

Dentro lo scrigno del legislatore penale

Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione

Sommario

1. IL TRIDENTE SPUNTATO. – 2. UNA FATTISPECIE-CLONE: LA PROMESSA D'INFLUENZE ILLECITE. – 2.1. (SEGUE) IMPLICAZIONI INTERTEMPORALI. – 3. UNA FATTISPECIE-ASPIRAPOLVERE: LA DAZIONE INDEBITA. – 3.1. (SEGUE) IMPLICAZIONI INTERTEMPORALI. – 4. UNA FATTISPECIE-ANFIBIO: LA CORRUZIONE "INDOTTA". – 4.1. (SEGUE) IMPLICAZIONI INTERTEMPORALI. – 5. UNA FAVOLETTA A LIETO FINE.

1 IL TRIDENTE SPUNTATO

Un governo pensato per rattoppare la disastrosa situazione economico-finanziaria in cui versa(va) il paese, provando a rilanciarne l'immagine sulla scena internazionale, non poteva certo esimersi dall'intervenire sulla gestione della cosa pubblica¹; naturalmente, era pure impensabile mettere seriamente mano a un sottosistema che sulla carta impone equidistanza, ma che da sempre è dominato dalla antagonista (e mafiosa) "Kulturturnorm del favore"², senza abbinare la rivisitazione dell'arsenale punitivo a politiche della trasparenza e dell'etica di più ampio respiro³.

Detto fatto (si fa per dire): il 28 novembre scorso, fra il plauso dell'opinione pubblica e un certo auto-compiacimento del Consiglio dei Ministri, entra in vigore la legge n. 190/2012, il cui programma sembra lo *spot* di un ritrovato farmaceutico: prevenire (Disposizioni per la prevenzione...) e curare (...e la repressione...) "olisticamente" fenomenologie socio-cultural-criminali di portata sistemica (...della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione).

Certo, si tratta già *ictu oculi* di un semilavorato (molto) perfettibile⁴; e certo, la giustizia penale, che *natura sui* colpisce chirurgicamente, annaspa non poco nel gestire illecità endemiche⁵, e ciò non solo quando il *systemic wrongdoing* s'inserisce in contesti politico-istituzionali "anormali"⁶.

1. Sull'attitudine delle pratiche corruttive a compromettere i "naturali" meccanismi dell'economia e del mercato, proprio chiosando i prodromi della riforma qui in commento, v. per es. FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria, in questa Rivista*, 3-4, 2012, 177 ss., 179 ss.; ma sul punto e ampiamente, già ID., *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in ID., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «mani pulite»*, Milano, 2003, 129 ss.

2. A proposito del fenomeno della cd. concussione ambientale, parlava di un "clima culturale" dominato da "regole antagoniste" a quelle legali, e di un (sotto-)sistema di valori eteronomo tipico della criminalità organizzata, già PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in BARILLARO (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 144 ss.

3. Ci riferiamo, come è intuibile, alle tecniche amministrative di prevenzione della "cultura della corruzione" (dal divieto di ricoprire cariche elettive e di governo gravante sui condannati alle norme sulla trasparenza dell'azione amministrativa, passando per i codici etici e per la ridda "incompatibilità" a ricoprire incarichi dirigenziali nella PA, etc.): cfr. art. 1, co. 1-74, l. 190/2012. Sulla necessità di una strategia integrata di contrasto alla corruzione, in cui il penale si affianchi sinergicamente a strumenti preventivi extra-penali, specie amministrativi, rivolti a neutralizzare "sul nascere" situazioni in cui possano proliferare pratiche corruttive, cfr. da ultimo CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 79 ss.; *amplius* ID., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, *passim*.

4. Sottolinea condivisibilmente PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 227 ss., come la riforma avrebbe dovuto essere sbilanciata sul versante preventivo e interno alle pubbliche amministrazioni, anziché concentrarsi soprattutto sui meccanismi repressivi.

5. Sulle dimensioni endemiche, autenticamente "sistemiche", del fenomeno corruttivo in Italia, v. per tutti le (purtroppo) sempre attuali pagine di DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, 270 ss. e *passim*. Sui limiti "ontologici" della (puntiforme, episodica) giustizia penale nella gestione del (pervasivo) macro-fenomeno corruttivo, già PADOVANI, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *RIDPP*, 1996, 448 ss.

6. Su limiti e possibilità dell'adozione di un modello punitivo (*Strafverfolgungsmodell*) per giustiziare i «crimini di Stato» (*untaten des Staates, systemic*

Tuttavia, come illustri studiosi hanno già rilevato⁷, sarebbe stato folle perdere l'occasione di ritoccare, nel contesto di ripermetroazione in chiave preventiva delle strategie di contrasto alle pratiche corruttive, il più dissuasivo e disincentivante (e, quindi, "preventivo") degli strumenti di cui dispone un ordinamento giuridico.

Gli obiettivi del legislatore sono dichiarati: lanciare un messaggio forte e chiaro di *zero tolerance* a tutti, anche a coloro che, da cittadini comuni, intrattengono rapporti coi pubblici funzionari; e adeguarsi agli obblighi assunti a livello sovranazionale, i quali, come di consueto, esigono un'amplificazione 'in verticale' e 'in orizzontale' del penale⁸.

Ed in effetti, il tridente escogitato dal legislatore per spargliare la *Kulturnorm* ottempera e, talvolta, supera gli *inputs* ultranazionali di lotta "a tutto campo": arretrando la soglia della punibilità (art. 346-*bis* c.p.), semplificando accertamenti e punizioni (art. 318 c.p.), e co-responsabilizzando le pseudo-vittime «ambientali» (art. 319-*quater* c.p.).

L'ansia da prestazione, però, gioca *sempre* pessimi scherzi (mi adeguo ai tuoi *desiderata* a costo d'ingolfare il mio sistema), e cela *talvolta* disegni personalistici (metto mano al sistema per adeguarmi e, dato che ci sono, faccio un paio di cortesie a un paio di persone).

Perciò, non ci dovremmo stupire più di tanto se anche il nostro prodotto, a un'attenta e disincantata analisi, non sfuggisse a queste tristi massime d'esperienza.

2

UNA FATTISPECIE-CLONE: LA PROMESSA D'INFLUENZE ILLECITE

Ci hanno chiesto di criminalizzare la "compravendita d'influenze" prodromica al patto illecito, come del resto si fa in quasi tutta Europa⁹, e noi l'abbiamo fatto¹⁰: la nuova figura, infatti, pare pensata per essere applicata proprio là dove l'accordo corruttivo *non* si perfezioni (prendo i soldi per "ungere il meccanismo", ma l'addetto all'Ufficio di mia conoscenza, irreprensibile, mi rimbalza)¹¹. Anzi, la fattispecie sembra pensata per colpire i casi in cui l'influenza promessa *non* venga esercitata (mi faccio pagare la mediazione o mi faccio consegnare "la mazzetta", ma poi scappo)¹², visto che, qualora l'intermediario interceda offrendo o promettendo qualcosa, saremmo già nell'istigazione *ex art. 322, co. 2, c.p.* o, comunque, nel tentativo di corruzione *ex art. 319-ter c.p.*¹³.

wrongdoing) nello straordinario contesto della cd. giustizia di transizione, sia consentito rinviare a VALENTINI, *Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al Derecho penal liberal*, in *NFP*, 77/2011, 161 ss.

7. Così DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 232 ss.

8. Sulla deriva punitivista, securitarista e vittimo-centrica che attraversa la legislazione e l'ermeneutica europee esiste una letteratura sterminata. In questa sede, mi limito a richiamare i contributi (talvolta profetici e) davvero imprescindibili di HASSEMER, «Corpus iuris»: *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, in *KritV*, 1999, 133 ss.; P.-A. ALBRECHT-BRAUM-FRANKENBERG-GÜNTHER-NAUCKE-SIMITIS, *11 Thesen zur Entwicklung rechtstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, in *JZ*, 2001, 279 ss.; e SILVA SÁNCHEZ, *Critica al los principios inspidadores del pretendido «derecho penal europeo»*, in GÓMEZ MARTÍN, MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (a cura di), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, 121 ss.

9. Cfr. per es. l'affresco comparato di SEMERARO, *Il delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, 135 ss.

10. Art. 346-*bis* c.p. - (*Traffico di influenze illecite*) - «1. Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-*ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. 3. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. 4. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziaria. 5. Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita».

11. Come confermerebbe la clausola di riserva con cui il *novum* esordisce ("Fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-*ter* c.p."). Qualora l'opera di mediazione vada a buon fine (il soggetto qualificato riceve l'utilità o ne accetta la promessa), insomma, scatterebbe il concorso *ex art. 110 c.p.* (del mediatore e del privato) nella corruzione propria o in atti giudiziari: cfr. la Relazione n. III/11/2012 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, ANDREAZZA-PISTORELLI (a cura di), in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, 13 s. La nuova fattispecie, insomma, sarebbe pensata proprio per i casi in cui il *pactum sceleris* non si perfezioni: o per il *dietrofront* del "mediatore", oppure per l'indisponibilità del p.u.

