

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **In tema di prescrizione**
- ◇ **Sul delitto di concussione**
- ◇ **Corte EDU e ordinamento italiano**
- ◇ **In tema di ricerca della prova**
- ◇ **Sull'omicidio stradale**



Nihil difficile volenti

IL DELITTO DI CONCUSSIONE TRA ISTANZE ABOLIZIONISTE, RIPETUTE RIFORME ED ASPIRAZIONI ALLA CD. FATTISPECIE UNICA

SOMMARIO: 1. I molteplici interventi riformatori in materia di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: linee generali. – 1.1. La riforma legislativa del 1990. – 1.2. La riforma legislativa del 2012. – 1.3. L'intervento modificativo del 2015. – 1.4. La legge cd. "spazzacorrotti". – 2. Verso la cd. "fattispecie unica" delle Proposte del '94? Giustizialismo e populismo giudiziario quali "sentimenti" ispiratori delle recenti riforme. – 3. L'attuale formulazione della norma incriminatrice. – 4. L'oggetto della tutela. – 4.1. Persistente attualità delle funzioni attribuite al bene giuridico in un sistema penale dal "volto" liberale. – 4.2. Il delitto di concussione quale "reato plurioffensivo". – 5. I soggetti attivi. – 6. L'elemento oggettivo del reato. – 6.1. L'abuso dei poteri o della qualità. – 6.2. La costrizione. – 6.3. Le nozioni di costrizione ed induzione negli indirizzi giurisprudenziali. – 6.4. La tesi della ricostruzione autonoma delle posizioni soggettive nelle fattispecie cd. bilaterali: sintetici rilievi critici. – 7. La dazione o promessa "indebita" di denaro o altra utilità. – 8. L'elemento soggettivo. – 9. Momento consumativo e tentativo. – 10. La responsabilità amministrativa di enti, società od associazioni – Pena accessoria.

1. *I molteplici interventi riformatori in materia di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: linee generali*

1.1. La riforma legislativa del 1990

L'attuale assetto della classe dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. – al di là della collocazione sistematica e dell'intitolazione – è in gran parte mutato nei suoi profili strutturali rispetto alla originaria formulazione codicistica. La materia, infatti, almeno a far data dal fenomeno "Tangentopoli", sotto l'insegna della bandiera "Lotta alla corruzione", è stata oggetto di distinti e successivi interventi novellistici, senza dubbio i più importanti operati nel tempo sulla parte speciale del codice.

Già nell'aprile 1990 con la legge n. 86 – ancor prima dell'operazione cd. "Manipulite" – si è cercato, innanzitutto, di allineare la materia in discorso al mutato quadro politico-costituzionale come al differente assetto amministrativo-organizzativo

dello Stato. Ed in tal senso se si è venuti a potenziare la risposta punitiva in ordine alle diverse forme di “affarismo” del funzionario pubblico, si è anche cercato di scongiurare prassi giurisprudenziali irragionevolmente rigoriste, scopo questo perseguito – ma solo nelle intenzioni – attraverso una descrizione più precisa e determinata del tipo legale, come attraverso il contenimento del cd. sindacato del giudice penale sull’atto amministrativo¹, non infrequentemente (ed ancora oggi) causa di interferenze sul piano delle valutazioni politico-amministrative riservate alla P.A. (significative al riguardo le attuali proposte di abrogazione dell’abuso di ufficio).

Preso coscienza del nuovo rapporto cittadino-Stato a seguito dell’avvento della Carta costituzionale², si è appunto inteso contrastare i rigorismi interpretativi della giurisprudenza (la meno propensa a dismettere letture in chiave autoritaria del dato normativo) tutti fondati su una “artificiale ed illiberale” oggettività giuridica (il “prestigio” della P.A.). Purtroppo, gli interventi modificativi operati, non inserendosi in una più ampia ed approfondita rivisitazione della materia, non soltanto si sono di frequente rivelati peggiorativi rispetto alle originarie soluzioni codicistiche (significativa al riguardo la necessità di prontamente re-intervenire, già nel ‘97, sulla formulazione dell’art. 323 cp), ma soprattutto non sono valsi ad impedire interpretazioni che, frutto della de-strutturazione del modello legale, hanno preteso nuovamente sanzionare l’”infedeltà” del pubblico agente piuttosto che la lesione o messa in pericolo di beni giuridici materiali e personali³.

1.2. La riforma legislativa del 2012

Accompagnata da un clamore mediatico allarmante e sostenuta da un rigurgito di interesse politico, a dir poco, sospetto (cd. giustizialismo), la riforma del 2012 – che si propone la “lotta alla corruzione” – presenta, essenzialmente, tre *rationes*:
– ovviare, innanzitutto, alla presenza nell’impianto normativo (risultante dalla

¹ Cfr. in argomento F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. COPPI, Torino, 1993, p. 13 s. Più in generale sul tema v. AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di STILE, ISISC, Napoli, 1987; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984.

² F. MANTOVANI, *Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*, in *Giust. pen.*, 2011, I, 235 s. Ampiamente sui caratteri generali della riforma del ‘90, F. PALAZZO, *La tutela penale della pubblica amministrazione e il rapporto tra politica e legalità*, in *Scritti in memoria di G. Marinucci*, Napoli, 2010, 623 s.

³ Rileva criticamente M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, Torino, 2016, 8: “..non vi è dubbio che con la su accennata riforma del 1990, e con la successiva novella del 1997 avente ad oggetto l’abuso di ufficio, il legislatore repubblicano abbia cercato di imporre una svolta proprio in questo senso, rimodellando in chiave di maggiore frammentarietà ed offensività le fattispecie che nella originaria versione del codice Rocco apparivano “appiattite” su (spesso oltremodo generici ed indefiniti) doveri di fedeltà alla legge da parte del p. u. Va detto, però, che allo stato attuale, l’esito di questi sforzi appare tutt’altro che soddisfacente..”.

- riforma del '90) di vere e proprie “lacune” di tutela, vuoi, alla luce delle indicazioni provenienti dalla esperienza giurisprudenziale, vuoi, in ragione delle modificazioni subite dal fenomeno corruttivo (cd. corruzione sistemica), che impone – peraltro – una ri-configurazione delle relative fattispecie incriminatrici anche a fini di “semplificazione” dell'accertamento probatorio;
- adempiere agli “obblighi” contratti in sede internazionale ed adeguare il quadro normativo alle “raccomandazioni” provenienti dagli strumenti di cd. *soft law*;
 - operare un rafforzamento della stigmatizzazione penale in materia e, dunque, innanzitutto provvedere ad un inasprimento delle forbici sanzionatorie.

Ora, si è ritenuto di soddisfare simili esigenze – così avvicinandoci al tema specifico della presente indagine – coll'intervenire, innanzitutto, sulla struttura dei delitti di concussione e di corruzione, fattispecie incriminatrici sostanzialmente non toccate dalla riforma del '90. Sotto tale profilo la novità di maggior rilievo è individuabile nella scissione del binomio “costrizione-induzione” – schema tipico proprio dell'originario reato di concussione – con assunzione da parte della condotta di “induzione” di autonoma rilevanza penale nel quadro di una nuova fattispecie incriminatrice: l'“induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319-*quater* cp).

Rinviando al successivo esame della fattispecie incriminatrice la valutazione critica dell'intervento riformatore, è opportuno sin d'ora segnalare che le novità penalistiche, di per sé, non assicurano alcun risultato. La proliferazione di fattispecie incriminatrici dà vita a crescenti difficoltà di qualificazione giuridica del fatto; l'inasprimento delle pene edittali ha una forte valenza simbolica, ma sarebbe semplicistico – oltre che contrario all'insegnamento del Beccaria – fare affidamento su una valenza deterrente della pena. Decisive sono le condizioni “a monte” da cui dipende l'osservanza della legge; ed a tal fine il legislatore avrebbe dovuto, in via prioritaria, dare attuazione a quei settori della riforma (rimasti meramente programmatici) concernenti i “modelli organizzativi” della prevenzione.

L'ottica, sempre e comunque, deve essere quella della riduzione del penale ad *extrema ratio*. Il diritto penale, concepito per reprimere non già fenomeni criminali, ma singoli episodi delittuosi presenta un carattere puntuale ed episodico; è strumento di tutela sussidiaria di beni meritevoli di protezione rispetto a modalità di lesione particolarmente insidiose, non già strumento di lotta volto a colpire ogni fatto in grado di favorire il proliferare di simili fenomeni o che ne sia un indice rilevatore.

Il diritto penale, in definitiva, ha bisogno di un contesto in cui operino altre forme di responsabilità, giuridiche o meno. L'espansione del penale, il ruolo di supplenza a lui affidato, a fronte di una questione “morale” ingigantita dall'assenza di specie diverse di responsabilità, conducono a risultati paradossali, fra i quali – in via primaria – la deresponsabilizzazione sul piano etico-politico dei destinatari dei precetti e il sovraccarico sulla giustizia penale che, assumendo l'improprio ruolo di custode della moralità pubblica, dà vita a forme inaccettabili di autoritarismo.

La direzione giusta, l'unica – diversamente da quanto realizzato – è quella della “disciplina integrata” di contrasto alla corruzione, amministrativa-penale, preventiva-repressiva, che intervenga in via primaria – come, del resto, richiedono le Istituzioni europee – sui modelli di organizzazione-funzionamento dell'amministrazione pubblica e che introduca codici di comportamento nonché la responsabilità disciplinare dei pubblici agenti⁴.

1.3. L'intervento modificativo del 2015

A poco più di due anni dalla riforma “Severino” si interviene nuovamente con disposizioni modificative della disciplina dei delitti contro la P.A. (l. 27.5.2015 n. 69). Nuove vicende giudiziarie (Mose, Expo, Mafia Capitale e così via) allarmano l'opinione pubblica, dunque occorre fronteggiare anche queste ultime istanze di sicurezza, pena la perdita del “consenso”. “C'è metodo e logica in questa follia che ci divora da almeno quarant'anni”, ammonisce Tullio Padovani⁵. Il legislatore – ormai in evidente stato confusionale e che si affida, per via mediatica, all'inasprimento del quadro sanzionatorio primariamente allo scopo di allungare i termini prescrizionali – questa volta (oltre a rivitalizzare il delitto di falso in bilancio, spesso funzionale al rapporto corruttivo) viene ad “accostare” a tale rapporto, spesso di carattere sistemico, il fatto associativo mafioso; titola, invero, la novella: “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”. Le nuove vicende giudiziarie, all'evidenza, portano ad operare, emozionali quanto improprie, commistioni tra piani ben diversi, quello socio-criminologico e quello giuridico, quasi a suggerire, del tutto erroneamente, che il carattere “sistemico” del rapporto corruttivo implica il riconoscimento dell'esistenza di un'associazione di stampo mafioso, in forza della ritenuta “necessaria contiguità” di simili fenomeni criminali.

L'intervento riformatore si concretizza, innanzitutto, in significativi incrementi sanzionatori, in particolare, del “blocco” dei reati di corruzione: una “mitragliata sanzionatoria senza senso”⁶, con la quale si cerca di supplire alla crisi di effettività del sistema, operando puramente e semplicemente sulla forbice edittale e non sulla disciplina degli istituti verosimilmente responsabili (v., ad es., la disciplina della prescrizione) della crisi medesima; scelta che acuisce la perdita di centralità del modello codicistico di commisurazione della pena e che altera irrazionalmente ogni dosimetria sanzionatoria (la c.d. progressione) tra le diverse fattispecie incriminatrici. Una volta di più si confida, errando, sulle capacità preventive dell'armamentario penalistico, ma soprattutto ci si affida alle virtù mass-mediatiche del diritto penale.

⁴ F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 1, 227 s.

⁵ T. PADOVANI, *Legge Severino, riforma della riforma con nodi inestricabili*, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, 10 s.

⁶ T. PADOVANI, *op cit.*, 10.

A parte l'intervento sulla struttura del delitto di concussione con la reintroduzione, quale soggetto attivo – come si chiarirà più avanti – della figura dell'incaricato di pubblico servizio, vengono aumentati i limiti massimi delle pene principali (aumenti funzionali, appunto, ad elevare il termine di prescrizione dei reati per i delitti di cui agli artt. 319, 319 *ter*, 319-*quater*).

Non ci si avvede, tuttavia: – che, del tutto irragionevolmente, viene equiparato il minimo edittale della corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio al minimo edittale della concussione; – che la forbice edittale della corruzione in atti giudiziari risulta parificata a quella della concussione, finendo così per omologare – del tutto illogicamente – il giudice corrotto al giudice che ottenga un'utilità, minacciando alla parte una decisione sfavorevole; – che i nuovi limiti edittali dell'induzione indebita a dare o promettere (da sei anni a dieci anni e sei mesi) rendono inoperante la clausola di riserva prevista per l'applicazione della disposizione (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”), allontanando – in modo incomprensibile – la disposizione medesima dall'area della corruzione.

1.4. La legge cd. “spazzacorrotti”

Approvata dal Parlamento il 18 dicembre 2018, il 31 gennaio 2019 è entrata in vigore, da ultimo, la legge (n. 3 del 2019) denominata “Spazzacorrotti”, che introduce ulteriori modifiche in materia di reati contro la P.A. e che, al contempo, novella la prescrizione, sancendone la “sospensione” (in realtà, definitiva) all'atto della pronuncia di primo grado (previsione questa la cui vigenza è, tuttavia, fissata a far data dal 1 gennaio 2020).

Al di là della denominazione voluta dal Ministro della Giustizia [che avvilisce, non solo per ragioni lessicali lo studioso della materia] come in modo sarcastico, ancor prima che critico, è stato osservato, per l'inefficienza del settore si assiste, nonostante le incessanti riforme, ad una “perenne emergenza”, che richiede rimedi sempre più consistenti, più penetranti, più severi: “..tanta solerzia e tanta cura non sono evidentemente bastati per estirpare la mala pianta: nuove e più stringenti provvidenze legislative reclama il contrasto di un'epidemia che i farmaci sperimentati non sono riusciti a sconfiggere, nemmeno – pare – ad arginare”⁷.

