quale organo dell'ente pubblico al

Dottrina e giurisprudenza nazionali appaiono concordi nel ritenere l'abuso quale elemento essenziale della condotta: esso è lo strumento attraverso il quale il pubblico ufficiale provoca quel processo causale che sfocia, come evento terminale, nella dazione o nella promessa dell'indebito⁸⁷.

Eppure, tale valorizzazione del concetto di abuso, finisce invero per risultare insoddisfacente rispetto al *tipo criminologico* inserito dal riformatore: infatti, non pare francamente ipotizzabile – nemmeno negli esempi da «*criminalità dei manuali*»⁸⁸ – che sia responsabile del delitto doloso con una pena fino a tre anni di reclusione un soggetto che, contestualmente e progressivamente, (i) subisce un *abuso*, (ii) viene *indotto* (non è chiaro se per mezzo esclusivo dell'abuso o in altro modo) e, pertanto, (iii) «*dà o promette denaro o altra utilità*» al soggetto *abusante e inducente*⁸⁹.

quale la persona fisica appartiene, mediante l'esercizio delle funzioni di sua competenza. E, quest'ultime, possono essere esercitate illecitamente da colui che ha la capacità dell'esercizio legittimo delle stesse (cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 164. L'abuso dei poteri, c.d. abuso oggettivo, consiste invece nella strumentalizzazione da parte del pubblico funzionario dei poteri a lui conferiti, nel senso che sono esercitati in modo distorto, vale a dire per uno scopo oggettivamente diverso da quello per cui sono stati conferiti e in violazione delle regole giuridiche di legalità, imparzialità e buon andamento quando gli atti compiuti dal soggetto non rientrano tra quelli della sua sfera di competenza funzionale o territoriale (cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 516). In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, cit., § 10.2. In questa direzione, si è affermato che “*ricorre l'abuso soggettivo della 'qualità', nel caso in cui l'agente compia atti che esulano dalla sua competenza funzionale o territoriale e faccia valere la sua qualità soggettiva, a prescindere dall'esercizio dei poteri a questa corrispondenti, per conseguire lo scopo illecito. Ricorre, invece, l'abuso dei 'poteri funzionali', quando l'agente vada oltre le sue prerogative e persegua finalità estranee all'interesse pubblico, la cui tutela non può non avere di mira anche la posizione soggettiva del singolo individuo, che non deve essere pregiudicata da decisioni affrettate, scarsamente meditate e non in sintonia con le linee guida dell'attività amministrativa*” (così Cass. pen., sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 20792).

⁸⁷ L'abuso viene considerato l'elemento *caratterizzante* della condotta: la tipicità del concussore – criminologicamente sovrapponibile al delitto di violenza privata ex art. 610 c.p. (e, ragionando in termini di *progressione criminosa*, di estorsione ex art. 629 c.p.) – è modellata dall'abuso. Del resto, si sostiene che la presenza del verbo 'abusare' al gerundio confermerebbe la necessità di un rapporto causale tra abuso e costrizione, secondo il seguente schema logico: [*abuso condotta*] + [*costrizione evento intermedio*] + [*promessa o dazione evento finale*]. L'*abuso* nella concussione implica, quindi, un *agire* vero e proprio e segna il momento iniziale della tipicità (anche ai fini del tentativo), mentre la costrizione è l'elemento del fatto *intermedio* all'evento. Se così non fosse, il rischio consisterebbe nello svuotare di contenuto il precetto e trasformare l'abuso concussivo in una mera infedeltà dell'*intraneus*. Conseguentemente, si afferma che non possa “*definirsi concussoria la semplice costrizione posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio*”, a causa di un *deficit* di tipicità. Inoltre, il concetto di abuso è necessariamente diverso dalla *mera inosservanza* dei doveri d'ufficio. Tale interpretazione discenderebbe direttamente dalla disposizione sistematica contenuta nell'art. 61 n. 9 c.p., la quale distinguerebbe l'ipotesi di abuso dei poteri da quella della “*violazione dei doveri*”. Il fatto che il legislatore abbia strutturato l'art. 317 c.p. secondo l'abuso dei poteri costituirebbe la conferma della volontà di non dare rilievo alla mera violazione dei doveri, che non implicherebbe – quindi – alcun abuso. Cfr., per tutti, C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., 196.

⁸⁸ Espressione di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2003, premessa, VIII.

⁸⁹ Al fine di evitare inutili ripetizioni e scusandomi per l'autoreferenzialità, si permette il rinvio per ogni approfondimento a M.A. BARTOLUCCI, “I conti della serva”, cit., 1029, ID., L'“*abuso di qualità*” del pubblico ufficiale, cit., 1231, e alla bibliografia ivi citata. Pur con maggiore *nuance*, cfr. M. PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, 187.

Tale ideal-tipo di soggetto *abusato* e *indotto*, eppur penalmente responsabile *ex art. 319-quater co. 2* è stato icasticamente definito – impiegando un efficace neologismo – un «*corr(eo)-indotto*»⁹⁰.

In conclusione, pur di fronte a solide motivazioni, la scelta della tecnica di formulazione del riformatore del 2012 è parsa inadeguata: la concussione ‘per costrizione’ e la nuova induzione indebita sono divenute norme esangui e il tentativo di *ripristinare la tipicità* attraverso una *iper*-interpretazione della nozione di *abuso* non pare complessivamente soddisfacente.

Rispetto al ‘modello di fattispecie’ in precedenza analizzato, la legislazione penale italiana si presenta, ad oggi, in netto ritardo.

E, infine, l’attuale riforma, pur caratterizzandosi per un serio e condivisibile proposito di *diminuire* il divario tra corruzione per l’esercizio della funzione *ex art. 318* e corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio *ex art. 319* e evitare, quindi, ortopediche interpretazioni giurisprudenziali *in malam partem*, si preoccupa perlopiù dell’aumento complessivo del quadro sanzionatorio⁹¹.

Il che, intuitivamente, lascerà ‘sul tappeto’ tutti i problemi politico-criminali e interpretativi che l’attuale quadro positivo porta con sé⁹².

⁹⁰ Cfr. M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., 1582, il quale, inoltre, evidenzia «*corr(eo)indotto o corrindotto (mezzo indotto, mezzo corruttore) non è semplicemente una ex vittima diventato complice per decisione legislativa. Anche qui, come in tanti altri casi, non può un atto di volontà legislativa trasformare la realtà nel suo opposto, cioè trasformare ogni vittima di induzione in correo. Ci sono dei limiti, ed è compito della scienza giuridica, della dottrina, della giurisprudenza-che-fa-dottrina, della riflessione critica, che dir si voglia, evidenziarli*».

⁹¹ Cfr. *Disegno di legge n. 1189*, presentato alla Camera il 24 settembre 2018 dal Ministro della Giustizia Bonafede (*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*), con nota di M.C. UBIALI, [Presentato alla camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione \(c.d. ‘spazza corrotti’\)](#), in questa Rivista, 2 ottobre 2018.

⁹² Anche solo nella prospettiva delle ‘due’ forme di corruzione, cfr., se si vuole, a M.A. BARTOLUCCI, *Corruzione ‘per asservimento’ del medico e paragaggio, tra ars interpretandi e ars standi decisis*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1 (in corso di pubblicazione).