12. Così anche AMATO, *Arriva la sanzione per il traffico di influenze illecite*, in *GDir*, 48/2012 (Ins. 13), XXVIII ss.

13. Sulla configurabilità del tentativo di corruzione in atti giudiziari, nonostante la mancanza di una figura "parallela" analoga a quella *ex art. 322 c.p.*, v. per es. Cass., 6.2.2007, in *CED Cass.*, 236830. Ci pare peraltro che la preoccupazione di cui si fa carico l'Ufficio del Massimario (Relazione n. III/11/2012, cit., 14), secondo cui, a ritenere che il reato sia configurabile solo là dove la "mediazione" non venga effettivamente esercitata (resti "unicamente a livello di prospettiva"), resterebbero scoperti i casi in cui l'intermediario interceda effettivamente presso il funzionario, ma senza offrire/promettere alcunché (ossia: senza integrare almeno gli estremi dell'istigazione *ex art. 322 c.p.*), non abbia ragione d'essere: appunto perché, per la compiuta integrazione della novella fattispecie, è più che sufficiente che si perfezioni il preaccordo d'intercessione.

La nuova *trading in influence offence*, insomma, punisce il *preaccordo d'intercessione illecita "in sé"*, come dimostra il fatto che, agli effetti sanzionatori, è del tutto indifferente che il patto prodromico abbia ad oggetto una mediazione "senza portafoglio" (l'intermediario si propone di "avvicinare" il funzionario, senza però promettere o corrispondere alcunché), oppure un'intercessione "mazzetta in mano" (il mediatore promette di corrompere il pubblico agente).

E così, *in armonica progressione criminosa*, oggi copriamo tutti i passaggi attraverso cui si snoda la genesi del contratto illecito: dagli atti preliminari (346-*bis* c.p.) al perfezionamento (319, 319-*ter* c.p.), passando per le trattative (322, co. 2; 56, 319-*ter* c.p.).

Se poi il mediatore coglie nel segno, ovvio che concorrerà, assieme al suo finanziatore, nei *più gravi* reati di corruzione propria e in atti giudiziari, con conseguente assorbimento del novello *délit obstacle*¹⁴.

Lo stesso dovrebbe accadere là dove la suddetta progressione si arresti perché il funzionario rifiuta l'offerta/promessa: qui venditore e compratore di influenze, che concorrono nella condotta istigatrice o, comunque, nel tentativo di corruzione in atti giudiziari, dovrebbero andare esenti da responsabilità *ex art. 346-bis* c.p., considerato il rapporto teleologico-sequenziale che avvince i due fatti; in altre parole, ci pare ragionevole trattare l'accordo prodromico come *antefatto non punibile* del (successivo) tentativo di corruzione¹⁵, e ciò nonostante la clausola di riserva con cui la neonata figura esordisce *non* richiami l'art. 322 c.p., ma solo gli artt. 319 e 319-*ter* c.p.¹⁶.

Un discorso parzialmente diverso, a nostro avviso, va invece fatto con riguardo alla nuova figura di corruzione per l'esercizio della funzione (*infra* § 3) e, quindi, anche con riguardo alla "corrispondente" figura d'istigazione (art. 322, co. 1, c.p.).

Contrariamente a quanto insinua la relazione dell'Ufficio del Massimario, secondo cui la «mancanza di qualsiasi riferimento all'art. 318 c.p., previsto in una prima stesura della norma e poi soppresso durante il passaggio al Senato», unitamente alla «introduzione della specificazione che il denaro è dato o promesso al fine di mediare con o remunerare il pubblico ufficiale per un atto contrario ai doveri di ufficio, potrebbe[ro] indicare come possibile il concorso tra la nuova fattispecie e la corruzione per l'esercizio delle funzioni»¹⁷, a noi pare che l'enunciato *ex art. 346-bis* c.p. vada nella direzione esattamente opposta: da "capo" (la clausola di riserva richiama *solamente* gli artt. 319, 319-*ter* c.p.) a "coda" (il preaccordo punito è *solamente* quello finalizzato a ottenere un atto in violazione dei doveri d'ufficio), infatti, la disposizione incriminatrice ritaglia una norma-avamposto nitidamente agganciata *ai soli casi* di atti contrari ai doveri d'ufficio (una corruzione propria, un abuso *ex art. 323* c.p., un rifiuto *ex art. 328* c.p.)¹⁸, con conseguente *irrilevanza* non solo dei traffici finalizzati a compulsare l'esercizio conforme

14. Sempre ammesso che un *délit obstacle*, quale è appunto la figura *ex art. 346-bis* c.p., si presti a essere "assorbito" come "antefatto non punibile" sempre e comunque. Possiamo ad es. rammentare, a questo proposito, la tradizionale recalcitranza con cui la giurisprudenza afferma la "consunzione" della contravvenzione *ex art. 708* c.p. nel delitto di furto aggravato da violenza sulle cose, esigendo, per pervenire a un epilogo del genere, tutta una serie di stringenti requisiti funzionali e spazio-temporali (uso effettivo dello strumentario, assenza di un apprezzabile lasso spazio-temporale con l'azione furtiva, "modestia" quantitativa e qualitativa degli arnesi, *etc.*: cfr. ad es. Cass., 7.5.1998, in *CP*, 1999, 3446 ss.; Cass., 15.4.1998, *ivi*, 2168 ss.). Si pensi, ancora, alla tendenza ad affermare il concorso fra due reati (peraltro entrambi "ostativi") avvinati da una relazione di pregiudizialità logico-fattuale quali la detenzione e il porto abusivo di armi (artt. 697, 699 c.p.: Cass., 20.9.1989, Castello, in *CED Cass.*, 182229).

15. Secondo schemi già collaudati, sia pure con differenti argomentazioni, in punto di rapporti fra millantato credito *ex art. 346* c.p. e fattispecie *ex artt. 318, 319, 322* c.p.: cfr. per es., fra le moltissime, Cass., 11.2.1983, in *CP*, 1984, 1125; Cass., 24.1.1990, *ivi*, 1991, 1997; Cass., 2.4.1997, *ivi* 1998, 1639; in questo senso, anche MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, 178.

16. L'operazione inversa (trattare l'istigazione come *post-fatto* non punibile del traffico di influenze illecite), proposta da BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, n. 23 del 5.12.2012, 17 s., sconta il conflitto con quell'opinione giurisprudenziale che esige l'esistenza di una progressione a *minori ad maius*: così, a proposito del rapporto fra ricettazione e introduzione nel territorio dello Stato di prodotti con segni distintivi contraffatti, Cass., 5.2.2001, in *CP*, 2002, 1419. Nel nostro caso, invece, l'istigazione *ex art. 322*, co. 2, c.p. e il tentativo *ex artt. 56, 319-ter* c.p. sono puniti *più gravemente* del traffico *ex art. 346-bis* c.p.

17. Cfr. ancora la Relazione n. III/11/2012, cit., 14.

18. È la triade di fattispecie che implica un "atto" di ufficio: così PADOVANI, *Nel disegno di legge su corruzione e illegalità solo un inutile aumento delle pene detentive*, in *GDir*, 25/2010, 5 s.

a diritto di poteri e funzioni¹⁹, ma anche dei preaccordi aventi a oggetto un “generico” asservimento del pubblico agente (cfr. ancora § 3).

Nessun concorso, quindi, fra i delitti *ex artt.* 346-*bis*, 318 c.p., ma non perché il primo è “assorbito” dal secondo, bensì perché il primo non punisce i pre-patti funzionali alla realizzazione del secondo: è la stessa descrizione tipica *ex art.* 346-*bis* c.p., insomma, a dirci che l’istigazione *ex art.* 322, co. 1, c.p. *continua* a segnare il limite più arretrato della “responsabilità da corruzione impropria”.

Fin qui tutto liscio: la descrizione tipica, eccezionalmente solare e coerente, minimizza l’impegno esecutivo; e l’idea politico-criminale incarnata nella fattispecie, di per sé, è costituzionalmente sensata²⁰.

Di per sé, però, questo è il punto: i problemi che circondano l’incriminazione, infatti, emergono non appena cessiamo di guardarla come se fosse una monade isolata e la “confrontiamo” col sistema; e, in particolare, con la figura archetipica *ex art.* 346 c.p.

Quello dei rapporti col millantato credito, in effetti, resta un *nodo gigantesco*, che taluno, sulla scorta di un orientamento “maniacoalmente” ossequioso del dato letterale²¹, propone di risolvere sulla base della “effettiva esistenza” della *liaison* (parentale, amicale o di mera conoscenza?) fra mediatore e pubblico agente.

Questo il teorema: se quella relazione ci fosse davvero, allora il preaccordo ricadrebbe nel *novum*; le (pre-)vendite di *puro fumo*²², viceversa, continuerebbero ad integrare il modello *ex art.* 346 c.p.²³, che può prescindere dell’esistenza “*in rerum natura*” della relazione (e persino del pubblico funzionario “compiacente”)²⁴, e non colpisce il privato perché lo considera vittima di un tranello²⁵.