Con la nuova legge – che recepisce anche alcune raccomandazioni rivolte al legislatore nazionale da organismi internazionali (OCSE, Working Group on Bribery, GRECO) – si è inteso modificare:

⁷ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 s., il quale soggiunge: “È questo lo scenario delineato per giustificare la necessità di nuovi interventi in materia di corruzione. La Relazione...non manca di premettere che il “livello di corruzione percepito nel settore pubblico è molto alto....Non v'è dubbio alcuno che l'indice di percezione della corruzione... sicuramente redatto con criteri di professionalità e di indipendenza, collochi l'Italia in una posizione alquanto critica.. Ma la percezione non sempre e non necessariamente corrisponde alla realtà, soprattutto quando essa non deriva da una esperienza, ma da un giudizio largamente valutativo. Quando ci si basa su dati di esperienza i risultati in effetti cambiano, e non di poco..”.

- la disciplina relativa alla perseguibilità dei delitti di concussione e corruzione commessi all'estero, novellando gli artt. 9 e 10 cp;
- la disciplina relativa alle pene accessorie, da un lato, ampliando il campo applicativo ed inasprendo il regime della interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la P.A. (art. 317-*bis* cp); dall'altro, assegnando una maggiore afflittività ad esse, attraverso la rimodulazione di alcuni istituti con effetti estintivi in maniera unitaria sulle pene principali e su quelle accessorie, scindendo la loro efficacia così da inibire la loro operatività rispetto ad interdizione dai pubblici uffici ed al divieto di contrattare con la P.A. (riabilitazione, sospensione condizionale, affidamento in prova, patteggiamento);
- l'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975) coll'inserimento dei più gravi reati contro la P.A. nel catalogo dei reati che precludono l'accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione, a meno di collaborazione colla "giustizia"⁸;
- le figure di reato della corruzione internazionale (art. 322-*bis* cp), della corruzione ed istigazione alla corruzione tra privati (artt. 2635-*bis* c.c.), della indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* cp) e della appropriazione indebita (art. 646 cp);

⁸ T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 9, rileva in senso fortemente critico che il micro-sistema dei delitti di corruzione, non escluse concussione e induzione indebita, "è immesso in blocco nelle fornaci del diritto penale del nemico". In argomento anche D. PULITANO', *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, 235: "L'inserzione di delitti contro la P.A. in discipline speciali pensate per il contrasto alle forme più pericolose di criminalità organizzata va nella linea prefigurata dalla recente inserzione dei delitti di corruzione nel c.d. codice antimafia: "allineamento normativo della criminalità white collar alla criminalità nera". Comunque la si valuti nel merito, una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati. Sulla struttura del sistema 4-*bis* può porsi l'interrogativo se sia legittima la drastica restrizione dell'accesso a benefici e misure alternative, collegata alla pretesa di una collaborazione *post* condanna. La questione va ragionevolmente articolata con riguardo alle singole figure di delitto inserite nel sistema. Ha senso, e può ritenersi conforme ai principi costituzionali, richiedere al condannato per corruzione o concussione o peculato la collaborazione *post* condanna come premessa per misure alternative e benefici penitenziari? È prevedibile che nella grande maggioranza dei casi la richiesta di collaborazione sia destinata a ritrarsi, di fronte alla mancanza di elementi idonei a mostrare la possibilità di una collaborazione utile. In tutti i casi di questo genere, la preclusione dei benefici verrebbe a cadere, e il passaggio per le forche caudine del 4-*bis* (*incarcerazione comunque*) si rivelerebbe *ex post* una complicazione (possiamo dire *vevasazione* del condannato?) priva di qualsiasi utilità. Ciò potrebbe essere evidente fin da subito, alla luce degli accertamenti compiuti nel giudizio di merito. Giusto il contrario di un'evidenza empirica capace di giustificare una prognosi di pericolosità in assenza di collaborazione. L'inserzione di corruzione, concussione e peculato nel sistema 4-*bis* appare dunque irragionevole, per l'assenza di evidenze empiriche sulla possibilità stessa di una collaborazione utile *post* condanna, tale da prevalere, in caso di mancata collaborazione, sulle ragioni su cui normalmente poggia l'accesso a benefici e misure alternative. In particolare nel caso di condanna per peculato o concussione, non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un'autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa? Da ciò il serio dubbio di legittimità costituzionale, con riferimento al principio d'uguaglianza/ragionevolezza, collegato ai principi (art. 27) relativi alla pena".

- l’art. 318 cp (cd. corruzione funzionale), inasprendone la forbice edittale (da 1 a 6 anni di reclusione ed ora da 3 ad 8 anni di reclusione);
- l’art. 346-bis cp, abrogando la fattispecie “matrice” dell’art. 346 cp e riformulando il delitto di traffico di influenze illecite – che punisce condotte prodromiche al rapporto corruttivo – col ricomprendere la fattispecie di millantato credito coevamente abrogata.

Con la legge “Spazzacorrotti” si è inteso, al contempo, introdurre una nuova causa sopravvenuta di esclusione della punibilità, di natura personale, per alcuni dei delitti contro la P.A. imperniata su un comportamento “antagonista” del reo rispetto al disvalore del fatto-reato, sottoposta al ricorrere della duplice condizione normativamente richiesta (art. 323-ter cp) (denuncia volontaria entro il termine di quattro mesi dalla commissione del fatto; sconnoscenza dell’apertura di indagini).⁹

Sotto il profilo delle indagini si estende anche al settore dei delitti contro la P.A. la figura dell’ “agente sotto copertura” (implementando il contenuto dell’art. 9, comma 1, lett. a, l. 16 marzo 2006 n. 146) e si novella, da un lato, l’art. 266, comma 2-bis, cpp, consentendo le intercettazioni mediante l’uso dei captatori informatici (cd. *trojan horse*) su dispositivi portatili nei procedimenti per delitti contro la P.A. puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; dall’altro, l’art. 266 cpp al fine di derogare in tale ambito alla regola generale, la quale stabilisce che il decreto motivato del g.i.p. deve indicare le circostanze di tempo e di luogo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l’attivazione del microfono¹⁰.

2. Verso la cd. “fattispecie unica” delle proposte del 1994? Giustizialismo e populismo giudiziario quali “sentimenti” ispiratori delle recenti riforme

Non è, dunque, un caso che, qui giunti, torni a parlarsi delle “Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento di partiti”, presentate nel corso di un convegno svoltosi a Milano il 14 settembre 1994 dai magistrati del c.d. “*pool Mani pulite*” e da alcuni professori di diritto e procedura penale¹¹. Proposte i cui tratti essenziali consistevano, da un lato, in un generalizzato inasprimento sanzionatorio e nella previsione di una causa di non punibilità per la denuncia spontanea dei fatti di corruzione; dall’altro, nella eliminazione della fattispecie di “concussione” con riconduzione dei fatti “costrittivi” al reato di estorsione e dei fatti “induttivi” nell’ambito dei negozi corruttivi; dall’altro ancora, nella creazione di una nuova, “unica” fattispecie di corruzione volta a comprendere ogni caso di indebita dazione o promessa al pubblico agente per il compimento di atti conformi

⁹ Sul tema D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art. 4 bis*, in *Dir. pen. processo*, 2019, 5, 600 s.

¹⁰ Per una esauriente disamina della nuova legge v. M. GAMBARDILLA, *Il grande assente della nuova “legge Spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 44 s.

¹¹ Il testo delle Proposte e della relazione è rinvenibile in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 1025 s.

o contrari ai doveri di ufficio “o comunque in relazione alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività”¹².

“Proposte” da tempo abbandonate a fronte delle insuperabili critiche avanzate da autorevoli studiosi del diritto penale in ordine alla “eccentricità” della “fattispecie unica” rispetto ai caratteri e principi fondanti della materia (frammentarietà, offensività, precisione-determinatezza del “fatto-reato”, legalità della pena, ambito e limiti del potere discrezionale del giudice)¹³. Proposte che, oggi, purtroppo, nella previsione della causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter cp e, soprattutto: – nella “dislocazione” della condotta “induttiva” del pubblico agente (e collegata sanzionabilità della condotta del privato-indotto) nell’area dei fatti corruttivi; – nella destrutturazione del tipo legale, anche a fini di semplificazione probatoria; – nella sostanziale “parificazione in alto” dei livelli sanzionatori delle pur diverse (ma, in definitiva, solo sul piano formale) fattispecie incriminatrici, sembrano trovare, in particolare nella prassi applicativa, pieno accoglimento.

In verità, “giustizialismo” e “populismo giudiziario” sospingono verso un “momento sanzionatorio” caratterizzato da sempre maggiore, indistinta, severità: la novellazione nel tempo operata come le proposte di politica criminale si connotano in tal senso¹⁴. Per riprendere le parole di Didier Fassin, sociologo-antropologo francese, è il “punire la passione contemporanea”.

Si assiste a politiche penali autoritarie, per un verso, indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali ed inefficaci sul fronte della protezione dai medesimi fenomeni (appunto, le ripetute novelle in tema di delitti contro la P.A.); per l’altro, fautrici di un diritto penale (non “minimo” e “ragionevole”, ma) “massimo”, “smisurato” e “perpetuo”, in quanto tale, gravemente lesivo dei diritti fondamentali del cittadino. Come ammonisce l’autore da ultimo citato, il “problema” dovrebbe essere il crimine ed il castigo la sua soluzione; ora, invece, nell’ottica de “il momento punitivo, è il castigo a diventare il problema”¹⁵.

¹² Si rifanno, fra gli altri, al testo delle richiamate Proposte M. GAMBARELLA, *op. cit.*, 68; S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B. G. MATTARELLA-M. PELISSERO, Torino, 2013, 385 s.

¹³ Fra gli altri: S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 6 s.; C. F. GROSSO, *L’iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2343 s.; G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 s.; T. PADOVANI, *Il problema Tangentopoli, tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 s.; C. E. PALIERO, *L’autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 s.; F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 941 s.; V. ZAGREBELSKY, *L’iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, in *Cass. pen.*, 1994, 2337 s.

¹⁴ In argomento sia consentito il rinvio a R. RAMPIONI, *Le modifiche al sistema penale fra “giustizialismo” e “populismo giudiziario”*, in *questa Rivista*, 2019, 145 s.

¹⁵ D. FASSIN, *Punire, Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

Ad un tale risultato concorrono, da un lato, una accresciuta sensibilità sociale per gli atti devianti; dall'altro, il concentrarsi dell'attenzione e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Fenomeno "culturale" il primo aspetto; fenomeno "politico" il secondo.

In tale quadro le proposte di legge assumono la veste di messaggi tesi a riscuotere-mantenere consenso politico, tesi a soddisfare "sentimenti di giustizia" repressiva, non infrequentemente vendicativa; ma anche messaggi volti a vincere "paure", spesso alimentate da propagande mirate¹⁶.

Il terreno privilegiato della politica diviene così quello della "sicurezza".

Il mondo del penale con le sue inchieste, con le relative conferenze stampa, col non infrequente pilotaggio delle cd. fughe di notizie, colla spettacolarizzazione delle vicende, collo stesso "rito" del dibattimento, ma anche cogli "abusi di motivazione" [i giudizi morali sui protagonisti del processo], "ha conquistato una immediata centralità nella sfera sociale e nell'immaginario collettivo", quale "strumento di risanamento sociale", "mezzo per acquistare consenso elettorale", "terreno di legittimazione personale e di delegittimazione dell'avversario politico"¹⁷.

Si dà vita per questa via ad una identificazione illusoria tra sicurezza e diritto penale, come se il diritto penale possa magicamente determinare la cessazione del crimine: è il nostro l'apparato sanzionatorio più severo esistente in Europa senza che siano stati affrontati e risolti i reali problemi di contrasto alla criminalità. Del carattere fallace e funesto della illusione panpenalistica, del resto, già era ben consapevole Francesco Carrara per il quale "la pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore".

Ed il cd. sistema penale incentrato sulla punizione (di cui si propone l'immagine erronea del carattere salvifico) dà a sua volta vita ad un'illusoria equazione: *più minaccia di punizione, più moralità!*

Ecco che allora la politica, smarrita la propria etica, dal momento che lo stesso cittadino apprezza la condotta del politico sulla base della volontà di penalizzazione da questi manifestata, ripiega sul primato del penale, inteso non più come *extrema ratio* ma quale strumento del risanamento sociale. Ed a tale scopo la politica punta sull'eliminazione dei cd. vuoti di tutela, sulla indeterminatezza delle figure di reato che agevola l'intervento penale, sul trattamento sanzionatorio più grave. Come fondatamente rileva Manes, "è che a fronte dell'"emergenza corruzione" – oggetto di una "narrazione mediatica" ormai sedimentata nella memoria collet-

¹⁶ D. PULITANÒ, *Sulle politiche penali in discussione*, in *Giurisprudenza penale*, WEB, 2018, 11. Dello stesso Autore, Intervento a *La società punitiva, Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, 3 s.

Sui temi della paura, insicurezza, gestione della collettività, comunicazione di massa ed uso finalizzato dei *mass media*, v. l'ampia indagine criminologica di R. BIANCHETTI, *La paura del crimine*, Milano, 2018.

¹⁷ L. VIOLANTE, *La produzione del penale tra governo e parlamento maggioritario*, in *Criminalia*, 2016, 339 s.

tiva... – e della avvertita necessità di avviare “(anche) una battaglia culturale”, lo statuto penale della P.A. registra sempre più – per effetto di riforme che si stratificano con frequenza crescente – una progressiva erosione della tipicità e della frammentarietà, con una conseguente curvatura dell’intervento repressivo verso il mero disvalore di azione, se non in chiave soggettivistica e “sintomatica”, al traino di una preminente funzione pedagogica del diritto penale come strumento di palingenesi morale e di “etica pubblica”. L’impressione, in altri termini, è che al cospetto di questa meritoria ed urgente “operazione culturale” lo strumentario repressivo sia stato non solo coinvolto, ma assunto come “apripista”, piegando progressivamente le fattispecie *lato sensu* corruttive – sempre meno determinate e “tipiche” – allo scopo di una penalizzazione “a tappeto”, senza soluzione di continuità né spazi di frammentarietà, così da colpire ogni sintomo o sospetto di possibile contaminazione affaristica”¹⁸.