L’unico modo per restituire una qualche ragionevolezza all’innesto, dunque, sembra quello di attribuirgli il ruolo di “interpretare autenticamente” il delitto *ex art.* 346 c.p., circoscrivendone l’applicazione alle ipotesi di truffa *in re illicita*; e di colpire i privati che, lungi dall’essere vittime di un raggio, alimentano il circuito collusivo²⁶.

Se questa lettura è sostanzialmente condivisibile, lo è molto meno il teorema che l’ha ispirata.

In effetti, pure la figura *ex art.* 346-*bis* c.p. possiede nitide curvature truffaldine, se è vero, come a noi pare, che è stata pensata proprio per colpire i mediatori che intascano soldi prospettando un’intercessione in cui non si cimenteranno²⁷.

Anzi: chi si dichiara in grado d’influencare un pubblico agente perché lo conosce *realmente*, sarà assai più credibile e “facilitato”, nell’ingenerare la convinzione di potercela fare, di chi non può contare su quell’“elemento relazionale”.

19. Tutte ipotesi, insomma, in cui buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa *non* patiscono nessun rischio: così BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *questa Rivista*, 3-4, 2012, 5 ss.

20. Scrive ad es. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 9: «Conferire tipicità solo alle mediazioni strumentali alla realizzazione di fatti di corruzione propria e di corruzione in atti giudiziari [...] appare una scelta costituzionalmente corretta. Trattandosi di un anticipo di tutela rispetto alla realizzazione di accordi corruttivi, ed essendo i profili di offesa della corruzione impropria decisamente vaghi, un ulteriore arretramento della tipicità avrebbe accentuato oltremodo il conflitto col principio di offensività».

21. Ne è esempio emblematico Cass., 4.5.2006, in *CP*, 2007, 1605, con nota di MEZZETTI.

22. Secondo questa corrente di pensiero, il verbo “millantare” e la locuzione “con il pretesto” ci imporrebbero di ricondurre all’incriminazione *ex art.* 346 c.p. solo le ipotesi in cui l’agente menta sull’esistenza del “canale preferenziale”: in questo senso, sostanzialmente, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 239.

23. V. per es. la Relazione n. III/11/2012, cit., 12, 14; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 239 s., che pure non risparmiano (condivisibili) critiche in ordine alla scelta di affiancare, anziché sostituire, la figura *ex art.* 346 c.p. con una fattispecie “gemella”. In questo senso, del resto, anche il Guardasigilli SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *DPP*, 2013, 7 ss., 11, secondo cui il traffico *ex art.* 346-*bis* c.p. colpisce la fase prodromica al tentativo di corruzione, e si distingue dal millantato credito per l’esistenza della relazione mediatore-funzionario e per lo scopo del preaccordo (atto contrario ai doveri d’ufficio).

24. Cfr. *ex multis* Cass., 13.1.1981, in *GPen*, 1982, II, 226; Cass., 31.1.1984, in *RPen*, 1985, 90.

25. Cfr., fra le molte, Cass., 27.1.2000, in *CP*, 2001, 153.

26. Così BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 16 s.

27. Come già anticipato, infatti, se i mediatori illeciti onorano il patto senza tenere tutto il denaro per sé – l’ipotesi in cui si limitano ad “avvicinare” il pubblico agente senza offrire/promettere nulla è eufemisticamente residuale – stiamo già parlando della più grave fattispecie *ex art.* 322, co. 2, c.p.

Se chi s'intrattiene col millantatore è la vittima di un raggio (346 c.p.), insomma, tale potrà essere anche chi si lascia "circuire" dal trafficante di influenze (art. 346-bis c.p.). Esempi: se Mario è l'autista-segretario-faccendiere del Ministro delle Infrastrutture, ciò non significa necessariamente che sia in grado di orientarne le determinazioni o metterlo "a libro paga"; anche Mario, perciò, potrà millantare un credito in realtà inesistente. Lo stesso vale per Brigitta, che al liceo è stata la fidanzatina di Luca, oggi presidente di Corte d'Appello. A differenza di altri improvvisati venditori di fumo, però, Mario e Brigitta avranno gioco (più) facile nel convincere le loro vittime, perché l'attuale rapporto para-impiegatizio nel primo caso, e il pregresso *affaire post-adolescenziale* nel secondo, renderanno *più credibile* il raggiungimento dell'obiettivo promesso.

Al contempo, è pure vero che l'art. 346 c.p. si presta a colpire *anche* chi assicura intercessioni, corruzioni o asservimenti profittando di "relazioni esistenti": quella disposizione, infatti, esige che il mendacio o, comunque, l'esagerazione-magnificazione (la millanteria...) abbiano a oggetto la possibilità di influire sul pubblico agente (...riguardi il credito goduto), *non già, e non anche*, il legame che avvince quest'ultimo al mediatore.

L'estensione del millantato credito alle promesse d'influenza "corroborate" da rapporti esistenti²⁸, insomma, non è figlia di un ragionamento analogico: si tratta di una dilatazione *consentita* dalla legalità penale, se non addirittura *imposta* da obblighi ermeneutici di rango (*sub*-)costituzionale²⁹.

Se (il mendacio su) l'esistenza/inesistenza della relazione intermediario-funzionario fosse davvero il solo elemento discriminante, dunque, il traffico *ex art. 346-bis c.p. si sovrapporrebbe* alla millanteria *ex art. 346 c.p., divorando* buona parte del suo ambito applicativo (v. § 2.1.); perciò, se il legislatore avesse davvero voluto accogliere il messaggio punitivista di fonte sovranazionale³⁰, avrebbe potuto limitarsi a interpolare la fattispecie di millantato credito, aggiungendo la punizione del finanziatore-vittima: raggirato, certo, *ma comunque disposto* a sborsare denaro per influire indebitamente sulla gestione della cosa pubblica.

Non è tutto. L'incriminazione-fotocopia, da figura simbolica e sostanzialmente inutile, rischia di degenerare in strumento controproducente.

La "coda" del tipo *ex art. 346-bis c.p.*, l'abbiamo visto poc'anzi, parla molto chiaro: il traffico d'influenze punibile dev'essere finalizzato a ottenere uno *specifico* atto *contrario* ai doveri d'ufficio (o l'omissione o il ritardo di un atto d'ufficio); il preaccordo finalizzato ad asservire il pubblico agente (sono le compravendite funzionali *ieri* ricondotte all'art. 319 c.p., e *oggi* inglobate nel nuovo art. 318 c.p.), oppure a "retribuirlo" per l'esercizio legittimo/regolare dei poteri funzionali (sono i fatti di corruzione impropria, anch'essi tutto sommato riconducibili al nuovo 318 c.p.), *non rientra* nel raggio applicativo della fattispecie³¹.

Rientra però in quello dell'art. 346 c.p., posto che, per integrare l'ipotesi *ex comma 2*, è più che sufficiente che l'intermediario prometta "genericamente" la corruzione

28. Spesso e volentieri praticata in giurisprudenza: cfr. per es. la Relazione n. III/11/2012, cit., 12.

29. Alludiamo, come è intuibile, all'obbligo d'interpretazione conforme alla disciplina sovranazionale *ex art. (11 e) 117 Cost.* I patti internazionali (la Convenzione di Merida, ma anche quella targata Consiglio d'Europa), infatti, prescrivono l'obbligo di criminalizzare la compravendita d'influenze senza distinguere fra influenza "reale" (o realmente esercitabile) o "supposta" (o falsamente rappresentata). Orbene, posto che *millantare* significa *ingrandire/esagerare*, siamo davvero sicuri che l'enunciato *ex art. 346 c.p.* non si presti a colpire pure i casi di magnificazione *farlocca* di rapporti *realmente* esistenti? Se amplifichiamo un credito *in verità* modesto – o ne vantiamo uno *in realtà* inesistente – presso un funzionario che *conosciamo realmente*, oppure ci facciamo consegnare denaro *fingendo* ("col pretesto") di doverlo remunerare, davvero commettiamo, oggi come ieri, fatti *analoghi* a quelli descritti nella disposizione *ex art. 346 c.p.*?

30. DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, 238 ss., 240, i quali, dopo aver rilevato a più riprese il *gap* di tutela che affligge il millantato credito (non punibilità del privato, in conflitto con gli obblighi internazionali sul punto), affermano: «il messaggio che il codice penale dovrebbe, allora, convogliare ai consociati ci parrebbe semplicemente il seguente: *non si deve ricevere, né dare o promettere ad alcuno denaro o altra utilità, allo scopo di influire indebitamente sull'attività dei pubblici funzionari*» (corsivi originali).

31. Cfr. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 173 ss.; e AMATO, *Arriva la sanzione*, cit., XXX.

(“remunerare”) o l’asservimento (“comprare il favore”) del soggetto qualificato³², e ciò quand’anche lo conosca davvero.

Ebbene: visto che la neonata figura isola una *species* delle pratiche corruttive “genericamente” considerate dal millantato credito, dovremmo prendere atto che *non solo* la promessa di asservire il pubblico agente, *ma anche* quella di corromperlo “impropriamente” vanno punite *più gravemente* (da due a sei anni: 346, co. 2) dei traffici d’influenza prodromici ai patti *ex artt.* 319, 319-ter c.p. (da uno a tre anni: 346-bis).

Se le cose stessero davvero così, insomma, il risultato sarebbe questo:

a) avremmo *abbassato moltissimo* la punizione per il venditore di speranze che intasca denaro promettendo la futuribile stipulazione dei *più gravi* patti corruttivi, per di più nei casi in cui il rischio di distorsione della pubblica funzione è (un pochino) *più realistico*³³; al contempo, il finanziatore dell’intermediario si trasformerebbe da vittima a correo (patendo la stessa pena: art. 346-bis c.p.).

b) Se però il compratore d’influenze non agisse con l’intento di ottenere un “atto contrario ai doveri d’ufficio”, ma con lo scopo di “corrompere impropriamente” un pubblico agente o, peggio, di asservirlo, allora ridiventerebbe d’incanto una vittima (e il messaggio “nessuno implementi la *Kulturnorm*”?), mentre il trafficante, quand’anche *non* disponesse di un canale preferenziale (di una “relazione esistente”) e, di conseguenza, *non* fosse “attualmente” in grado di “contattare” il pubblico agente³⁴, verrebbe colpito con una pena draconiana (art. 346, co. 2, c.p.).

Ora, di fronte a uno scenario così (“estrinsecamente”, prima ancora che “intrinsecamente”) irragionevole³⁵, ci vorrebbe proprio un bell’intervento della Consulta³⁶.

Nel frattempo, però, come disinnescare questa mina vagante?

Delle due l’una: o consideriamo l’incriminazione un “contentino simbolico” ai *desiderata* sovranazionali e le gettiamo nel dimenticatoio³⁷; oppure ne tentiamo coraggiose (*rectius* spericolate) riletture capaci di calarla nel sistema “minimizzando i danni”.

Potremmo per es. spezzare in due l’enunciato³⁸, fingendo che si tratti di una disposizione a più norme (e non, come invece è, di una norma a più fattispecie) e super-valorizzando le clausole d’illiceità speciale *ivi* contenute (“indebitamente” e “illecita”)³⁹; così facendo, riusciremmo a emancipare la “mediazione prezzolata” (quando il denaro serve per pagare l’intermediario, non già il pubblico agente) dallo scopo di ottenere l’emanazione di uno *specifico* atto *contrario* ai doveri d’ufficio.

32. Cfr. fra le altre Cass., 31.5.1985, in *GPen*, 1986, II, 220; Cass., 22.5.1990, in *CP*, 1992, 648; Cass., 19.3.2003, *ivi*, 2004, 872.

33. Cfr. DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 240 s., i quali rilevano come la “effettiva esistenza” della relazione fra intermediario e pubblico agente rende reale il rischio che quest’ultimo venga contattato e corrotto.

34. Quando la *liaison* è solo millantata (ma non reale), in effetti, la condotta si limita ad offendere il prestigio della PA, in quanto veicola un’immagine, un’idea di “arrendevole venalità” dei pubblici funzionari: così DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 239 ss.

35. Parla al proposito di *palese violazione* del principio di uguaglianza, perché una pena più grave è stabilita per un fatto connotato da un minor disvalore penale, anche RONCO, *Note per l’audizione avanti alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, in *www.senato.it*, 8 s. Diversa l’opinione di PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *CP*, 2012, suppl. al n. 11, 12 s., il quale ritiene tutto sommato ragionevole il diverso trattamento sanzionatorio, tutelando gli artt. 346, 346-bis c.p. differenti beni giuridici: il patrimonio l’uno, e la pubblica amministrazione l’altro.

36. Sulla falsariga di quanto avevamo proposto con riguardo allo (spericolato) innesto dell’art. 316-ter c.p. nel (già efficiente) sotto-sistema di tutela penale delle “casse” unioniste: cfr. VALENTINI, *L’effetto boomerang dell’art. 316-ter c.p. fra principi costituzionali e «obblighi» comunitari*, in *CP*, 2005, 66 ss., 80 ss.; Id., *Le Sezioni unite consacrono la primazia dell’art. 316-ter c.p.: un epilogo consapevole?*, in *CP*, 2007, 4526 ss., spec. 4541 s., a cui ci permettiamo di rinviare. In effetti, *guardando alla posizione del mediatore*, 1) anche l’art. 346-bis c.p. contiene una “norma penale di favore”, sottraendo una classe di fatti (i preaccordi funzionali a ottenere un atto contrario ai doveri d’ufficio) al *compresente* delitto *ex art.* 346 c.p., e sottoponendoli a un trattamento più mite; e 2) anche la neonata figura confligge con l’art. 3 Cost., proprio perché appresta un trattamento irragionevolmente più mite per situazioni che possono presentare non solo analogo, ma *maggior* disvalore rispetto a quelle contemplate nella fattispecie *tertium comparationis* (l’art. 346 c.p., appunto, che non esige l’attuale presenza della “relazione” fra venditore di speranze e pubblico agente). Il nuovo delitto, insomma, pare possedere un minimo di razionalità solo con riguardo alla posizione del “compratore d’influenze”, che viene coinvolto nell’addebito (solo) quando intende compulsare la trasgressione dei doveri funzionali; tuttavia, verrebbe da chiedersi per quale oscura ragione la figura non abbracci contegni connotati da un disvalore sostanzialmente omologo (ad es. il patto finalizzato a mettere “a libro paga” un pubblico agente). Ma qui, all’evidenza, stiamo già discorrendo di ragionevolezza “intrinseca”.

37. Come del resto è accaduto all’art. 316-ter c.p., il quale ha finito, nella prassi, per essere letteralmente schiacciato dalla figura-madre *ex art.* 640-bis c.p.: sul punto, sia consentito rinviare ancora a VALENTINI, *Le Sezioni unite consacrono la primazia dell’art. 316-ter c.p.*, cit., 4541, nt. 68.

38. Un simile approccio traluce per es. dal commento di BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 9, e dalle chiose di BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 18 s.

39. Le quali, assai opportunamente, escludono dal *range* della norma le attività di rappresentanza e mediazione esercitate in forma professionale presso la P.A.: sul punto, v. per es. la Relazione n. III/11/2012, cit., 14 s.

Allora sì, che potremmo dire di essere di fronte a due precetti distinti e autonomi⁴⁰: qualora il denaro servisse per remunerare il pubblico funzionario, sarebbe essenziale il proposito di fargli compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio; viceversa, qualora il denaro se lo intascasse tutto quanto il venditore d'influenza, sarebbe sufficiente che il preaccordo abbia ad oggetto un *qualsiasi* illecito, ben potendo la mediazione dirsi "illecita" sia quando è tale ai sensi della disciplina extrapenale (illiceità del mezzo)⁴¹, sia quando è finalizzata a realizzare *un* illecito (illiceità "generica" del fine)⁴².

Così ragionando, insomma, anche il preaccordo finalizzato ad asservire il pubblico agente, oppure a remunerarlo per aver fatto il suo dovere, diverrebbe rilevante *ex art. 346-bis c.p.* Peccato, però, che questo gioco di prestigio, *oltre a forzare il dato testuale*, non sposti di un millimetro il "problema di ragionevolezza" dovuto alla compresenza del millantato credito *ex art. 346 c.p.*, che, a questo punto, saremmo costretti a distinguere dal traffico d'influenze illecite sulla sola base dell'esistenza/inesistenza della "relazione": col risultato di punire *molto di più* il mediatore farlocco (che si limita a diffondere un'idea di venalità dei pubblici funzionari, offendendo il buon nome della PA) rispetto al mediatore "con contatto reale" (che *già ora* è nella condizione di avvicinare il pubblico agente e, quindi, di mettere a rischio il bene-finale imparzialità)⁴³.

Non solo.

Una simile "manipolazione", amplificando l'ambito applicativo del traffico *ex art. 346-bis c.p.*, è vero che omologa fatti connotati da un medesimo "livello di pericolo" (di contaminazione privatistica, se non sempre di distorsione, dell'azione amministrativa), ma è anche vero che *approfondisce* l'incoerenza insita nel punire le *vittime di un raggirato*.

Come dicevamo poco sopra, infatti, quando il trafficante conosce il pubblico agente, ma non ha in realtà il "potere" di orientarne le determinazioni (il credito sbandierato non esiste, oppure è troppo modesto per raggiungere l'obiettivo), *inganna* il compratore attraverso una *falsa rappresentazione della realtà*; quest'ultimo, insomma, si determina alla dazione patrimoniale perché convinto della bontà di quanto insinua il faccendiere.

Ma se non puniamo chi *cade nel tranello* teso dal millantatore (che vende puro fumo), perché mai dovremmo punire chi è stato *raggirato* dal trafficante (che vanta "credibile" un credito inesistente o, comunque, "insufficiente allo scopo")?

Per quale ragione, insomma, in un caso c'è correttezza necessaria (346-bis c.p.), e nell'altro un reato necessariamente plurisoggettivo "improprio" (346 c.p.)?