Del tutto singolarmente è stato il Papa a sollevare il tema della legittimazione e del contrapposto “*abuso*” del diritto penale – questione nodale nella descrizione del rapporto tra “*libertà-garanzie dell’individuo*” ed “*autorità dello Stato*” – in occasione dell’incontro con gli studiosi della nostra materia. Egli individua la causa del degenerare in populismo del sistema penale nella “credenza” che attraverso la pena si possano ottenere quei benefici che, diversamente, “richiederebbero l’implementazione di un altro tipo di politica sociale economica”. E, continua il messaggio del Papa, “non si cercano solo capri espiatori che paghino con la loro libertà...per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c’è la tendenza a costruire deliberatamente dei *nemici*: figure stereotipate che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose”.

Ciò che va difeso, l’interesse reale e primario – osserva conclusivamente il Pontefice – è la “dignità della persona” ed è dovere del giurista (accademico, avvocato, magistrato) garantire simile “valore”¹⁹.

Ora, come garantirlo? Non può, infatti, essere trascurato che, ancor prima delle novelle, le pur spesso improbabili letture di istituti di parte generale trovino fondamento in concezioni che, almeno negli intendimenti, pretendono di essere di giustizia; che interpretazioni ed applicazioni “allargate” di schemi tipici si propongano una tutela più comprensiva degli interessi in gioco; che commisurazioni di pena di particolare rigore vengano operate sulla scorta di valutazioni ritenute di giustizia, sia pur essenzialmente in chiave retributiva. Osserva Domenico Pulitanò: “Nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione delle quali la magistratura penale tende a farsi portatrice...Il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio”²⁰.

¹⁸ V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in R.I.D.P.P., 2018, 1126 s.

¹⁹ In L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 197.

²⁰ D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, 143.

È questo un tema, problematico, che non può essere eluso. È l'aspetto che innerva la dibattuta questione del cd. diritto vivente.

Posti di fronte a ciò, l'esperienza dimostra che una difesa di quel primario interesse, la dignità della persona, non è praticabile, risulta sterile ove ci si muova solo sul piano della legalità formale mentre, appunto, il rigorismo giudiziario trae alimento da istanze morali, seppure non da tutti condivise. Il diritto penale "liberale" ha bisogno di una difesa, innanzitutto, sul piano dell'*etica*: concezioni "riduzioniste", che mirino a tener fuori dall'area penalistica comportamenti riprovevoli, "hanno bisogno di rendere esplicita e comprensibile la propria diversa moralità, senza nascondere i problemi ch'essa comporta: *una moralità [un'etica] che arriva ad accettare la non punizione di fatti riprovevoli, per ragioni ritenute prevalenti*"²¹.

Ed, appunto, la *moralità* che caratterizza come liberale un sistema penale va individuata nell'"eticità" di un ordinamento improntato ai principi di garanzia (legalità, offensività e colpevolezza) e di ragionevolezza-proporzione, ovvero di quei principi – gli unici – in grado di tutelare la "dignità della persona".

È questa eticità, propria del diritto penale, che va prudentemente bilanciata con le istanze di giustizia provenienti dalla società comune e che va contrapposta con forza a populistici moralismi.

3. *L'attuale formulazione della norma incriminatrice.*

L'attuale formulazione dell'art. 317 cp – nel testo scaturente dal combinarsi delle novelle del 2012 e del 2015 – è la risultante della scissione della condotta di "costrizione" – ora unica forma di agire costitutiva del delitto di concussione – dalla condotta di "induzione", comportamento che oggi va ad integrare il modello legale di cui all'art. 319-*quater* c.p.

Le modifiche apportate con la riforma del '90, invero, non avevano inciso sulla struttura della fattispecie incriminatrice e, oltre alla soppressione della pena pecuniaria, avevano interessato la sola soggettività del reato: accanto al pubblico ufficiale si era, infatti, inserito l'incaricato di pubblico servizio e, di conseguenza, quale possibile oggetto dell'abuso, il termine "funzioni" era stato sostituito da quello più comprensivo di "poteri"²².

Va ricordato che il codice Zanardelli prevedeva, con due autonome disposizioni, due figure delittuose di diversa gravità: la concussione per costrizione (c.d.

²¹ D. PULITANO', *op. ult. cit.*, 144.

²² La formulazione codicistica originaria era la seguente: "Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o delle sue funzioni costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo denaro od altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa non inferiore a lire centoventimila ...". La norma risultante dalla riforma del 1990 così disponeva: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni".

violenta) punita con reclusione da tre a dieci anni; la concussione per induzione (c.d. *fraudolenta*), unitamente alla concussione c.d. *negativa* (il p.u. che riceve denaro od altra utilità “giovandosi soltanto dell’errore altrui”), punita con la reclusione da uno a cinque anni. Innovando in profondità, il codice Rocco collocava in un’unica norma, equiparandole sotto il profilo sanzionatorio, concussione per costrizione e concussione per induzione e configurava come un’ipotesi particolare di peculato la “vecchia” concussione con approfittamento dell’altrui stato di errore.

Con la riforma del 2012, almeno nelle intenzioni, si è inteso elidere il risalente problema della corretta fissazione della linea di confine fra corruzione e concussione. Se sul piano descrittivo i due reati risultavano nettamente differenziati (nella corruzione il privato è il co-protagonista necessario del “turpe mercato”, nella concussione individua il soggetto passivo del fatto illecito, essendo *costretto* od *indotto* ad una certa condotta), sul piano della prassi giudiziaria la distinzione non era così netta e tendeva a sfumare, in particolare allorquando il comportamento dell’agente non fosse palesemente vessatorio (come, ad es., nella c.d. concussione ambientale), ma al più suggestivo, ovvero allorquando dalla dazione-promessa discendesse un tornaconto per il privato. Com’è intuibile, del resto, in siffatte ipotesi l’accertamento probatorio si presentava di non facile praticabilità.

Ora, con la scissione dell’originario binomio, con lo “spacchettamento” – come impropriamente si è inteso affermare – dell’art. 317 quella di “costrizione” diviene attualmente l’unica condotta costitutiva del delitto di concussione, mentre l’“induzione” è la condotta che va ad integrare il modello legale della nuova fattispecie incriminatrice di cui all’art. 319-*quater* c.p.

A non voler considerare che la tipizzazione autonoma del delitto di concussione (a dispetto delle critiche mosse) è una “specificità positiva” del sistema italiano (meno rudimentale di altre esperienze giuridiche), va segnalato che le raccomandazioni provenienti da OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) e GRECO (*Groupe d’Etats contre la corruption*), diversamente da quanto si è preteso assumere, stigmatizzavano una prassi applicativa (da parte della giurisprudenza) del tutto “eccentrica”: la propensione ad inquadrare nello schema della concussione per induzione condotte in concreto corruttive, garantendo l’impunità al privato pur di ottenerne la “collaborazione” sul piano processuale.

Come fondatamente si è inteso rilevare, la scelta di mantenere il delitto di concussione, nell’ipotesi della costrizione, va approvata; e non soltanto per ragioni di fedeltà alla nostra tradizione giuridica, ma anche, e principalmente, in ragione dei contenuti di disvalore del fatto, non comprimibili all’interno di un reato contro il patrimonio quale il delitto di estorsione: “La concussione non è infatti un’estorsione semplicemente caratterizzata dalla qualifica del soggetto attivo, essendo pacifico che l’altrui costrizione realizzata con violenza o minaccia da un pubblico agente, in assenza dell’abuso, configura l’art. 629 cp; lo specifico

dell'art. 317 cp, in grado di giustificarne la permanenza nel sistema, è costituito dalla costrizione mediante abuso della qualità dei poteri che proietta il disvalore del fatto sul danno cagionato alla vittima attraverso lo sfruttamento della funzione per finalità illecite. Come è stato ben detto, “l’abuso e la costrizione.. del privato sono posti nella norma in rapporto di causa ad effetto (dove la necessità dell’accertamento del rapporto causale nel singolo caso) e pertanto sono anche logicamente distinti l’uno dall’altra; inoltre, sono all’evidenza reciprocamente necessari e complementari”: il che vale quanto dire che l’abuso non può farsi recedere al rango di una circostanza aggravante del delitto di estorsione, come tale soggetta al bilanciamento con altre circostanze, senza snaturare l’essenza del fatto”²³.

La condotta di “induzione”, dunque, viene così attratta nell’orbita dei delitti di corruzione e, conseguentemente, scatta la punibilità dell'*extraneus*.

Per certo, colla delineazione di tre figure contigue, si assiste ad uno spostamento dei confini tra concussione e corruzione, “scelta foriera di non poche complicazioni”²⁴, tuttavia; anche perché non si è andati lontani dal vero quando si è inteso affermare, con buona pace del principio di legalità e dei suoi diversi corollari, che i lineamenti concreti della fattispecie (art. 319-*quater*) saranno definiti dall’esperienza giudiziaria²⁵.

Ecco che si profila, in effetti un problema di “precisione” e, soprattutto, di “determinatezza” del precetto, quest’ultima intesa – in particolare – come accertabilità del fatto-reato nel giudizio.

Cosa si intende, infatti, per “induzione”? Già prima della novella, col parlare di “confine conteso”, si è rilevato che la capacità selettiva delle fattispecie di corruzione e di concussione dovrebbe esprimersi in termini nettamente differenziali; capacità divenuta pressoché nulla a causa della progressiva erosione ermeneutica dei requisiti costitutivi (in particolare, dell’“atto”) della prima disposizione, da un lato; e dall’altro, a causa dello snaturamento e/o dilatazione, in sede applicativa, della nozione di *induzione* nello schema della seconda. Dimentichi che l’art. 317 c.p. nasce come fattispecie a selettività spiccatamente secondaria (nella forma per costrizione rispetto all’estorsione, in quella per induzione rispetto alla truffa²⁶), si è finito per offrire un concetto di induzione del tutto evanescente, sottratto ad una rigorosa delimitazione in chiave descrittiva, che ha ampliato in modo incontrollabile l’ambito applicativo della fattispecie.

Dunque, il problema *dell’actio finium regundorum* con la novella del 2012 è venuto ad acuirsi.

²³ S. SEMINARA, *op. cit.*, 386 s.

²⁴ Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 7

²⁵ P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, *Riv. A. Soc.*, 2013, n. 1, 14 s.

²⁶ T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1306.

4. *L'oggetto della tutela*

4.1. Persistente attualità delle funzioni attribuite al bene giuridico in un sistema penale liberale

È questo il punto di inserzione (una volta si sarebbe detto, dommatico) del tema del bene giuridico. Tema che tutti a livello di manualistica, trattatistica si sentono in dovere di affrontare quando va individuato, criticamente, il contenuto offensivo del singolo fatto-reato e va messa in chiaro, al fine di fissare in via interpretativa il corretto ambito di applicazione della norma incriminatrice, la “chiave di lettura” della norma medesima.

Al riguardo si impone una pur breve digressione, dal momento che una schiera sempre più numerosa e prestigiosa di autori allorquando, in sede di saggistica, affronta in un’ottica teorico-generale il tema in discorso viene, in sostanza, a negare rilevanza alla (ovvero la stessa praticabilità della) individuazione del bene giuridico, almeno quale scelta di politica criminale operata dal legislatore.

Così Francesco Palazzo nel descrivere la progressiva, in epoca post-moderna, “liquefazione”, “de-mitizzazione” dei dogmi rileva, fra l’altro, che “il bene giuridico si rivela per quello che è: non solo uno strumento buono a tutto fare nella direzione espansiva del diritto penale, ma anche un arnese concettualmente ambiguo nel suo disfarsi in una miriade di beni “intermedi” o “strumentali” e comunque incapace di resistere alla fortissima tendenza all’anticipazione della tutela attraverso il pericolo astratto o presunto e neppure alla proliferazione di illeciti di scopo o “formali”²⁷.

In una prospettiva parzialmente diversa v’è chi segnala la “scomparsa” della dimensione critica del bene giuridico, “smarritasi negli infiniti rivoli che l’interprete di turno ritiene di rinvenire e valorizzare”, e la “paradossale sopravvivenza unicamente della valenza interpretativa del bene giuridico”. Si afferma, invero, che l’interrogativo destato dalla disgregazione e dall’erosione delle consolidate categorie giuridico-penalistiche, e, prima ancora, sociali, culturali e politiche, si rivolge ora non tanto al legislatore in vista della enucleazione di eventuali “vincoli materiali” alla sua potestà normativa, quanto principalmente all’interprete, specialmente al formante giurisprudenziale e alla sua attività di individuazione dei beni meritevoli di tutela, vero e proprio dovere essere *a priori* della norma penale”. E si rileva al riguardo che “l’individuazione del bene giuridico, nella misura in cui consiste in una operazione ermeneutica, è oggi in larga misura affidata al giudice e alla sua creatività; conseguentemente, pure questa “porzione” di interpretazione creativa dovrà venire sottoposta al controllo razionale logico e giuridico cui è soggetto ogni aspetto dell’ermeneutica e dovrà rinvenire adeguata esplicitazione nella parte mo-

²⁷ F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 129 s. A conclusioni non dissimili perviene G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014. In argomento v. anche G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014.

tiva della pronuncia. Quel che non dovrebbe essere più consentito e dovrebbe trovare adeguata stigmatizzazione al fine in sede di Cassazione è che ci si possa accontentare o di vuote formule tralaticie o di un soggettivismo sfrenato e strumentale nella individuazione del bene”. In particolare, nei casi in cui l’interprete intenda proporre la individuazione di un “nuovo” bene giuridico dovrà offrire “un adeguato supporto motivazionale che faccia riferimento a fonti normative nazionali, internazionali e sovranazionali piuttosto che a orientamenti giurisprudenziali ... a opinioni dottrinarie e così via”²⁸.

Atteggiamenti sempre più diffusi, quanto problematici, dal momento che entrano in rotta di collisione con il “modo di essere” proprio del diritto penale, almeno se questo lo si intenda ancora fondare – diversamente, tutto è possibile – sui principi liberali di riserva di legge stretta, legalità ed offensività nella stessa lettura offerta, anche di recente, dalla Corte costituzionale.

Come rinunciare alla “funzione critica” del bene giuridico che consente al cittadino di valutare la “legittimazione” o meno della norma incriminatrice? La legittimazione della scelta di politica criminale affidata al legislatore?