In entrambi gli scenari, infatti, c'è la vittima di un inganno disposta ad aderire al programma illecito⁴⁴; e in entrambi i casi c'è solo un'offesa al prestigio della pubblica amministrazione⁴⁵. Perciò, se il mero disvalore d'intenzione⁴⁶ *non basta* a corrispondere il compratore di fumo, *lo stesso deve valere* per il compratore di influenze.

40. Sulla falsariga dello schema madre *ex art. 346 c.p.* La giurisprudenza, infatti, considera l'ipotesi *ex art. 346, co. 2, c.p.* una figura autonoma di reato, non già una semplice circostanza aggravante del fatto di cui al comma 1: fra le moltissime, v. Cass., 18.9.1992, in *CP*, 1994, 308; Cass., 1.7.2002, *ivi*, 2004, 3636; Cass., VI, 20.2.2006, in *CED Cass.*, 234719.

41. Cosa, peraltro, assai difficile se non impossibile da sapere "in anticipo" (prima che ce lo dica un giudice in una sentenza) nei casi di società-attività di *lobbying* e di "gruppi di pressione", visto che da noi manca una disciplina *ad hoc* che stabilisca il confine fra lecito e illecito: critici sulla scelta d'introdurre l'*art. 346-bis c.p.* senza al contempo regolamentare le attività lobbistiche MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 188 ss.; e RONCO, *Note per l'audizione*, cit., 6 ss.

42. Così anche PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *GDir*, 48/2012 (Ins. 13), IX ss., XII, secondo cui la mediazione "illecita" *ex art. 346-bis c.p.* potrà avere a oggetto un abuso d'ufficio, un illecito amministrativo e persino una semplice ("più blanda") irregolarità.

43. Esprime qualche perplessità sul punto anche PRETE, *Prime riflessioni sul traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2012, 4.

44. Che magari ha pure ideato autonomamente. In punto di millantato credito, infatti, è pacifico che il reato si configura quand'anche sia la vittima a prendere l'iniziativa: v. per es. Cass., 18.9.1992, in *CP*, 1994, 308; Cass., VI, 22.2.2005, in *CED Cass.*, 231042.

45. Non certo un pericolo di lesione, per lo meno "attuale", del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa: in questo senso, anche GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2013, 18. Diversa, invece, la "interpretazione autentica" di SEVERINO, *La nuova Legge*, cit., 10 s., secondo cui il "pericolo di contatto" col pubblico agente, connaturale all'esistenza della relazione, già significa pericolo per il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

46. Che non s'identifica e, comunque, *non esaurisce* il disvalore d'azione: molto chiaro, sul punto, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, 32 s.

Del resto, con riguardo alla “rimodulazione” della concussione per induzione, nessuno dubita che l’estensione della punibilità al privato “indotto” abbia determinato l’*espunzione secca* della sottofattispecie di concussione per induzione-frode, essendo “contro natura” punire la vittima di un inganno (*infra* §§ 4 e 4.1.).

Poco importa che là ci sia un rapporto “impari”, un “abuso prevaricante” che qua manca; poco importa, insomma, che là ci sia una frode “rinforzata” dalla “autorevolezza” della qualifica pubblicistica, mentre qua una concertazione paritaria: nell’uno come nell’altro caso, c’è comunque un datore/promittente che si determina in base a una falsa rappresentazione della realtà. Né basterebbe, per giustificare la punizione di un’*autentica* vittima, far leva sul più realistico “pericolo di contaminazione” insito nel millantare un credito *inesistente/insufficiente* sbandierando relazioni *esistenti*: queste ultime, infatti, servono per corroborare la *mise en scène*, per rendere (più) credibile una promessa che “attualmente” non si è in grado di mantenere. Non ci pare passi una grossa differenza, insomma, tra quest’ipotesi e la vendita di puro fumo: in entrambi i casi il venditore di speranze è *sprovvisto* del “potere di influire” sul pubblico agente e, quindi, *non espone* a significativo pericolo i beni tutelati.

Breve: la tesi che distingue traffico e millanteria sulla sola base dell’esistenza/inesistenza della “relazione di conoscenza” non aggira il problema sanzionatorio; e co-responsabilizza a tappeto i compratori d’influenze, quand’anche siano *autentiche* vittime di *autentici* raggiri.

Ora, mentre alla razionalizzazione della dosimetria sanzionatoria può provvedere solamente il legislatore, l’impunità dei finanziatori-vittime è forse un obiettivo alla portata dell’interprete.

Come raggiungerlo?

Escogitando un modo per scongiurare l’interferenza/sovrapposizione fra le due figure, per attribuire alle stesse un diverso e autonomo ambito applicativo, per rendere *davvero nuova* l’incriminazione *ex art. 346-bis c.p.*

O meglio, per renderla quello che è: un *inedito* reato che punisce il finanziatore perché lo considera un *correo* necessario; e tale potrà essere solo se, e solo quando, *non* sia stato indotto in errore circa i “poteri d’influenza” del mediatore.

Così ragionando, per realizzare *compiutamente* il fatto *ex art. 346-bis c.p.* (e ritenere insussistente quello *ex art. 346 c.p.*) non basterebbe più che il mediatore conosca *realmente* il funzionario. Ci vorrebbe pure che il primo sia *realisticamente* in grado di far compiere al secondo un atto contrario ai doveri di ufficio.

In effetti, quando la relazione è effettivamente esistente (quando il pubblico agente è non solo “contattabile”...), e il credito non è millantato (...ma anche “influenzabile”), ciò che si rappresenta il (o viene rappresentato al) compratore è *la pura realtà*; ed è una realtà che innesca un pericolo di distorsione della pubblica funzione (stavolta sì) piuttosto significativo.

In tali ipotesi, quindi, il finanziatore *non* viene raggirato dal promittente, *non* agisce in base a una falsa/erronea rappresentazione della realtà, *non* è la vittima di una “millanteria”: lo “ascendente” esiste, ed è anche sufficientemente “forte” da consentire il raggiungimento dell’obiettivo promesso.

Viceversa, quando il venditore di speranze non conosce il funzionario (la relazione non esiste), oppure lo conosce ma non è in grado di influenzarlo (l’ascendente è “millantato” perché il trafficante non gode di nessun credito, oppure gode di un credito insufficiente/inidoneo a “governare” il pubblico agente), si potrà (continuare a) applicare l’art. 346 c.p.

Certo, è innegabile che il traffico *ex art. 346-bis c.p.*, così re-interpretato, diventi un reato “processualmente” difficile, posto che la prova del potere di influenza non si

esaurisce nella prova della effettiva esistenza della *liaison*⁴⁷: ci vuole un “*quid pluris*”.

Tuttavia, difficile non significa impossibile: la presenza di quel “di più”, infatti, potrà essere indiziariamente ricavata dalla *tipologia* della relazione (altro è una parentela stretta, una relazione sentimentale “in essere” o un’amicizia di vecchia data, ben altro un rapporto impiegatizio, di lavoro subordinato o di mera conoscenza), dalla frequenza dei “contatti” col funzionario (quotidiani, sporadici o solo occasionali), dal *curriculum* e dalla condotta professionale di quest’ultimo (non tutti i pubblici agenti sono irreprensibili e incensurati), e via discorrendo.

È pur vero, certo, che una simile rivisitazione non depura *completamente* la fattispecie di ogni “sapore truffaldino”, ben potendo il trafficante agire con la (preordinata) volontà di *non* esercitare il credito di cui effettivamente gode, secondo lo schema “prendo i soldi e scappo”.

Tuttavia, quello qui proposto è forse l’unico percorso ermeneutico che, senza condannare la figura alla desuetudine⁴⁸, riesce a dotarla di una “onorevole” portata offensiva ed a scongiurare la punizione di *pure* vittime.

2.1

(SEGUE) IMPLICAZIONI INTERTEMPORALI

La soluzione della questione intertemporale, naturalmente, dipende da come preferiamo intendere la neonata incriminazione.

Se la intendessimo come un *nuovo* reato a concorso necessario che *non interferisce* con quello *ex art. 346 c.p.*, perché non si appaga dell’esistenza della relazione (ma esige anche l’esistenza del potere d’influenza), il solo principio-regola che entrerebbe in gioco, per entrambi i correi, sarebbe quello di irretroattività sfavorevole.

L’innesto, perciò, non influirebbe sul passato giudicando (e giudicato).

Se viceversa, esclusa la praticabilità di una frattura *contra legem* dell’enunciato, calcassimo il teorema che identifica nell’esistenza della relazione e nella finalità del preaccordo i (soli) tratti che distinguono il traffico *ex art. 346-bis c.p.* dalla millanteria *ex art. 346 c.p.*, il *puzzle* diacronico sarebbe assai più complesso.

In questa seconda eventualità, infatti, dovremmo prendere atto che la norma evincibile dalla nuova disposizione c’era già, in quanto, come già detto, chi prendeva soldi promettendo generiche “interferenze illecite” (una condotta scorretta o abusiva, una corruzione propria o impropria, un asservimento funzionale, *etc.*) *era già colpito* dall’art. 346 c.p.

Le *compresenti* figure-clone, insomma, sarebbero in rapporto di *specialità*: la neonata avrebbe sottratto alla vecchia un sottogruppo di condotte (le promesse d’intercessione che si appoggiano sulla “magnificazione” di relazioni esistenti e che sono finalizzate a ottenere un atto contrario ai doveri d’ufficio), sottoponendole a un trattamento più mite⁴⁹.

Si tratterebbe dunque di un *easy case* di successione per riformulazione-innesto: gli intermediari “con contatto reale” che intascano o ricevono denaro per compulsare l’emanazione di un atto difforme dai doveri funzionali (corruzione propria o in atti giudiziari, abuso d’ufficio, rifiuto *ex art. 328 c.p.*), prima punibili *ex art. 346 c.p.* (ieri incantatori...), continuerebbero a dover essere puniti a norma dell’art. 346-*bis* c.p. (...oggi sono trafficanti d’influenze).

47. Che dovrebbe comunque gravare sull’accusa: così, condivisibilmente, la Relazione n. III/11/2012, cit., 14.

48. Cosa che accadrebbe, per es., là dove si accogliesse la lettura super-garantista di PADOVANI, *La messa “a libro paga” del pubblico ufficiale*, cit., XII, il quale scrive: «nell’art. 346-*bis* del Cp si tratta [...] di “relazioni esistenti” che vengono effettivamente messe a frutto. Nel millantato credito, quindi, l’attività oggetto del corrispettivo è destinata a non realizzarsi, proprio perché si tratta di una rappresentazione ingannevole; nel traffico di influenze illecite l’esito è, al contrario, del tutto *corrispondente alle finalità di entrambi gli agenti*; destinato, quindi, almeno in linea di principio, a *tradursi in realtà*: la mediazione *dovrà esercitarsi*, la remunerazione del pubblico ufficiale *dovrà effettuarsi* [...] Peraltro, in un’ipotesi siffatta manca davvero poco per integrare una istigazione alla corruzione in concorso: il nesso con il pubblico ufficiale che, in tale contesto, è presumibile faccia difetto (o non sia suscettibile di accertamento) per puro accidente» (i corsivi sono aggiunti). Così inteso, insomma, il fatto *ex art. 346-bis c.p.* sarebbe sostanzialmente un tentativo del tentativo di corruzione: per realizzare il tipo, non basterebbe l’esistenza della relazione e del “potere di influire”, ci vorrebbe pure che la *reale* intenzione dei concorrenti “si estrinsecasse” in atti “diretti” a realizzare il programma illecito; si estrinsecasse, cioè, in qualcosa di vicinissimo a, quasi coincidente con, l’istigazione *ex art. 322, co. 2, c.p.* La nostra idea, invece, è che l’illecito *non esiga* che l’intermediario abbia effettivamente avviato la mediazione o “tentato di avvicinare” il funzionario con intenti corruttivi; simili sviluppi ci possono essere, certo, ma *non sono necessari* per la (già) compiuta integrazione dell’illecito.

49. Così DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 242.

Al contempo, i venditori di speranze che fingono di conoscere un pubblico amministratore, e che, giurando di poterlo ammorbidire, asservire o corrompere *anche* “propriamente”, si fanno dare/promettere denaro, erano e resteranno punibili a norma della fattispecie generale *ex art.* 346 c.p.

Domanda: e i trafficanti d’influenze che *non* promettono un atto contrario ai doveri d’ufficio (bensì un asservimento, una corruzione impropria, una “scorrettezza”, *etc.*), *ma che conoscono davvero*, magari benissimo, il pubblico agente interessato?

Ebbene, a voler ritenere che l’innesto abbia davvero circoscritto la millanteria *ex art.* 346 c.p. ai casi di relazioni *inesistenti*⁵⁰, saremmo costretti a concludere che, in ipotesi del genere, non c’è né un millantatore (perché la *liaison* esiste), né un trafficante (perché non si promette un atto contrario ai doveri d’ufficio), bensì, *al più*, un semplice truffatore *ex art.* 640 c.p.

Al più, però, perché, stando alla giurisprudenza, per realizzare la truffa non basta la vanteria, ma ci vuole un *quid pluris*, ci vogliono *ulteriori* artifici e raggiri⁵¹. Perciò, se davvero l’innesto avesse “relegato” la figura *ex art.* 346 c.p. all’ipotesi di puro fumo, non sarebbe così peregrino sostenere che il fatto di chi conosce davvero il pubblico agente e *si limita* a vantare il potere di “inquinare” l’attività funzionale *non costituisce più reato*: né per il futuro, ma neppure per il passato (art. 2, co. 2, c.p.)⁵².

Breve: una classe di condotte, peraltro connotate da un “più realistico” pericolo di distorsione della funzione pubblica, si sarebbe inspiegabilmente persa per strada.

Per evitare un simile paradosso, perciò, non ci resterebbe che rivedere *ora (anche per allora)* la millanteria *ex art.* 346 c.p., considerandola, con la stragrande maggioranza della giurisprudenza, una figura (generale, più generica) che s’è sempre accontentata di uno scambio danaro-promessa d’influenza, essendo invece *irrelevante* che l’intermediario conosca o meno l’agente pubblico, e *quale che sia* il proposito “illecito” che si prefiggono i pre-pattisti.

In conclusione.

L’innesto normativo innesca regole intertemporali logicamente e assiologicamente opposte: da un lato co-responsabilizza *ex novo* chi cede alle lusinghe del faccendiere (art. 2, co. 1, c.p.), e dall’altro mitiga la pena per il medesimo faccendiere che promette un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 2, co. 4, c.p.).

C’è chiaramente qualcosa che non torna.

3

UNA FATTISPECIE- ASPIRAPOLVERE: LA DAZIONE INDEBITA

Ci hanno “suggerito”, sempre dall’Europa⁵³, di occuparci anche della corruzione impropria susseguente attiva⁵⁴, e noi abbiamo fatto di più⁵⁵: abbiamo introdotto una macro-fattispecie *generale* capace di ospitare *tutte* le singole *species* di patto corruttivo⁵⁶, la quale ruota attorno al *generico* riferimento allo «esercizio di poteri e funzioni» (art.

50. In questo senso, da ultimo, PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 13 s. Affidano alla fattispecie *ex art.* 346-*bis* c.p. (anche) la missione di ricomporre la frattura fra diritto vivente e principio di legalità, limitando la millanteria *ex art.* 346 c.p. alle sole ipotesi di *mendacio* circa la (attuale) capacità dell’intermediario di contattare/influire sul pubblico agente, anche DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 239.

51. V. per es., fra le molte, Cass., 10.5.1994, in *CP*, 1996, 1164; Cass., 17.11.2003, *ivi*, 2005, 2987; Cass., VI, 24.2.2004, in *CED Cass.*, 229547; Cass., VI, 23.4.2008, *ivi*, 241246.

52. D’altronde, sempre per escludere la truffa *ex art.* 640 c.p., si potrebbe pure aggiungere che, quando la relazione esiste davvero, il finanziatore si determina alla dazione/promessa in base a una *esatta* rappresentazione della realtà.

53. Sempre dall’Europa: v. l’ordinato e istruttivo affresco delle fonti internazionali in materia di corruzione, e dei *reports* delle organizzazioni sovranazionali concernenti la legislazione anti-corruzione italiana, di MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012, 13 s.

54. Gli “obblighi” internazionali, infatti, si riferiscono alla sola corruzione (indistintamente propria o impropria) antecedente: così, correttamente, BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 7.

55. Art. 318 c.p. - (*Corruzione per l’esercizio della funzione*) - «Il pubblico ufficiale che, per l’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

56. Dell’opinione secondo cui fra la figura di corruzione per l’esercizio della funzione (l’attuale art. 318 c.p.), da un lato, e le corruzioni *ex artt.* 319, 319-*ter* c.p. (ma anche, aggiungiamo noi, la previgente corruzione impropria *ex art.* 318 c.p.), dall’altro, intercorra un rapporto di genere a specie, PADOVANI, *La messa “a libro paga”*, cit., X; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 235.

318 c.p.)⁵⁷; che poi il novello illecito non si applichi alle figure “specializzate” ex artt. 319, 319-ter c.p., è circostanza dovuta alla loro (perdurante) compresenza.

Le più gravi ipotesi di corruzione (propria e in atti giudiziari), quindi, continuano a esistere e ad esigere l’identificazione di uno *specifico* atto⁵⁸; il nuovo illecito ex art. 318 c.p., invece, *ne fa serenamente a meno*⁵⁹.

Non solo, però.

Dato che c’eravamo, e che ci chiedevano una rivoluzione normo-culturale, *abbiamo pure fatto (finta di fare) a meno* della logica mercantile connaturale ai patti corruttivi⁶⁰: l’eliminazione di ogni riferimento al “carattere retributivo” della dazione/promessa⁶¹, una volta abbinata all’estrema indeterminatezza del tipo, parrebbe infatti attrarre nell’incriminazione *anche* il fatto del privato che regala al pubblico funzionario un bell’accendino per ringraziarlo della sua puntualità⁶².