Su cosa fondare il necessario apprezzamento da parte del giudice del carattere offensivo del fatto-reato, nell’ottica (pur non condivisa da chi scrive) della cd. concezione realistica, in difetto di un bene giuridico, pre-dato, di carattere materiale e personale?

In che modo sminuire, fino ad annullarla, la “funzione interpretativa” del bene giuridico, dal momento che – come pur si è inteso affermare – “la questione riveste ... un’importanza decisiva, in quanto è solo a partire da una puntuale definizione del bene giuridico che può isolarsi l’offesa tipica ed applicare correttamente tutti quegli istituti sostanziali e processuali che ad essa si ricollegano”²⁹. Ma – sia con-

²⁸ R. BORSARI, *Lo smarrimento della valenza selettiva del bene giuridico. Epifanie di una crisi*, in *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova, University Press, 2013, 68 s. Già D. PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 128 s., ha da tempo inteso rilevare in argomento: “...se gli interessi che possono costituire un problema di tutela sono indipendenti dalle scelte del legislatore, anche la scienza giuridica, nel rilevare e discutere “interessi” è indipendente dal legislatore. Il vincolo alla legge concerne il contenuto normativo delle scelte di tutela, e soltanto esso. Nella ricostruzione di dati di fatto, come gli interessi in gioco in situazioni tipizzate o tipizzabili dalla legge, la scienza giuridica non è soggetta a vincoli normativi, si invece a vincoli di realtà. Sotto questo profilo, ha la medesima autonomia intellettuale e i medesimi vincoli di qualsiasi impresa conoscitiva che aspiri alla dignità di scienza”. È agevole rilevare criticamente che così ragionando, all’interprete (sia pure illuminato), non solo sarebbe riconosciuta la facoltà di concorrere alla “creazione” della norma, ma altresì quella di fissare – sempre su base razionale (*rectius*, valoritativa) – la reale dimensione offensiva del reato. Con il che – come appare chiaro – il lungo processo di erosione del principio di riserva assoluta di legge giunge al suo traguardo finale: non soltanto al legislatore sarebbe disconosciuta la funzione di dare forma “definitiva” al tipo legale, ma all’interprete verrebbe altresì rimessa la determinazione del “reale” contenuto offensivo del fatto. Le scelte di politica criminale non spettano più al potere legislativo, ma – in effetti – ad un diffuso, quanto indistinto “contropotere”.

²⁹ M. CATENACCI, *op. cit.*, 15. Parla criticamente di “esternazionalizzazione” del contenuto offensivo del fatto G. INSOLERA, *op. cit.*, 592.

sentito aggiungere – non solo: la questione riveste una importanza decisiva ai fini della corretta “perimetrazione” dell’ambito di applicazione della norma incriminatrice.

Di più. Nella recente prospettiva del “*ne bis in idem* sostanziale” – quale principio precettivo inespresso di rilievo costituzionale – come rinunciare ad un giudizio formulato in termini valoriali [in quanto fondato sul sia pur controverso concetto di bene giuridico] oltre che operato sul piano formale della struttura della fattispecie [in quanto poggiante sul rapporto di specialità in astratto fra norme]? Nell’ottica di quel, ormai riconosciuto, canone [pur nella consapevolezza delle difficoltà come dei rischi, non di poco momento, connessi ad una valutazione discrezionale] la dimensione valoriale risulta imprescindibile e viene ad innervare quel criterio di consunzione che, appunto, consente di ricondurre una pluralità fattispecie ad una unica norma incriminatrice allorquando questa si riveli suscettiva di “coprire” l’intero disvalore del fatto. Come fondatamente si è inteso affermare, “se è vero ... che in questo difficile contesto il ruolo decisivo dovrebbe essere assegnato al bene giuridico, al fine di distinguere l’area dell’illecito penale da quella dell’illecito parapenale – sia in funzione della tipologia del bene che del suo grado di lesione – è altrettanto vero che tale difficile e controverso concetto da tempo affronta una crisi inarrestabile, rendendosi sempre più inidoneo a fungere da criterio selettivo del “nucleo duro” da assegnare al diritto penale rispetto alle ipotesi da mantenere a esso estranee. Eppure, le eterne critiche a tale categoria non hanno mai condotto alla proposizione di alcun valido strumento alternativo. Il bene giuridico deve dunque permanere, con tutti i noti limiti insiti nella sua concettualizzazione, l’elemento fondamentale a cui affidare tale difficilissimo compito”³⁰.

Il problema, in concreto, non risiede nella “crisi” del bene giuridico, strumento asseritamente vetusto non più in linea coll’armamentario del diritto penale post-moderno; sta, piuttosto, nella progressiva smaterializzazione, spersonalizzazione dell’interesse protetto, nella accentuata anticipazione della tutela, nella crescita a dismisura dell’area del penalmente rilevante, frutti ammalorati dell’illiberale “nuovo volto” del diritto penale³¹.

³⁰ In tal senso di recente C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, p. 226 s., 338 s.

³¹ Cfr. in argomento il recente lavoro di A. FIORELLA, *L’economia pubblica e privata quale oggetto dell’offesa e parametro del campo di materia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 455 s., il quale fra l’altro rileva: “Insomma, storicamente, nella rifondazione razionale del diritto penale e del reato, il rilievo dell’entità ‘bene giuridico’ ha assunto una centralità che a mio avviso non può non confermarsi, con decisivi riflessi benefici nel diritto penale dell’economia, quale garanzia essenziale contro un debordante intervento punitivo...Nel metodo della ‘seriazione’ rimane anzitutto fermo che una corretta ricostruzione del bene giuridico presuppone in primo luogo che si garantisca la netta distinzione tra bene e condotta; la quale distinzione valga ad evitare che si faccia coincidere il bene protetto con la condotta osservante e dunque con il ‘dovere’ in sé e per sé preso, promuovendo i reati di mera ‘infedeltà’; o comunque favorendo anticipazioni esasperate dell’offesa, magari riproponendo reati di mera opinione o addirittura proteggendo beni puramente ‘virtuali’, senza cogliere quali possano esser davvero i profili di tutela penale correttamente individuati. Una precisa consapevolezza della

Tornando all'oggetto della presente indagine – come ben è stato detto, “la legislazione penale – più che a proteggere interessi materiali ed afferrabili – sembra volta anzitutto a fomentare, in chiave promozionale, la massiva riprovazione sociale (*Blame*), quale interesse immateriale assunto come necessaria carica retrovirale rispetto all'elevarsi dei livelli di “corruzione percepita” (*Corruption Perception Index*) nell'immaginario collettivo, ampiamente segnalati dalle agenzie internazionali (ed anzitutto da *Transparence International*). Il sistema penale orienta dunque il sotto-sistema dei reati contro la p.a. – *recte*, la sua porzione principale – ad una funzione prettamente comunicativa che assume la stessa “comunità” come destinatario del proprio agire comunicativo, ma con una variante significativa rispetto alle cadenze ordinarie del “populismo penale” percepibile già sul piano degli interessi assunti a punto di fuga della tutela, giacché la simbologia comunicativa – il messaggio – da fine della opzione punitiva diventa oggetto della stessa: “bene giuridico” – per così dire – “in sé”, ed “autoscopo” (*Selbszweck*) della norma penale”³².

4.2. Il delitto di concussione quale reato “plurioffensivo”

Con l'avvento dello Stato “contemporaneo” varia del tutto il rapporto cittadino-Stato. Anche in materia penale i mutamenti costituzionali privano di fondamento logico-giuridico, oltre che storico-culturale, una concezione autoritaria dei rapporti fra apparato statale e i cittadini. Sfuma la possibilità di ravvisare nel “prestigio” della P.A. l'oggetto della tutela dei delitti del pubblico agente: occorre passare da una impostazione in termini di autoritarismo ad una conforme ai dettami costituzionali.

Di ciò il legislatore del 1990 dà prova di essere pienamente consapevole, così come del fatto che da quella concezione autoritaria è dipeso lo sposamento del fulcro del reato dall'offesa del bene tutelato alla generica violazione di un dovere: le norme incriminatrici in esame, infatti, hanno finito per svolgere una mera funzione sanzionatoria di quei precetti, contenuti in norme di diritto pubblico, che stabiliscono appunto i doveri dell'ufficio o del servizio.

Preso atto di ciò, si è fatto espresso richiamo ai valori-fine, imparzialità e buon andamento, indicati dalla Carta costituzionale (art. 97 Cost.): si è così inteso, per un verso, “rifondare” sotto il profilo della oggettività giuridica la materia, per l'altro, porre le basi per una chiara delimitazione dell'area dell'illecito penale rispetto a quella dell'illecito disciplinare³³.

necessaria distinzione irradia i suoi riflessi in estesa misura nel diritto penale dell'economia, sollecitando l'interprete a demarcare l'autonomia del disvalore di evento rispetto al disvalore di condotta nelle frequentissime fattispecie di c.d. reati propri che di tale settore fanno parte e, a me sembra, siano meglio definiti con il nome di ‘reati funzionali’. Valorizzando in questi – come è corretto – la violazione del dovere e l'abuso del potere, non si deve finire col sottovalutare il disvalore di evento, da accertare quale offesa dello specifico bene giuridico”.

³² V. MANES, *op. cit.*, p. 1132.

³³ Sostanzialmente in tal senso si esprimeva già il disegno governativo: “Le irregolarità non suscettibili di incidere sulla legittimità dell'atto andranno eventualmente represses in altre sedi (amministra-

Va, peraltro, precisato che imparzialità e buon andamento sono gli interessi che il costituente ha inteso porre a fondamento della funzione amministrativa e che devono informarne l'azione; non altrettanto può dirsi per le altre funzioni³⁴.

Gli interessi indicati dall'art. 97 Cost. (conformemente alla rubrica della sezione seconda del titolo terzo della Carta che quella disposizione contiene) risultano in conclusione *propri* ed *esclusivi* della funzione amministrativa in senso stretto. Il legislatore della riforma del 1990 fa riferimento *tout court* ai canoni di imparzialità e di buon andamento, ma non tiene conto che tali interessi per essere *propri* dell'attività amministrativa, non possono informare le diverse attività degli altri numerosi settori di intervento statale; dunque, neppure sotto il profilo dell'oggettività giuridica appare praticabile una disciplina unitaria della materia dei reati contro la P.A.³⁵ L'estensione anche alle altre funzioni statuali della sfera di tutela dei beni dell'imparzialità e del buon andamento implica necessariamente la "spiritualizzazione", lo svuotamento di essi da ogni reale contenuto sostanziale. Ridotti (tali interessi) a mere formule verbali, si finisce per smarrire la linea di confine tra illecito penale ed illecito amministrativo e, ancor prima, per negare la natura *fragmentaria* del diritto penale.

Giurisprudenza e dottrina, dal canto loro, continuando a fare riferimento ad un concetto onnicomprensivo di P.A., evocano una formula priva di reali contenuti, suscettiva di accomunare tutte le funzioni statuali sul piano del "disvalore" (pur apparente) dell'offesa. Così partiti dall'idea di sostituire al vietato, formalistico interesse del "prestigio" della P.A., latamente intesa, beni di rilevanza costituzionale, all'indomani della riforma – con evidente eterogenesi dei fini – si è tornati a ravvisare il contenuto offensivo "nella violazione anche del solo dovere di correttezza" da parte del pubblico funzionario. L'accertamento della tipicità del fatto ha finito per incentrarsi ed esaurirsi nella constatazione della violazione o meno di meri doveri di ufficio: fedeltà, onestà, non venalità, la stessa correttezza, appunto, assurgono ad oggetto di tutela; e se sfuma il richiamo all'interesse del buon andamento, quello della imparzialità, scade a puro e semplice dovere. Qui giunti, tuttavia, non è dato più intendere in cosa consista il contenuto offensivo del fatto-reato e come si giustifichi il ricorso alla sanzione penale.

tiva, disciplinare, politica); lo stesso è a dire per quelle ipotesi in cui la presenza di un interesse privato concorrente non interferisce con il perseguimento dell'interesse pubblico. In tal modo, oggetto immediato della tutela penale non è più il "prestigio" della pubblica amministrazione – concetto caro a concezioni storicamente superate – ma sono i beni indicati dall'art. 97 della Costituzione, e cioè il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione stessa".

³⁴ Sia consentito sul punto rinviare, per una più ampia discussione, a R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, 760 s.

³⁵ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 129, per il quale la Costituzione, "sulla scia di una diffusione della sovranità, conferisce autonome caratteristiche e autonomi principi alle relative funzioni"; con il che trova, peraltro, conferma la impossibilità di offrire una nozione unitaria ed onnicomprensiva di P.A.

Se, dunque, si è rivelata monca la riforma del '90, quella del 2012 – comprensibilmente – è risultata del tutto elusiva del tema dei contenuti dell'offesa. Ora, però, l'assenza di ogni riferimento al bene giuridico, rischia di determinarne la definitiva “smaterializzazione”. Tema questo dell'individuazione dell'oggetto di tutela dei delitti in esame non teorico-astratto, ma che – appunto – presenta una valenza tutta pratica, dal momento che consente – fra l'altro – di stabilire: – se quella determinata norma ha un senso, se è ragionevole, e dunque, se può esistere; – se il regime sanzionatorio da essa approntato è appropriato, proporzionato; – se è “preciso” l'ambito di applicazione della disposizione in ragione della riconosciuta funzione interpretativa del bene giuridico.

È chiaro, tuttavia, perché oggi si divaghi in materia: avvalendosi di uno schema tipico sufficientemente indeterminato, con un oggetto di tutela, in aggiunta, del tutto esangue e, soprattutto, cangiante, mutevole (per non dire, sostituibile) il campo di applicazione delle fattispecie si apre a dismisura. “Trasparenza”, “concorrenza”, “lealtà-dignità degli apparati pubblici”, “non venalità” del rapporto tra pubblico agente ed *extraneus*, più in generale “fedeltà” sono gli (pseudo) interessi che vengono variamente ad associarsi ovvero sostituire i beni dell'imparzialità e del buon andamento; ma per tale via, torcendo in particolare il baricentro offensivo delle fattispecie intorno al dovere di fedeltà, si rischia di arretrare a tal punto la soglia della tutela da confondere il pericolo di compimento dell'atto con il sospetto che dietro l'asservimento si celi un atto non identificato³⁶.