Per la verità, esistono un paio di spunti di carattere storico-sistematico e testuale per espungere dal *range* dell’incriminazione la trasgressione del dovere di non-venalità e la “dazione servile”, ossia per (continuare a) considerare penalmente irrilevanti le “indebite” dazioni, *munuscula* inclusi, semplicemente *correlate* alla qualifica⁶³. Anzitutto, a differenza della figura-contenitore ideata a Cernobbio (*infra* § 4), l’attuale art. 318 c.p. esige che la dazione o la promessa avvengano *per* l’esercizio di funzioni e poteri, non solo (e non anche) *in relazione* a quell’esercizio, alla qualità o alla “attività” del funzionario. In secondo luogo, la stessa legge di riforma, nel prevedere l’emanazione di un codice di comportamento dei dipendenti delle p.a., stabilisce che esso dovrà contenere una previsione che *consente* (rende atipica o, comunque, scrimina) l’accettazione di regalie d’uso di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia (art. 1, co. 44, l. 190/2012)⁶⁴. Insomma: il genitore che, entusiasta della pagella del bravissimo figlio, dona una bottiglia di buon vino a ciascuno dei suoi insegnanti, così come l’avvocato che, per “ringraziare” il cancelliere della costante cortesia dimostrata durante l’orario di ricevimento, dona al funzionario un *cabaret* di pasticcini, possono stare (relativamente) tranquilli.

Nessun dubbio, invece, che quest’inedita figura avochi a sé la fattispecie (neanche troppo cripto-) analogica di “corruzione per asservimento”⁶⁵, escogitata e praticata già da molto tempo, ma collocata dentro alla più grave norma ex art. 319 c.p.

A essere precisi, anzi, il nuovo art. 318 c.p. riaccuffa *tutte* le fattispecie giurisprudenziali di “matrice clientelare” (impropriamente) ricondotte al paradigma della corruzione propria, *non solo* i casi di vera e propria iscrizione a libro paga del pubblico agente⁶⁶.

57. Sulla genericità/indeterminatezza della fattispecie-contenitore ex art. 318 c.p., v. la serrata critica di RONCO, *Note per l’audizione*, cit., 4 s.

58. Pur (assai) latamente inteso: di questa tendenza interpretativa dà atto la stessa Relazione n. III/11/2012, cit., 3 s.

59. Potendo ricevere applicazione, dunque, tutte le volte in cui non si riesca a identificare/accertare lo specifico atto compravenduto. È dunque vero che il nuovo illecito è destinato a svolgere una *funzione* sussidiaria rispetto alle figure *strutturalmente* speciali ex art. 319 c.p.: v. ancora PADOVANI, *La messa “a libro paga”*, cit., X. Sull’importante semplificazione probatoria assicurata dalla nuova incriminazione, rispetto al “vecchio” art. 318 c.p., v. anche PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni*, cit., 228; sulla (accresciuta) difficoltà di identificare un singolo e ben individuato atto “compravenduto”, specie a causa della (accresciuta) complessità dei procedimenti amministrativi, e sulla conseguente opportunità d’introdurre un’incriminazione del genere, già DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 278, 294 ss.

60. In argomento, v. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *DPP*, 2012, 1235 ss.

61. L’art. 318 c.p. prec. form., infatti, parlava di “retribuzione” in denaro o altra utilità.

62. Cfr. per es. la Relazione n. III/11/2012, 5; CINGARI, *La corruzione pubblica*, cit., 90.

63. Paventa un epilogo del genere anche SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 1237.

64. Lo rileva PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 8.

65. Così per es. PADOVANI, *La messa “a libro paga”*, cit., XII; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 236; PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni*, cit., 228; CINGARI, *La corruzione pubblica*, cit., 89 s. Possiamo dunque affermare di essere di fronte ad uno di quei casi di “genesi giurisprudenziale” della fattispecie efficacemente descritti da CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, 94 ss.

66. *Contra*, isolatamente, AMATO, *Corruzione: si punisce il mercimonio della funzione*, in *GDir*, 48/2012 (Ins. 13), XXI ss., il quale, ritenendo inaccettabile che la compravendita funzionale ricada nel meno grave reato ex art. 318 c.p., propone una soluzione “intermedia”: lasciare dentro la norma ex art. 319 c.p., oltre ai casi di “atto specifico e individuato”, l’ipotesi in cui l’accordo abbia a oggetto un “comportamento” del pubblico agente “puntualmente delineato

Basta sfogliare un codice annotato, infatti, per avvedersi di come la giurisprudenza cavi (analogicamente, appunto) dall'enunciato *ex art. 319 c.p.* (almeno) tre *diverse* norme, affermando sussistere la corruzione propria non solo quando il patto ha per oggetto uno specifico e individuato atto contrario ai doveri d'ufficio (o il ritardo/omissione di un atto d'ufficio, peraltro inteso in senso assai ampio)⁶⁷, ma anche: *i*) quando il p.u., dietro compenso, si cimenta in una *pluralità* di atti formalmente regolari/legittimi, che però vengono posti in essere per finalità diverse dalla pubblica utilità⁶⁸; *ii*) quando il pubblico agente s'impegna, sempre dietro compenso e di concerto col privato, a perseguire un *preciso* obiettivo, senza però predeterminare i singoli atti "attraverso cui" raggiungerlo⁶⁹; e *iii*) quando il pubblico funzionario riceve (o accetta la promessa di) denaro quale prezzo per futuri e *imprecisati* favori, mettendosi "a disposizione" del privato⁷⁰.

Non c'è (quasi) nessun dubbio, infine, che la nuova incriminazione inglobi pure tutti i vecchi fatti di corruzione impropria *con l'aggiunta* di quella susseguente attiva, con ciò rivitalizzando (il carico sanzionatorio schizza a uno/cinque anni) un generalizzato e "compartecipato" – e un po' *vintage* – imperativo di probità, «purodurezza» e anti-servilismo.

E meno male che la forbice edittale è così generosa, visto che il delitto, "preso alla lettera", si presta a colpire situazioni connotate da un significato di disvalore neppure lontanamente avvicicabile: dalla remunerazione *ex post* per servilismo ad autentici foraggiamenti, passando per le dazioni finalizzate ad "ammorbire" il clima e i doni natalizi⁷¹.

Se dovesse passare la linea del *munusculum*, insomma, verrebbe proprio da dire "a volte ritornano"⁷²: per dare un senso teleologico a un'incriminazione così "capiente", infatti, ci toccherebbe ricorrere a beni trasversali "anni 40" quali il prestigio/immagine della pubblica amministrazione, il dovere di fedeltà dei funzionari, l'interesse alla non-retribuzione "aggiuntiva" degli agenti pubblici, l'etica/integrità dei preposti alla cosa pubblica e, quindi, la fiducia della comunità in quelle doti, la (virtù della) non-venalità dei soggetti qualificati, e via discorrendo. Macro-oggettività giuridiche, cioè, in grado di "giustificare" tutte le pratiche *lato sensu* corruttive, senza dover distinguere fra atti conformi e contrari ai doveri d'ufficio, patti antecedenti o successivi, compravendite punitive (di singoli provvedimenti) o integrali (di intere funzioni), regalie d'uso, *etc.*⁷³.

Certo, pretendere di debellare un fenomeno (*sub*-)culturale senza responsabilizzare i privati, imponendo loro di sottrarsi al gioco delle regalie, sarebbe impensabile⁷⁴; piut-

nel suo contenuto", per quanto suscettibile di specificarsi in una pluralità di eventuali, futuri, non programmati e imprecisati atti "contrari ai doveri di ufficio"; nonché, se bene interpretiamo, l'ipotesi in cui "l'insieme del servizio reso" venga funzionalizzato a interessi privatistici (si tratta, sostanzialmente, dei casi *sub i* e *ii*). Al contempo, proiettare nel nuovo art. 318 c.p., accanto ai vecchi fatti di corruzione impropria, la trasgressione di un *generico* dovere di correttezza e imparzialità, sempre che, però, non si risolve in un eccesso di potere. Per amore della prevenzione generale ("per evitare inaccettabili spazi di impunità"), insomma, l'A. va persino oltre l'analogia: qua, infatti, *non c'è (più) nessuna lacuna da colmare*, perché le fattispecie giurisprudenziali di matrice clientelare, oggi, ricadono *pianamente* nel nuovo tipo *ex art. 318 c.p.*

67. V. per es. Cass., VI, 17.3.2004, in *CED Cass.*, 229642.

68. Così, emblematicamente, Cass., VI, 12.1.1990, in *CP*, 1992, 944.

69. Cfr. Cass., 15.5.1985, in *CP*, 1987, 285.

70. Fra le più recenti, v. per es. Cass., VI, 15.5.2008, in *CED Cass.*, 241081; in argomento, v. per es. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, 100 ss.