Così come la non precisione della fattispecie consente interpretazioni-applicazioni “allargate”, ad altrettanto conduce lo svuotamento dei reali contenuti dell'offesa. Il diritto penale da mezzo giuridico di tutela scade a mezzo di governo della collettività.

Ora, invece, è oltremodo chiaro che con il richiamo all'art. 97 Cost. si è operata una scelta (di politica criminale) ben precisa e cogente in ordine ai valori-fine cui la funzione amministrativa intesa in senso stretto deve tendere e dei valori-mezzo che a tal fine vanno predisposti: l'attività amministrativa, attraverso il rispetto di competenze ed attribuzioni, deve perseguire il buon andamento e l'imparzialità della relativa funzione.

L'“imparzialità”, ricondotta alla sua consistenza fondamentale, può essere sinteticamente individuata nella “obiettività”: l'amministrazione imparziale è l'amministrazione obbiettiva, che persegue scopi prestabiliti mediante strumenti obbiettivi. Imparzialità sta, dunque, per “divieto di far preferenze”, consiste nel realizzare gli scopi prefissati attraverso un'azione non deviata da pressioni o influenze esterne che possono determinare discriminazioni arbitrarie fra i soggetti destinatari. In tal senso sull'amministrazione viene ad incidere l'obbligo di procedere all'esame comparativo di tutti gli interessi in gioco sulla scorta di criteri oggettivi e, di conseguenza, quello di tener conto del risultato scaturito da tale esame.

³⁶T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 785.

La nozione di “buon andamento” richiama, invece, alla mente concetti più propriamente tecnici: la “buona amministrazione” (considerata anche come legittimità dell’azione amministrativa), l’efficienza; e dal momento che all’amministrazione sono attribuiti mezzi giuridici elastici per consentire l’adeguamento migliore dell’azione amministrativa rispetto ai fini prefissati, sul piano giuridico il criterio di efficienza si risolve nel principio di elasticità e puntualità dell’azione amministrativa. In sostanza, la norma costituzionale dà pieno riconoscimento giuridico al principio di “aderenza” e di “adeguatezza” allo scopo: discrezionalità e potere di auto-organizzazione sono le due forme di manifestazione del principio di elasticità. Buon andamento, tuttavia, non inteso esclusivamente quale “merito amministrativo”, ricomprendendo in sé anche la “validità” e, appunto, la legittimità dell’azione amministrativa.

Appare opportuno qui precisare che buon andamento ed imparzialità, correttamente intesi, non individuano due beni dal contenuto generico, quasi fossero puri e semplici “modi di attuazione della legalità cui l’attività pubblica deve sempre uniformare la sua azione”³⁷. E non appaiono così “ampi” ed “indeterminati” da risultare inidonei “a circoscrivere la portata delle singole norme incriminatrici ed a chiarirne le reciproche relazioni”³⁸. Ovviamente, essi troveranno *specificazione* nel quadro della singola fattispecie incriminatrice – ed è per ciò che da molti si parla di oggetto giuridico specifico – alla luce della particolare attitudine offensiva della condotta tipica; quella caratterizzazione lesiva che esclude in linea di principio, anche a seguito della recente novella, la possibilità di posizionare i delitti di «abuso dalla funzione», genericamente intesi – così come strutturati e tipizzati – nell’area della cd. criminalità economica, ravvisando in essi, più in particolare, una forma di aggressione alla fiducia nella correttezza del sistema economico³⁹.

Concludendo: offenderanno l’interesse del buon andamento le condotte che ostacolano l’efficienza dell’azione amministrativa, che ne frustrino, cioè, la capacità di perseguire i fini ad essa assegnati dalla legge, e le condotte che costituiscano esercizio abusivo dei poteri e delle qualità connesse all’esercizio della funzione ovvero abuso dei beni della amministrazione o nella disponibilità del pubblico fun-

³⁷ Nel senso criticato nel testo v. L. STORTONI, *Delitti contro la P.A.*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 3 ed. Bologna, 2003, 90.

³⁸ Nel senso criticato nel testo cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la P.A., I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale*, p. s., diretta da G. Marinucci-E. Dolcini, Padova, 2001, 6.

³⁹ Secondo P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., oggi ad una maggiore consapevolezza, “si affianca l’indubbio ampliamento dello spettro dei beni attinti dal delitto di corruzione, non più circoscritto al buon andamento e all’imparzialità della p.a., ma tale da riguardare ad esempio la concorrenza” ed in tal senso segnale “l’incidenza che il fattore corruttivo esercita sullo sviluppo economico del paese”. In realtà, beni quali l’economia pubblica, in quanto “istituzionali” – facendo capo allo Stato come espressione di una collettività organizzata – risultano privi di alcun substrato materiale e, dunque, non sono in grado di assolvere ad alcuna funzione delimitativa della fattispecie; ma, verosimilmente, è proprio lo “slabbramento” del modello legale il risultato che ci si prefigge, inserendo interessi di tal fatta in uno schema tipico del tutto “eccentrico” – anche per collocazione sistematica – rispetto ad essi.

zionario; risulterà lesa il bene dell'imparzialità ogniqualvolta la pubblica funzione non venga esercitata obiettivamente, impersonalmente, in modo da distribuire equamente tra i cittadini le utilità ed i sacrifici derivanti dall'azione amministrativa.

Ora, nello schema tipico del delitto di concussione oggetto della tutela sono, innanzitutto, il buon andamento e l'imparzialità della P.A. "aggrediti" dall'abuso della qualità ovvero dei poteri posto in essere dal soggetto agente a fini di vantaggio personale o di terzi; ma, altresì, la libertà di determinazione del soggetto passivo "piegata" dalla condotta prevaricatrice al compimento di un atto pregiudizievole.

Dunque, il reato in esame – al di là della discussione apertasi in dottrina sul tema della plurioffensività⁴⁰ – presenta tale carattere, ovviamente da intendere in modo corretto, non già nel senso – caro alla prassi giudiziaria – della sostanziale "fungibilità" degli interessi in giuoco⁴¹. I beni oggetto di protezione saranno sempre e soltanto quelli posti a fondamento della fattispecie incriminatrice e per la formulazione del giudizio di tipicità risulterà necessaria l'offesa del complesso contenuto di disvalore del fatto.⁴²

Soggetti passivi del reato, in ragione della natura plurioffensiva, sono sia la P.A., sia la persona – che ben può essere un pubblico funzionario – destinataria della prevaricazione.

5. I soggetti attivi

Soggetti attivi della concussione con la novella del 2015 tornano ad essere sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio. La scelta operata con la riforma del 2012 che, col riproporre la originaria formulazione codicistica, aveva ritenuto il solo pubblico ufficiale in grado di ingenerare il *metus publicae potestatis*⁴³, aveva infatti suscitato numerose perplessità in dottrina⁴⁴. Come fondatamente rilevato, "in seguito alla progressiva dilatazione giurisprudenziale della categoria degli incaricati di un pubblico servizio, correlata alla privatizzazione di rilevanti

⁴⁰ Per un esame delle critiche, anche radicali, portate in sede di teoria generale alla categoria del reato plurioffensivo e, dunque, in ogni caso per la praticabilità di un ricorso particolarmente limitato a tale figura di reato v. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8ª ed., 2003, p. 237.

⁴¹ Sul punto cfr. M. CATENACCI, *op. cit.*, p. 16. In argomento, diffusamente C. IAVARONE, *Il delitto di concussione*, in *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione, Commento alla legge 6 novembre 2012 n. 190*, a cura di A. D'AVIRRO-S. DEL CORSO-E. DE MARTINO-P. M. LUCIBELLO, G. MAZZOTTA, Milano, 2013, 36 s.

⁴² R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 604 s.

⁴³ In tal senso, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. processo*, 2013, n. 1, 8: "...Avuto riguardo, in particolare, alla costrizione è il solo pubblico ufficiale, in virtù dei suoi poteri tipici, in grado di determinare in capo al privato il *metus publicae potestatis*"

⁴⁴ G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8.

enti economici, risulta insostenibile l'idea di un *metus* legato esclusivamente ai poteri coercitivi propri della pubblica funzione⁴⁵.

Il reato in esame, peraltro, potrà essere commesso anche dal “funzionario di fatto”, cioè, da colui che assume una qualifica pubblicistica, consentendo di imputare alla P.A. gli atti da lui compiuti, nonostante la invalidità o la inefficacia di un formale atto di investitura o, addirittura, in mancanza di esso. Considerato organo dei pubblici poteri, il funzionario di fatto dovrà rispettare i canoni dell'azione pubblica.⁴⁶

Diversamente, non potrà essere ritenuto soggetto attivo del delitto di concussione – come, più in generale, di ogni reato che richieda una qualifica pubblicistica – l'“usurpatore di pubbliche funzioni”. Il carattere illecito dell'esercizio del potere non consente di imputare alla P.A. gli atti da lui compiuti e, dunque, la sua condotta non è suscettiva di coinvolgere interessi pubblici.

Per il delitto di concussione il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede, accanto alla responsabilità penale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, la responsabilità amministrativa da reato dell'ente, società od associazione nel cui interesse o a cui vantaggio il reato sia stato commesso.

6. *L'elemento oggettivo del reato*

6.1. L'abuso dei poteri o della qualità

Come esattamente si è inteso rilevare, la specificità del delitto di concussione – “nel suo carico di odiosità espresso dalla cornice di pena edittale, che lo rende il delitto più grave tra quelli commissibili dai pubblici agenti”⁴⁷ – risiede nel fatto che la soccombenza della vittima, posta dinanzi al pubblico potere, è il risultato di un “abuso funzionale” individuante una “costrizione”.

Così formulando lo schema tipico del fatto-reato, non si è infatti inteso solo descrivere una modalità della condotta – “tanto che sarebbe bastato il richiamo alla qualità dell'agente nonché il riferimento all'indebito”⁴⁸ –, ma rimarcare il dato che non v'è concussione se la costrizione non sia la risultante diretta dell'abuso: l'abuso deve costituire il tramite indefettibile per ottenere la dazione o la promessa⁴⁹. Non è sufficiente, per lo stesso tenore letterale della norma, costringere taluno ad una promessa o dazione indebita; è, invero, imprescindibile che ciò avvenga con “l'abuso della qualità o dei poteri” dell'agente.

L'abuso in definitiva, è il carattere qualificante dell'unitaria condotta criminosa; come acutamente è stato osservato, “abuso e costrizione non sono condotte

⁴⁵ S. SEMINARA, *op. cit.*, 388.

⁴⁶ E. DE MARTINO, *Il delitto di concussione*, in *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, *cit.*, 50.

⁴⁷ S. SEMINARA, *op. cit.*, 390.

⁴⁸ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 58

⁴⁹ G. CONTENTO, *La concussione*, Bari, 1970, 45 s.

distinte, quasi che l'abuso causasse la costrizione o comunque le si contrapponesse. L'abuso serve a specificare il concetto di costrizione, nel senso che solo quella particolare costrizione, la quale prospetti alla vittima un male derivante dall'abuso delle funzioni o delle qualità, può integrare il delitto di concussione⁵⁰.

Ciò precisato sul piano della struttura della norma incriminatrice, va altresì chiarito che l'abuso va riferito alla qualità o ai poteri di soggetti aventi "effettiva" qualifica pubblicistica, sebbene non sia richiesta una "formale investitura". In tal senso non potrà rispondere a titolo di concussione, ma eventualmente di estorsione, l'usurpatore di pubbliche funzioni; mentre ben potrà risponderne il cd. funzionario di fatto.

L'"abuso della qualità" è ravvisabile, in via di prima approssimazione, nella strumentalizzazione della posizione di preminenza ricoperta dal pubblico agente nei confronti del privato. "Abusare della propria qualità" consiste nella condotta, attiva o passiva, di chi – sfruttando, in modo arbitrario, la qualità medesima, alla quale sono ricollegati i poteri attribuiti⁵¹ – persegue il fine immediato di costringere taluno all'indebito, "facendo pesare" la condizione-posizione rivestita. Escluso, in definitiva, il semplice sfoggio del possesso della qualità, la nota caratterizzante dell'abuso di essa risiede "nelle modalità attraverso cui la pubblica funzione viene fatta "pesare" così da far sorgere nel privato rappresentazioni costrittive di prestazioni non dovute"⁵².

La novella del 1990 è intervenuta sulla formulazione della norma incriminatrice, sostituendo la originaria locuzione "abuso delle funzioni" con quella più comprensiva "abuso di poteri". Intervento modificativo – com'è già rilevato – dettato dalla necessità di raccordare la descrizione dell'elemento materiale del reato all'estensione della incriminazione all'incaricato di pubblico servizio, agente pubblico rispetto al quale è più corretto parlare di poteri piuttosto che di funzioni.

L'"abuso di potere" si sostanzia nell'esercizio della funzione in modo obiettivamente illecito, per uno scopo diverso da quello per cui il potere è stato conferito; detto diversamente, in un comportamento illuminato da uno scopo esorbitante la causa tipica, in quanto in violazione della legalità, dell'imparzialità e del buon andamento dell'agire amministrativo.

Fonte di discussione, in tema di abuso di potere, è il caso in cui l'agente pubblico, ancorché al fine di conseguire uno scopo illecito, paventi al soggetto passivo il ricorso (nelle forme richieste dall'ordinamento) ad un potere o ad un atto legittimo.

Giurisprudenza e parte della dottrina, soprattutto tradizionale, riconosce invece la sussistenza dell'abuso e, dunque, la configurabilità del delitto di concussione, anche nei casi di attività lecita, ma strumentalizzata per scopi illeciti. Si rileva,

⁵⁰ A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di dir. pen.*, p. s., I, 10 ed., Milano 2008, 120.

⁵¹ Così E. DE MARTINO, *op. cit.*, 60. Esclude, invece, la necessità di una correlazione tra qualità ed atti dell'ufficio ovvero la "possibilità implicita" di un esercizio dei poteri, M. CATENACCI, *op. cit.*, 61.

⁵² E. DE MARTINO, *op. cit.*, 62.

invero, in tal senso che in simili ipotesi, l'attività non corrisponde più alla funzione tipica di realizzazione delle finalità proprie della amministrazione pubblica⁵³.

Per la prevalente dottrina ad integrare l'abuso non è sufficiente il mero indirizzarsi della volontà dell'agente pubblico verso uno scopo illecito, necessitando anche l'oggettiva "ingiustizia" del potere di cui si minaccia l'uso; con la conseguenza che "vessazioni" aventi ad oggetto l'esercizio di poteri legittimi andrebbero eventualmente sanzionate a titolo di corruzione⁵⁴.

Sempre con riguardo all'"abuso di potere" è discussa anche l'ipotesi in cui l'agente, pur rivestito della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, abbia però prospettato il ricorso a poteri che non rientrano nelle sue attribuzioni, così che in ordine al male minacciato egli risulti privo della relativa competenza. La giurisprudenza non approfondisce la tematica, ritenendo in buona sostanza che già la indebita "esaltazione" del ruolo di depositario di pubblici poteri sia suscettiva di integrare lo schema tipico dell'art. 317 cp. In definitiva, si finisce per scambiare l'abuso di potere con un malinteso abuso della qualità (cd. abuso soggettivo), il quale presupporrebbe sempre la mancanza della competenza del pubblico funzionario a compiere una data attività.

La dottrina, dal canto suo, assume una posizione più meditata e corretta col rilevare che così argomentando si viene a svuotare il concetto stesso di "abuso" – che per sua stessa natura presuppone l'esistenza di un potere legittimamente esercitabile – confondendolo con la condotta di mera intimidazione. Soluzione preferibile – rileva Catenacci – in quanto maggiormente in linea col principio di tassatività, è l'opposta: "non vi è dubbio infatti che l'"ab-uso" (cioè l'uso abnorme) di un potere, ha come presupposto logico-giuridico l'"uso" dello stesso, vale a dire la possibilità da parte dell'agente di disporre di quel potere; ed in questo senso a noi pare fuor di dubbio che, nell'esigere che la concussione si realizzi attraverso l'"abuso dei poteri" da parte del p.u./i.p.s., l'art. 317 cp limiti il proprio ambito di operatività alle sole ipotesi in cui l'agente abbia effettiva competenza sui (e dunque il dominio dei) poteri cui minaccia di far ricorso"⁵⁵

⁵³ Per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, 2 ed., Milano, 2006, 99 s. Rileva al riguardo M. CATENACCI, *op. cit.*, 62: "…è evidente che, nei casi appena richiamati, di concussione non può certo parlarsi proprio perché, per quanto indubbiamente "vessato", il soggetto che subisce l'iniziativa del p.u./i.p.s., grazie al fatto che quest'ultimo si astiene dal compiere un atto a lui pregiudizievole, finisce al contrario con l'avvantaggiarsi rispetto alla generalità dei cittadini e dunque col creare una disparità, per così dire, *a contrariis*, che...lo colloca sul terreno tipico della corruzione".

⁵⁴ In argomento v. E. DE MARTINO, *op. cit.*, 66 s.; Cass. pen. Sez. VI, 30 maggio 2017, n. 35901, in *Cass. pen.*, 2018, 544: "Nel delitto di concussione rientra nell'abuso dei poteri da parte del soggetto agente anche l'atto che, pur formalmente legittimo, sia tuttavia posto in essere quale mezzo per conseguire fini illeciti, in violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (Fattispecie in cui l'abuso è stato individuato nella minaccia di revoca di deleghe ad un assessore da parte del Sindaco)". Alla motivazione della sentenza seguono le "Osservazioni" (549 s.) di M. GRANDE.

⁵⁵ M. CATENACCI, *op. cit.*, 63.

6.2. La costrizione

Con la novella del 2012 si è, dunque, inteso restringere alla sola “costrizione” la condotta prevaricatrice del pubblico agente che determina alla promessa o dazione indebita la vittima.

Come affermato, non più rilevanti comportamenti “indiretti” o “sfumati”, la “costrizione” in via di prima approssimazione si concreta “in una eterodeterminazione dell'altrui volontà forzando il soggetto a compiere od omettere ... una azione difforme da quella che, altrimenti, sarebbe stata compiuta”⁵⁶.

Va comunque da subito chiarito che per “costrizione” deve intendersi la “costrizione psichica relativa” ovvero quella forma di coercizione (non solo psichica, ma anche fisica) che non sia tale da annullare totalmente la volontà del soggetto passivo, ma che si risolva in un'alterazione del processo dell'altrui volere: “obbligare” taluno a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto. La volontà del soggetto costretto non è “annullata”; l'agente senza la collaborazione della vittima non può raggiungere il risultato che si prefigge.

Decifrazione del tipo legale resa meno chiara, peraltro, per la ragione che, a differenza di quanto avviene per i delitti di violenza privata ed estorsione ove si fa espresso riferimento a violenza o minaccia, non è affatto indicato cosa sia insito nel concetto di “costrizione”. È un fatto, tuttavia, che – come detto – la condotta del delitto in esame non è costituita dal mero “costringere”, ma anche dall’“abuso della qualità o dei poteri” e, dunque, sembra fondato affermare che nel delitto di concussione “la violenza e la minaccia rappresentano, *nel contempo*, abuso di qualità o di poteri e mezzo di costrizione, in netta differenziazione con quanto accade in ordine ai reati di rapina od estorsione ove, di converso, la violenza e la minaccia non sono considerate, *ex se*, espressione dell'abuso, costituendo elementi collegati al più da un nesso di mera occasionalità”⁵⁷. In tal senso ove la costrizione, attraverso la violenza ovvero la minaccia, determini il totale annullamento del potere di autodeterminazione della vittima non risulterà integrato il modello legale della concussione, ma si verserà in diverse ipotesi di reato (rapina, estorsione aggravate)⁵⁸.

La costrizione del novellato art. 317 cp individua, dunque, “un concetto ristretto al nucleo forte della fattispecie previgente: il concusso è pura vittima, a differenza di chi ha ceduto di fronte a una condotta di induzione: è questo, a seguito della riforma, il discrimine divenuto più rilevante e che ridefinisce la struttura del sistema”⁵⁹. Costrizione psichica relativa, non assoluta, da non

⁵⁶ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 73 s.

⁵⁷ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 77 s., il quale precisa al riguardo: “Giova segnalare, invero, come per il reato di concussione non sia sufficiente una condotta costrittiva, ma occorra che la medesima trovi la sua “arché” dall'abuso di poteri e qualità e con questo crei una vera e propria sinapsi”

⁵⁸ M. CATENACCI, *op. cit.*, 63.

⁵⁹ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 82. Rileva S. SEMINARA, *op. cit.*, 391 s.: “La separazione delle condotte di costrizione e induzione ... impone dunque una distinzione tra le minacce costrittive e quelle che si limitano a incidere, senza piegarlo, sul processo motivazionale del destinatario ... un'accezione restrittiva del concetto di costrizione, peraltro coerente alla pena edittale. Che da un siffatto approdo

confondere tuttavia con il modello adottato in passato per la cd. concussione ambientale⁶⁰.

Ciò che rileva è, in definitiva, il vero e proprio stato di soggezione psicologica (il cd. *metus*) in cui versa il soggetto passivo; detto diversamente, l'effetto indotto nella vittima dall'abuso della qualità o dei poteri e dal comportamento tenuto dall'agente pubblico. E nel momento in cui ci si collocherà nella prospettiva dell'accertamento del *metus*, come è comprensibile. elemento fondamentale – ai fini della ricostruzione dei termini del rapporto tra i soggetti, attivo e passivo, del reato – sarà in concreto la “finalità” perseguita da quest'ultimo.

6.3. Le nozioni di costrizione ed induzione negli indirizzi giurisprudenziali

Il tema della corretta definizione dei concetti di costrizione ed induzione nella prassi ha assunto un particolare rilievo al fine di stabilire se, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., fatti pregressi fossero a seguito della riforma da riqualificare come induzione indebita e, dunque, dovesse essere applicata la norma incriminatrice in successione temporale più favorevole (c.d. *lex mitior*)⁶¹.

Una simile problematica – come appare chiaro – presuppone risolto affermativamente il quesito relativo alla “continuità normativa” dei delitti attualmente previsti agli artt. 317 e 319 *quater*, comma 1, c.p. rispetto alla previsione del previgente art. 317 c.p.⁶². Ovviamente, il comma 2 dell'art. 319-*quater*, contenendo una nuova incriminazione per il privato che dà o promette denaro o altra utilità, risulterà applicabile solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della novella del 2012.

In argomento, in seno alla (medesima Sezione della) Suprema Corte, si sono formati, all'indomani della riforma, contrastanti indirizzi.

Un primo orientamento ritiene che si abbia concussione per costrizione in presenza di una violenza morale attuata con abuso di qualità o di poteri che si risolva in una minaccia, esplicita od implicita, di un male ingiusto recante lesione non patrimoniale o patrimoniale; integrerebbe, invece, il delitto di cui all'art. 319-*quater* la condotta del pubblico agente che prospetti conseguenze sfavorevoli dall'applicazione della legge per ottenere il pagamento o la promessa indebita di denaro o

derivi il definitivo abbandono dell'orientamento giurisprudenziale che ravvisava l'art. 317 cp anche laddove l'abuso del pubblico agente consentiva al privato di evitare il compimento di atti legittimi e doverosi, è certamente un bene”.

⁶⁰ In tema di cd. concussione ambientale nel sistema previgente, Cass., pen. Sez. VI, 21, II 2002, Argirò, in *Cass. pen.*, 2005, 1238.

⁶¹ M. GAMBARDELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1285 s.

⁶² In tal senso, per tutte, Cass. pen., sez. VI, 11.2.2013, n. 12373; Cass. pen. sez. VI, 11.2.2013, n. 12388, in CED Cass., n. 254441, secondo cui l'art. 319 *quater* c.p., pur caratterizzandosi come reato bilaterale che punisce anche il privato, destinatario dell'induzione, si pone in termini di continuità normativa rispetto alla previgente ipotesi di concussione per induzione, in quanto restano identici gli elementi costitutivi del delitto, con riferimento alla posizione del pubblico funzionario. Propende per la tesi dell'abolitio criminis A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte*, *cit.*, 22 s.

altra utilità. Dunque, all'interno della nuova ipotesi di reato, la condotta induttiva tipica si configurerebbe "in assenza di qualsiasi minaccia", non risiedendo l'elemento discrezionale tra art. 317 ed art. 319 *quater* nella "intensità psicologica" della pressione esercitata, ma nella "qualità di tale pressione: minaccia o meno in senso giuridico"⁶³.

Un secondo indirizzo ha inteso sostenere che "non vi è alcun elemento espresso o implicito nelle due nuove fattispecie che possa distinguere diversamente i due autonomi precetti rispetto a quanto delineato in precedenza dal diritto vivente e, in particolare, che autorizzi a ritenere che la "induzione" o la "costrizione" abbiano assunto un altro significato. Tale conclusione comporterebbe inevitabilmente la esclusione di "continuità normativa", per la diversità del significato giuridico-fattuale dei due precetti succedutisi nel tempo"⁶⁴. In mancanza di una esplicita previsione che possa assegnare un differente e nuovo significato ai concetti di costrizione e induzione, l'interprete non sarebbe autorizzato ad attribuire ad essi una definizione diversa. In tal senso, rilevato che il primo orientamento rischia di sopprimere la distinzione – che ha basi ontologiche prima che normative – tra "induzione" e "sollecitazione", si viene ad assumere che "l'abuso richiesto per la configurazione dei reati di "concussione" e di "induzione indebita" non può essere – almeno come fenomeno immanente e comunque quale dato di designazione – identificato nella indebita richiesta, rivolta dal pubblico ufficiale al privato, di denaro o altra utilità per evitare conseguenze dannose. Infatti, la "sollecitazione" a dare denaro o altra utilità, pur se espressa con la prospettazione di evitare ogni pregiudizio derivante dalla applicazione della legge mediante un atto contrario ai doveri d'ufficio o una omissione di un atto del proprio ufficio, ancorché reiterata, integra di norma, nel caso sia rifiutata, il reato di istigazione alla corruzione punito dall'art. 322, commi 3 e 4, c.p., e, se accolta, quello di corruzione consumata, punito dall'art. 319 c.p. Mentre, la richiesta di denaro rilevante ai fini della "concussione" o della "induzione" è quella preceduta o accompagnata da uno o più

⁶³ In tal senso, fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 3.12.2012, n. 7495, in CED Cass., n. 254021; Cass. pen., sez. VI, 25.2.2013, n. 13047, in CED Cass., n. 254466, secondo cui la nuova fattispecie criminosa contemplata dall'art. 319 *quater* c.p. non può corrispondere semplicemente ai casi per i quali la giurisprudenza precedente parlava di condotta di induzione. L'induzione non può consistere come in passato in una vera e propria minaccia di un male ingiusto, seppure esercitata in modo blando o implicito. Con la nuova formulazione dell'art. 317 c.p. la condotta di costrizione "copre" qualsiasi ipotesi di minaccia di un male ingiusto da parte di un pubblico ufficiale. Pertanto, nella condotta di induzione rilevante ai fini dell'art. 319-*quater*, tale forma di pressione psicologica si risolve in una forma di persuasione, di prospettazione della convenienza del cedere alla richiesta del pubblico agente piuttosto che in una minaccia in senso tecnico.

⁶⁴ Cass. pen., sez. VI, 4.12.2012, n. 8695, in CED Cass., n. 254114, la quale chiarisce che la induzione richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'art. 319 *quater* non è diversa, sotto il profilo strutturale, da quella che già integrava una delle due possibili condotte del pubblico agente che, abusando delle funzioni o della qualità, attraverso le forme più varie di attività persuasiva, di suggestione, anche tacita, o di atti ingannatori, determini taluno, consapevole dell'indebita pretesa, a dare o promettere, a lui o a terzi, denaro o altra utilità. In senso conforme, fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 11.1.2013, n. 17285.

atti che costituiscono estrinsecazione del concreto abuso della qualità o del potere dell'agente pubblico, fermi restando i diversi modelli comportamentali in cui si esprime l'abuso, non rilevanti nel sistema previgente. È la costruzione letterale e logica delle norme di cui agli artt. 317 e 319-*quater* c.p. che prevede l'abuso quale causa efficiente dell'induzione al pagamento, e non come avviene nella corruzione quale risultato dell'azione delittuosa, a condurre a una simile conclusione⁶⁵.

Si è, poi, profilato un orientamento "intermedio" per il quale la recente novella non avrebbe determinato una riqualificazione delle due condotte tipiche, costrizione ed induzione, così che ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di piena continuità normativa. Si precisa che la distinzione tra le due nozioni, costrizione-induzione, storicamente è stata fondata sul "maggiore o minore grado di coartazione morale"⁶⁶, criterio distintivo che necessita di essere adeguato a seguito della introduzione dell'art. 319-*quater* c.p. nel cui schema il privato diviene concorrente necessario. Ora, il parametro del diverso livello di pressione morale viene specificato attraverso l'elemento del "danno-vantaggio" per il destinatario della pretesa indebita: risulta realizzata una concussione per costrizione se il privato, vittima del reato, si è determinato a dare o promettere esclusivamente per evitare il pregiudizio minacciato. Il privato è, invece, compartecipe del reato se trae direttamente un vantaggio o un beneficio indebito; ed è quindi integrato il delitto di cui all'art. 319-*quater*, sempre che l'abusiva iniziativa prevaricatrice del pubblico agente abbia condizionato psicologicamente la sua libertà di autodeterminazione.

La delicatezza del tema ha fatto convinto il giudice di legittimità a rimettere la questione alle Sezioni Unite⁶⁷.

Il supremo organo giudicante⁶⁸, in tema di condotta di "costrizione" va alla ricerca di un criterio oggettivo, reputando il diverso criterio della "intensità della pressione prevaricatrice" "un'indagine psicologica dagli esiti improbabili", che porta con sé il rischio della soggettivazione della fattispecie. Si elabora così il cri-

⁶⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11.1.2013, n. 16154.

⁶⁶ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11.2.2013, n. 11794, Lettieri, in *Guida dir.*, 2013, n. 19, 71 s., secondo cui nella "costrizione la pretesa indebita della dazione di denaro o altra utilità ha una maggiore carica intimidatoria, perché espressa in maniera da non lasciare alcun significativo margine di scelta al destinatario; nella induzione la suddetta pretesa si concretizza nell'impiego di forme di suggestione o di persuasione, che rappresentano una più blanda pressione morale tale da lasciare al destinatario una maggiore libertà di autodeterminazione, nel senso di un più ampio margine di scelta in ordine alla possibilità di non accedere alla richiesta del pubblico funzionario".

⁶⁷ Cass. pen., sez. VI, 9.5.2013, n. 20430, Cifarelli, in *Guida dir.*, 2013, n. 24, 65 s.

⁶⁸ Cass. pen., S. U., 24.10.2013, n. 12228, in *Cass. pen.*, 2014, 1992 s., con nota di M. GAMBARDILLA, *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 senso conforme, Cass. pen., sez. VI, 1.4.2014, n. 259823, in *Cass. pen.*, 2015, 598. Per un esame critico della pronuncia v. R. RAMPIONI, *Sempre più "mobili" i confini tra concussione e delitti di corruzione*, in *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015; e di recente C. CASTALDELLO, *Fattispecie "ad evento psichico". In particolare, le ipotesi di corruzione, concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità. Davvero possibile tracciare un discrimen definitivo?*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 2016, 65 s.

terio del “danno”, risalente criterio distintivo che, almeno in un certo periodo, ha governato la linea di confine tra corruzione e concussione; e criterio il quale, non espressamente previsto dal tipo legale, viene in esso inoculato coll’identificare la costrizione colla nozione di “minaccia”: la prospettazione minacciosa – si assume, infatti – ha sempre per oggetto un “male per il suo destinatario”.

Si offre, dunque, una lettura *restrittiva* della nozione di costrizione.

Il termine “induzione” pone, invece, un tema più complesso, per l’impraticabilità di una nozione in chiave residuale (la non-minaccia) e per i disparati contenuti offerti alla nozione stessa *ante* riforma.

Le Sezioni Unite vengono ad individuare nominativamente l’induzione nella “persuasione, suggestione, allusione”, finanche nel “silenzio”. Non v’è chi non veda, tuttavia, come per tale via si rischi di smarrire la linea distintiva tra modalità abusive e condotta induttiva; peraltro, non va dimenticato che la condotta di “sollecitazione” assume autonoma rilevanza nello schema dell’art. 322 c.p.

Nel tentativo di puntualizzare l’assunto, le Sezioni Unite soggiungono che l’induzione va ravvisata in tutte quelle “forme di condizionamento psichico funzionali a carpire una complicità, prospettando un vantaggio indebito”: “*l’induzione non costringe, ma convince il privato*”.

Pure in argomento, tuttavia, si avverte il bisogno di un elemento di tipicità *aggiuntivo*, pena la non precisione e l’indeterminatezza del tipo legale. Ed in tale ottica si osserva che è la punibilità del privato il vero indice rivelatore del significato dell’induzione; infatti, “la punibilità trova fondamento nel movente opportunistico di vantaggio indebito del privato”; “il privato indotto non subisce un’offesa ad un bene personale, ma concorre nell’offesa al bene pubblico”, “approfitta dell’abuso del pubblico funzionario per perseguire un proprio vantaggio ingiusto”; attiva una dinamica del tutto diversa da quella che contraddistingue il rapporto concussore-concussus, “ponendosi in una logica negoziale”, sebbene non paritaria.

Anche per le Sezioni Unite la *nuova* induzione indebita viene a gravitare nell’area dei delitti di corruzione.

Qui giunti, però, sembra non trovare più collocazione sul piano della disciplina normativa tutta quella fascia indistinta di comportamenti delineatasi, *ante* riforma, per la formulazione in chiave alternativa della condotta costitutiva del delitto di concussione. Ed è questo il punto di inserzione della tematica proposta dalle Sezioni Unite dei c.d. “casi difficili”. Si rileva, infatti, che il criterio oggettivo del “danno”, al pari di quello del “vantaggio”, è radicale nella sua nettezza, mentre c’è la necessità di apprezzare l’effettivo disvalore delle “situazioni ambigue”, delle vicende che occupano la c.d. “zona grigia”: “la realtà empirica – si osserva – è molto variegata, in quanto caratterizzata da situazioni relazionali che, proprio perché maturano in contesti tendenzialmente propensi all’illegalità, presentano aspetti di opacità”.

Ecco, allora, che siffatti criteri (aggiuntivi) a loro volta cedono il passo alle c.d. “spinte motivanti”⁶⁹. Occorre – affermano, infatti, le Sezioni Unite – “cogliere il

⁶⁹ M. CATERINI-S. ROMANO, *La “concussione obbligata”: un’ipotesi di reato davvero “impossibile”*,

dato di maggiore significatività: se nella scelta di dare l'indebita ha prevalso, nel privato, la prospettiva di ottenere un vantaggio piuttosto che quella di evitare un danno". L'induzione viene così ad identificarsi con la "persuasione che non riesce a risultare prevaricatrice per una cointeressenza equilibratrice nella sfera decisionale del privato".

Attraverso l'indagine sulle "spinte motivanti" riaffiora così il criterio di marca soggettiva del livello della "pressione psicologica", non disgiunto da quello dell'atteggiamento interiore – più o meno condizionato che sia – del privato. Ciò che in ogni caso va sottolineato è l'approccio in assoluto valutativo nella delineazione dei nuovi assetti interpretativi, al punto di fissare "costrizione" e "induzione" alla luce di "elementi costitutivi impliciti", elementi creati ed aggiunti dal giudice di legittimità. Valutatività ermeneutica del "nuovo" che ha dato vita ad una lettura innovativa del "vecchio", così da riconoscere continuità normativa fra le norme in discorso.

6.4. La tesi della ricostruzione autonoma delle posizioni soggettive nelle fattispecie cd. bilaterali: sintetici rilievi critici

Come visto, la novella del 2012 ha ridisegnato i pur precari equilibri tra concussione e cd. mini-sistema dei delitti di corruzione con la previsione di una nuova fattispecie incriminatrice, per così dire, intermedia: il delitto di induzione indebita a dare o promettere. L'esatta delimitazione dei "confini" fra questa terna di disposizioni – come la stessa sentenza delle Sezioni Unite evidenzia – è tutt'altro che agevole là dove ci si debba confrontare con i cd. "casi problematici".

Il privato "indotto" viene a trasformarsi da vittima a soggetto attivo del reato, in quanto si determina – comunque – a dare o promettere un'utilità indebita in ragione di una motivazione essenzialmente opportunistica. Scelta politico-criminale suggerita da organismi internazionali ed individuante il messaggio di "rinnovamento culturale" rivolto al cittadino. La fortunata stagione della equivoca concussione "ambientale" sfuma definitivamente.

L'inserimento della nuova norma incriminatrice ha portato la dottrina – profilo diverso, ma strettamente collegato al tema della definizione dell'ambito di operatività dei tre tipi di reato in discussione – ad avviare una nuova riflessione riguardo

in *Cass. pen.*, 2018, 4438 s., studiano il caso problematico di un sindaco che prospetti la risoluzione di un contratto di appalto in essere tra il Comune e un'impresa ove questa non interrompa il subappalto non autorizzato; e ciò all'ipotizzato fine di 'liberarsi' del subappaltatore per ragioni personali che esulano dall'abusività del contratto. "Il delitto di concussione, alla fine, nel caso così delineato – osservano gli Autori – si configurerebbe in base al mero atteggiamento interiore del sindaco: non potrebbe, infatti, ipotizzarsi un abuso di qualità o di potere mancando una obiettiva difformità dell'esercizio della funzione o del servizio dai criteri ad essi propri; né una dazione indebita da parte della ditta nel contenuto della pretesa, perché conforme a legge... Dunque, anche a voler ritenere la richiesta del sindaco soggettivamente rivolta alla realizzazione di scopi personali, certo è che la stessa, dal punto di vista oggettivo, si configura come atto dovuto sul versante amministrativo e addirittura imposto dall'ordinamento, cadendo su un fatto costituente reato che, in quanto tale, va interrotto".

alla struttura delle fattispecie cd. bilaterali; e ciò, assumendo una posizione critica rispetto al “dogma della mutua esclusività” tradizionalmente accolto ai fini della ricostruzione delle fattispecie plurisoggettive. Approccio, ben diverso da quello comunemente seguito, ed approccio suscettivo di offrire – si assume – una “via d’uscita” dai meandri di questo “groviglio” di norme e fattispecie penali nella dinamica dei casi problematici segnalati⁷⁰.

Concussione e corruzione sono tradizionalmente qualificate fattispecie “a concorso necessario” (improprio, la prima; proprio, la seconda), in quanto entrambe le condotte descritte dal singolo modello legale devono risultare realizzate affinché possa dirsi integrato il fatto-reato. Dunque, la concussione presupporrebbe la presenza di un concussore ed un concusso, la corruzione quella di un corrotto e di un corruttore. Collocato il delitto di induzione indebita, anche sistematicamente, nell’area dei delitti di corruzione, la lettura in chiave di reato plurisoggettivo bilaterale è stata – come visto – accolta dalle stesse Sezioni Unite: l’“indotto” in tale prospettiva viene qui ad assumere la veste di correo dell’“induttore”.

Ora, di tale ultima previsione, in particolare, si è invece inteso proporre una ricostruzione autonoma delle posizioni soggettive e, dunque, delle singole fattispecie (1° e 2° comma, art. 319-*quater* cp), configurando, da un lato, l’induzione indebita “attiva” di cui sarebbe autore il pubblico agente e, dall’altro, la dazione-promessa indebita, avente come soggetto attivo l’indotto. Diverso – si assume – il contenuto di disvalore dei due diversi fatti-reato; così che quella che si propone sarebbe per giunta una lettura in linea con il principio di personalità della responsabilità penale e che, al contempo, consentirebbe di condurre ad appagante soluzione le questioni problematiche poste dagli *hards cases*.

L’approccio, portato con i necessari adattamenti ad ulteriore svolgimento, viene riproposto anche per le fattispecie di concussione e di corruzione, ritenute strutturalmente similari⁷¹. Sulla scorta di una visione che consente il superamento del dogma della mutua esclusività, pertanto, “alla condotta di un concussore potrebbe corrispondere non necessariamente quella del concusso; bensì in certi casi e a determinate condizioni, quella dell’indotto o persino del corruttore⁷²”.

Ora, innanzitutto, rileva in senso critico Seminara che il delitto di concussione, per come strutturato, si presenta in realtà quale reato monosoggettivo⁷³ (diversamente, in una prospettiva può essere riportato alla problematica classe dei reati

⁷⁰ M. PIERDONATI, *I confini dell’induzione indebita, Il valore euristico dei casi problematici*, Napoli, 2018, 3.

⁷¹ Una simile impostazione era già rinvenibile in ordine alla struttura della corruzione in A. SPENA, *Il turpe mercato*, Milano, 2005, 357 s.; A. PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *op. cit.*, 187.

⁷² M. PIERDONATI, *op. cit.*, 84. A. FIORELLA-S. MASSI, *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione. Un dibattito sulle figure del concusso, dell’indotto punibile e del corruttore*, Torino, 2016, 76, i quali rilevano: “...il problema di una attenta differenziazione delle condotte concorsuali non risalta nei casi in cui si prospetti un *paradigma* lineare in cui ogni condotta concorsuale tipizzata si perfezioni nel senso voluto dalle fattispecie incriminatrici/frontaliere (le condotte del concusso-concussore, indotto-induttore, corrotto-corruttore)”.

⁷³ S. SEMINARA, *op. cit.*, 396

plurisoggettivi “impropri”, in cui la condotta di uno dei “concorrenti necessari” non viene punita⁷⁴). La corruzione, dal canto suo, prosegue l'autore, si atteggia quale vero e proprio reato plurisoggettivo in cui la bilateralità costituisce il riflesso della specularità delle condotte tipiche, le quali danno vita ad un accordo illecito individuante un identico disvalore pariteticamente sanzionato. Si afferma, invece, che il reato di induzione indebita, seppure “somiigliante” allo schema del rapporto corruttivo, verte su un fatto di induzione esclusivamente riferibile al pubblico agente, mentre il secondo comma della disposizione si limita a sancire la punibilità di chi dia o prometta l'utilità. Si tratterebbe, pertanto, di due fattispecie autonome.

Va segnalato che la giurisprudenza – contraddicendo il *decisum* delle Sezioni unite – ha ritenuto che il delitto di induzione indebita “non integra un reato bilaterale” col rilevare che “le condotte del soggetto pubblico che induce e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi diversi, sicché il reato si configura in forma tentata nel caso in cui l'evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente”⁷⁵.

In argomento si è osservato che la norma di cui all'art. 319-*quater* cp descrive un reato plurisoggettivo a struttura “partecipativa” (non già “coautorale” come avviene, ad es., coll'accordo corruttivo) e che le due diverse condotte tipizzate sono in successione causale e temporale. In tal senso, senza giungere a ritenere la norma medesima quale disposizione contenente due autonome fattispecie “monosoggettive”, si ritiene ben possibile riconoscere la configurabilità di un tentativo unilaterale di induzione indebita⁷⁶.

Sembra a chi scrive che, al pari dei delitti di corruzione, anche nella induzione indebita a dare o promettere le pur diverse condotte degli agenti siano complementari e finalizzate ad un unico risultato (l'accordo illecito e lo scambio di favori); e, soprattutto, entrambe indispensabili per l'integrazione del tipo legale, nonostante la formale autonomia delle figure di reato (1° e 2° comma dell'art. 319-*quater* cp). Simili condotte solo col cumularsi sono suscettive di esprimere il contenuto di disvalore della fattispecie cd. bilaterale, in quanto il singolo comportamento – seppure in sé conforme al modello legale – acquista tipicità unicamente coll'“entrare in connessione” con l'altrui condotta conforme. Solo così, del resto, trova giustificazione anche in argomento il “non doppio” concorso eventuale del terzo che, dapprima, aiuti il pubblico agente nell'indurre e poi, convinca l'indotto a dare-promettere; in tal caso, infatti, al pari dei delitti di corruzione né risultano applicabili le regole sul concorso apparente di norme (per l'assenza di una norma speciale), né è invocabile (per la duplicità delle condotte offensive) il principio di consunzione. L'unicità della sanzione poggia sulla unitarietà del fatto-reato.

⁷⁴ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, 2 ed., Torino, 2013, 165.

⁷⁵ Cass. pen., Sez. VI, 22 giugno 2016, n. 35271, in *Cass. pen.*, 2018; 229.

⁷⁶ Così A. PANTANELLA, *Osservazioni a C., pen. Sez. VI*, 22 giugno 2016, n. 35271, in *Cass. pen.*, 2018, 238 s.

Dunque, le illecite pressioni del pubblico agente, se resistite dal privato, lungi dall'integrare un'ipotesi di tentativo di induzione indebita, dovranno essere – apprezzatane la loro reale portata – diversamente qualificate.

7. La dazione o promessa “indebita” di denaro o altra utilità

Il reato si perfeziona con la dazione o la promessa della “prestazione” richiesta da parte del concusso, che “cede” alla costrizione. Deve, dunque, innanzitutto sussistere una “relazione causale” tra la condotta abusiva del pubblico agente e la “risposta adesiva” del concusso.

La dazione o la promessa è previsto che consistano nel “denaro o altra utilità”.

Circa l'oggetto della dazione-promessa si è posto il problema del significato e della portata da attribuire all'espressione “altra utilità”. Se, invero, ad essa è pianamente riferibile il “vantaggio materiale avente, direttamente o indirettamente, un valore economico”⁷⁷, è discusso invece se ad essa siano riconducibili anche corresponsioni non apprezzabili in termini di “utile economico”⁷⁸.

La questione si è posta, in particolare, relativamente alle “prestazioni sessuali”. La giurisprudenza e la dottrina hanno a lungo negato che nel concetto di utilità potessero rientrare i favori sessuali⁷⁹. Attualmente, la dottrina prevalente propende per una concezione “ampia” del concetto di utilità, ritenendo appunto applicabile in simili ipotesi l'art. 317 cp. Analogamente la giurisprudenza con statuizione a Sezioni Unite ha sancito che “il termine utilità indica tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona – materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale – oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un *facere* e ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal convincimento comune. Ne deriva che i favori sessuali rientrano in pieno nella categoria individuata, in quanto rappresentano un vantaggio per il funzionario, che ne ottenga la promessa o la effettiva prestazione”⁸⁰.

In tempi più recenti si è posta, invece, la questione se nel concetto di utilità, nello schema dell'art. 317 cp, possano rientrare anche i cd. “vantaggi politici”. Al riguardo si è recentemente delineato un indirizzo giurisprudenziale che nell'ot-

⁷⁷ “Sempreché non si tratti di una prestazione estremamente esigua in quanto è pur sempre necessario che sia individuabile una lesione effettiva ai beni giuridici tutelati” osserva E. DE MARTINO, *op. cit.*, 105, che sembra dunque traslare (anche) sul fronte “patrimoniale” il contenuto offensivo del fatto.

⁷⁸ In argomento v. M. CATENACCI, *op. cit.*, 68s.

⁷⁹ Per tutte, Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 1992, MENAZZA, in *Cass. pen.*, 1994, 1517. La dottrina, dal canto suo, non intendeva annoverare tra le “utilità” di cui all'art. 317 cp le prestazioni sessuali, a meno che le stesse non fossero suscettibili di valutazione economica e, peraltro, riteneva che le abrogate disposizioni di atti di libidine e congiunzione carnale, commessi con abuso della qualità di pubblico ufficiale, individuassero norme speciali rispetto al delitto di concussione.

⁸⁰ Cass. pen., Sez. Un., 11 maggio 1993, Romano e altro, in *Cass. pen.*, 1993, 2252.

tica della concezione “ampia” della nozione di utilità ricomprende in essa anche i vantaggi di natura politica, sguarniti cioè di un carattere direttamente patrimoniale⁸¹.

Rileva criticamente Catenacci che “là dove “lo scambio” fra l’ipotetico concussore e l’ipotetico concusso sia maturato in un contesto di relazioni politiche, particolare attenzione dovrà porsi...all’effettivo ricorrere del disvalore di evento che si è visto caratterizzare questa, così come le altre fattispecie del settore...: se il “vantaggio politico” ha a sua volta prodotto un effetto discriminatorio o comunque disparitario nell’accesso a benefici e/o nell’esonazione da oneri di fonte pubblica, allora non vi è dubbio che, sempre che ne ricorrano tutti gli altri elementi costitutivi, vi è concussione; là dove invece quello stesso “vantaggio” sia rimasto nell’esclusivo ambito della normale dialettica politica ed abbia prodotto vantaggi e/o svantaggi in termini di mero “posizionamento” di persone o gruppi politici, allora vi è da ritenere che, per quanto indubbiamente tale, la “utilità” conseguita non abbia alcun rilievo penalistico”⁸². Una volta di più: correttamente individuato il composito bene giuridico, oggetto della tutela, la mera aggressione della libertà di autodeterminazione, in difetto di una coeva offesa agli interessi del buon andamento e dell’imparzialità dell’agire amministrativo, non sarà suscettibile di integrare il modello legale di cui all’art. 317 cp.

Dazione e promessa dell’utilità devono, in ogni caso presentare natura di “indebito”. La dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che, anche laddove la prestazione sia ottenuta per effetto della condotta prevaricatrice, non sia configurabile il delitto di concussione nel caso in cui l’utilità sia effettivamente dovuta alla pubblica amministrazione. Tuttora, controversa l’ipotesi in cui il pubblico agente ponga in essere la condotta coercitiva al fine di ottenere ciò che il concusso “doveva” corrispondere al pubblico funzionario come privato (o ad un terzo beneficiario)⁸³.

Secondo la formulazione della norma destinatario della dazione o della promessa può essere, oltre al pubblico agente, che pone in essere la condotta abusivo-costrittiva, anche il “terzo”; ovviamente, la prestazione nei confronti del terzo dovrà avvenire con il consenso o con l’indicazione da parte del soggetto attivo del destinatario della prestazione stessa; mentre il terzo, secondo le regole generali, potrà concorrere o meno nel fatto-reato.

⁸¹ Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 2008, n. 44121, in *Guida dir.*, 2009, 3, 95. Così, si è ritenuto “utilità” il rafforzamento della presenza di un partito politico all’interno delle istituzioni pubbliche, perseguita attraverso l’induzione di un direttore generale di azienda ospedaliera a nominare a posti di primariato persone collegate al predetto partito (Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33843, in *Cass. pen.*, 2009, 1938) e parimenti la condotta del sindaco che, per finalità propriamente politiche, quali il desiderio di ricompattare la maggioranza, intervenga su di un consigliere comunale dissidente affinché ritiri una propria interpellanza di ostacolo all’approvazione di un progetto sostenuto dallo stesso sindaco (Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2001, n. 7669, in *Riv. pen.*, 2002, 352).

⁸² M. CATENACCI, *op. cit.*, p. 69 s.

⁸³ In argomento E. DE MARTINO, *op. cit.* 99 s.

È discusso se “terzo” possa essere lo Stato o un ente pubblico, allorché il pubblico agente metta in atto la condotta abusivo-costrittiva al fine di conseguire una prestazione indebita a favore della amministrazione di cui fa parte. L’orientamento prevalente (per quanto risalente) nella giurisprudenza di legittimità è per la tesi negativa⁸⁴.

8. *L'elemento soggettivo*

Il dolo della concussione è generico e consiste nella rappresentazione e volontà dell’agente pubblico di abusare della qualità o dei poteri ed in tal modo di costringere il soggetto passivo a dare o promettere denaro od altra utilità; e ciò nella consapevolezza del carattere indebito della dazione-promessa. Rileva, pertanto, l’errore sul fatto come sulla legge extra penale.

La particolare struttura della fattispecie, il composito oggetto (abuso-costrizione-indebita utilità) dell’elemento psicologico – finalisticamente collegato nei suoi elementi costitutivi – ne fa ritenere ammissibile la sola forma “intenzionale⁸⁵”; non sembra, pertanto, configurabile anche una forma “eventuale” in cui il pubblico agente accetti, quale possibile conseguenza della propria condotta abusiva, una prestazione indebita non direttamente voluta⁸⁶.

9. *Momento consumativo e tentativo*

La concussione si consuma con la dazione o la promessa. È discusso se il momento consumativo del reato di “sposti in avanti”, allorché alla promessa segua la dazione. La giurisprudenza, al pari di quanto ritenuto in tema di delitti di corruzione parla anche al riguardo di fattispecie a “duplice schema”; la dottrina prevalente, rilevato che lo schema tipico risulta integrato già con la sola “promessa”, qualifica la successiva (eventuale) “dazione” post-fatto non punibile, apprezzabile nel quadro dell’art. 133 cp ai fini della determinazione in concreto della pena⁸⁷.

⁸⁴ Cass. pen., Sez. VI, 29 luglio 2003, n. 226219, in CED. Cass.

⁸⁵ G. CONTENUTO, *op. cit.*, 151.

⁸⁶ Così, invece, M. ROMANO, *op. cit.*, 115; nonché la giurisprudenza secondo cui l’elemento soggettivo della concussione “si deve ritenere incentrato – come condizione sufficiente e necessaria – nella consapevole rappresentazione del “metus” da parte dell’agente; il che ricorre tutte le volte che questi, consapevole della propria posizione di garanzia, abbia agito deliberatamente, oppure anche a costo di determinare quella situazione di soggezione o di condizionamento, che pone il privato di fronte all’alternativa di aderire alla richiesta ovvero di subire una conseguenza comunque a lui sfavorevole, e contraria alla legale gestione dell’ufficio o servizio pubblico” (Cass. pen., Sez. VI, 7 novembre 1997, 544, in *Riv. pen.*, 1999, con nota di Esposito). Parla di “abuso giurisprudenziale” in ordine alla ammissione della forma eventuale del dolo M. CATENACCI, *op. cit.*, 72.

⁸⁷ M. ROMANO, *op. cit.*, 113. Per una trattazione più ampia del tema v. R. RAMPIONI, *Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l’art. 319 quale disposizione a più norme*, in *Cass. pen.* 1998, 1195 s.

Il tentativo è configurabile. È discusso se costituisca tentata (non già consumata) concussione la condotta abusiva *ex ante* idonea, allorquando la vittima agisca con la riserva mentale di non mantenere la promessa ovvero effettui la c.d. dazione simulata (ad es., preventiva denuncia del fatto con consegna del danaro concordata con le forze di polizia). Appare preferibile la tesi di chi ravvisa in simili casi un'ipotesi tentata, in considerazione del fatto che il soggetto passivo, posto di fronte all'alternativa "dare-promettere ovvero subire", non risulta limitato nella sua capacità di autodeterminazione e non assume alcun *reale* impegno, anzi respinge l'alternativa⁸⁸.

Il giudice di legittimità ha di recente sostenuto che "non è configurabile l'ipotesi del reato impossibile di cui all'art. 49 c.p., bensì quella del tentativo punibile", nel caso di "richieste e pressioni illecite del pubblico ufficiale intervenute successivamente alla presentazione di denuncia all'Autorità giudiziaria da parte del soggetto passivo"⁸⁹.

10. *La responsabilità amministrativa di enti, società od associazioni. pena accessoria*

Anche per il delitto di concussione – come accennato – il d.lgs n. 231/2001 prevede, accanto alla responsabilità penale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, la responsabilità amministrativa da reato dell'ente, società od associazione nel cui interesse o al cui vantaggio il reato sia stato commesso.

La condanna a pena superiore ai due anni per il reato di concussione, a seguito degli "inasprimenti" introdotti con la legge cd. "spazzacorrotti" (art. 317 *bis* cp novellato), comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici dell'agente pubblico⁹⁰.

ROBERTO RAMPIONI

⁸⁸ *Contra* M. ROMANO, *op. cit.*, 118.

⁸⁹ C. pen., Sez. VI, 16 marzo 2016, n. 25677, in *Cass. pen.*, 2017, 635 s. con osservazioni di SILIBERTI

⁹⁰ Denuncia possibili profili di incompatibilità della pena accessoria interdittiva "a vita" con il "volto costituzionale della sanzione penale" (anche alla luce della sentenza n 222 del 2018 della Corte costituzionale) M. GAMBARELLA, *Il grande assente della nuova "legge Spazzacorrotti"*, *cit.*, 50.

€ 40,00