71. Critico, sul punto, anche SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 1237 s. Peraltro, fa un po' specie che la *svendita integrale* di una funzione sia punita meno della compravendita di un *singolo atto* contrario ai doveri d'ufficio: così anche RONCO, *Note per l'audizione*, cit., 4 s. Sul maggior disvalore dell'"asservimento funzionale" rispetto alla corruzione propria, v. anche FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *RIDPP*, 2000, 883 ss., 888.

72. Film del 1991 (regia T. McLoughlin, prodotto da *Paradise Films* e distribuito in Italia da *Filmauro* e *Rcs*) tratto da un racconto di Stephen King sul terrorizzante e inaspettato ritorno in vita di persone morte e sepolte.

73. Sull'attitudine di oggettività giuridiche del genere a "parificare" il profilo offensivo di *tutte* le tipologie di mercimonio/dazione "collegate" a funzioni e qualifiche pubbliche, cfr. ancora le diffuse e istruttive considerazioni critiche di BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., spec. 30 ss.

74. Denuncia il rischio di "pretendere troppo" dal privato, sia pure con riguardo alla nuova fattispecie *ex art. 319-quater c.p.*, PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni*, cit., 230.

tosto, c'è da chiedersi se una manovra del genere, riducendo a uno fatti dal diversissimo profilo offensivo, non sia un po' troppo drastica e non osteggi, anziché implementare, la logica dell'emersione e la rottura del "bozzolo omertoso"⁷⁵.

3.1

(SEGUE) IMPLICAZIONI INTERTEMPORALI

Così come la fattispecie-clone, così anche la figura-pigliatutto chiama in causa più di una regola intertemporale.

Tutte le ipotesi cripto-analogiche prima stipate nell'art. 319 c.p. (iscrizioni a libro paga, dazioni a futura e benevolente memoria, attività conformi a diritto ma sviate a fini privatistici, *etc.*)⁷⁶, continuano a dover essere punite, ma con la più mite pena prevista dal *novum* (art. 2, co. 4, c.p.)⁷⁷.

Stessa identica sorte dovrebbe toccare ai vecchi fatti di corruzione impropria, che paiono essere stati dissolti/unificati nella generica descrizione tipica *ex art.* 318 c.p.; stavolta, però, la pena da applicare è quella previgente (perché più mite: art. 2, co. 4, c.p.)⁷⁸.

Infine, visto che la novella e «semplificata» incriminazione non esige l'identificazione di uno specifico atto cui "riferire cronologicamente" il patto illecito, cade la distinzione fra corruzione antecedente e susseguente; di qui, l'*inedita* punizione del privato che "retribuisce" *ex post* il pubblico funzionario (art. 2, co. 1, c.p.)⁷⁹.

Questo il quadro intertemporale che ci restituiscono all'*unisono* i primi commenti.

Questo, però, *non* è il solo quadro intertemporale ragionevolmente argomentabile.

Se intendessimo la proposizione "per l'esercizio delle funzioni o dei poteri" come "in vista dell'esercizio delle funzioni o dei poteri"⁸⁰, ad esempio, dovremmo prendere atto che (anche) la corruzione impropria susseguente passiva non costituisce (più) reato, nel senso che (anche) il pubblico agente, da oggi, non sarebbe più punibile nel caso di dazione *ex post*.

Sarebbe un bizzarro effetto *boomerang*, insomma: lungi dal dilatare l'area della punibilità, la riformulazione «genericizzante/semplificante» dell'art. 318 c.p. l'avrebbe compressa con effetti oltre il giudicato.

Un epilogo del genere, peraltro, sarebbe certo distonico rispetto alle (dichiarate) intenzioni del legislatore, ma non romperebbe con la tradizione interpretativa: la figura giurisprudenziale che ha ispirato la riscrittura della disposizione (l'"asservimento funzionale"), infatti, è nata principalmente per colpire accordi "generici" *proiettati verso il futuro*⁸¹.

Ma non è tutto. La fattispecie cripto-analogica, infatti, è sempre stata pensata per (e applicata a) situazioni connotate da una *qualche sistematicità*: una dazione *fissa*

75. Il felice slogan è di FORTI, *Sulle riforme necessarie*, cit., 181.

76. *Retro* § 3.

77. Così, sostanzialmente, anche PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 17.

78. La S.C., peraltro, ha già avuto modo di esprimersi in questo senso: lo segnala GATTA, *Sui profili di diritto intertemporale della riforma della corruzione (l. n. 190/2012): affermata la continuità normativa tra corruzione 'impropria' e 'corruzione per l'esercizio delle funzioni'*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2013.

79. Il neonato illecito, dunque, non riferendosi più a uno *specifico* atto/condotta oggetto di compravendita, ma parlando *genericamente* di funzioni/poteri senz'alcun riferimento temporale, ha inglobato "in sé" tutti i vecchi fatti di corruzione impropria, ed ha cancellato in radice la possibilità di distinguere fra corruzione antecedente e susseguente (appunto perché manca un preciso atto a cui "riferire cronologicamente" il patto illecito): in questo senso, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 235; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 228; PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 8; CINGARI, *La corruzione pubblica*, cit., 84 ss., 89 s. Occorre peraltro segnalare, sulla scorta della Relazione n. III/11/2012, cit., 5 s., l'ulteriore ampliamento della responsabilità *ex art.* 318 c.p. dovuto alla riformulazione dell'art. 320 c.p., il quale, oggi, non esige più che l'incaricato di p.s. rivesta anche la "qualità di pubblico impiegato"; naturalmente, anche tale dilatazione del raggio applicativo della fattispecie incontrerà lo sbarramento *ex art.* 2, co. 1, c.p.

80. Soluzione interpretativa, questa, rifiutata dalla migliore dottrina (v. per es. PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale*, cit., IX), ma indubbiamente consentita dal dato testuale.

81. Cfr. per es. CINGARI, *La corruzione pubblica*, 84 ss., 89 s.; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 236; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1236; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, 151, 162 ss.; CONTENTO, *La riforma «minima» della concussione e della corruzione*, in *RTDPE*, 1995, 726 ss. Anche la giurisprudenza, in punto di asservimento funzionale, ha sempre parlato di accordi "generici" in vista del raggiungimento di un obiettivo (Cass., 15.5.1985, cit.); di dazioni/promesse quale prezzo per futuri "favori" (Cass., VI, 15.5.2008, n. 34417, cit.); di mercedoni funzionali suscettibili di specificarsi in una pluralità di atti non preventivamente fissati/programmati (Cass., VI, 2.10.2006, n. 2818, in *CED Cass.*, 235727; Cass., VI, 16.5.2012, n. 30058, *ivi*, 253216).

mensile⁸², l'abituale accettazione di compensi⁸³, il costante asservimento funzionale⁸⁴, i duraturi foraggiamenti⁸⁵, et sim.

Ebbene: quella tendenza applicativa può calzare benissimo sull'attuale enunciato ex art. 318 c.p. In particolare, valorizzando il dato semantico, e specialmente la sinergia fra i sostantivi *esercizio* (che non è il puntiforme "compimento") e *funzione* (che non è il singolo "atto"), potremmo concludere che la disposizione esige un'apprezzabile "continuità" ed evoca una apprezzabile "pervicacia"⁸⁶, ossia disegna un reato abituale o, per lo meno, un accordo avente ad oggetto un asservimento "duraturo"⁸⁷.

Con il che, anche l'estemporaneo patto illecito *in vista* del compimento di un *singolo* atto conforme ai doveri di ufficio, ossia la corruzione impropria antecedente, non ricadrebbe più nel raggio applicativo della norma.

4

UNA FATTISPECIE-ANFIBIO: LA CORRUZIONE "INDOTTA"

Anche la punta più avanzata del tridente, il piatto forte⁸⁸, l'abbiamo sfornato per rassicurare le organizzazioni internazionali, assai preoccupate per le *performances* della fattispecie-contenitore di concussione per induzione, specie nella sua «versione ambientale»: troppo asservita a esigenze probatorie (uso investigativo *eccessivamente* opportunistico), troppo "paternalistica" (volto *eccessivamente* indulgenzialista), e troppo indeterminata (e applicazione giudiziale *eccessivamente* mobile)⁸⁹.

Tutti appunti fondatissimi, non c'è dubbio.

Sappiamo bene che gli inquirenti, specie nei casi di «illegalità ambientale»⁹⁰, tendono ad *ab-usare* della concussione "a scapito" della corruzione, così da poter trattare "da vittime" i (per nulla "sopraffatti") pattisti privati: i quali, *in cambio della cortesia*, spezzeranno il vincolo omertoso e collaboreranno all'accusa⁹¹.

Certo, storpiare in via ermeneutica strutture tipiche (trasformare la concussione in una figura-buco nero che risucchia fatti sostanzialmente corruttivi...), e maneggiare con disinvoltura strumenti repressivi come se fossero istituti premiali (...così da poter "barattare" l'impunità con elementi di prova), sono operazioni incostituzionali e, molto spesso, pure inutili⁹²; perciò, è vero che scenari del genere sarebbe meglio positivizzar-

82. Cass., VI, 17.3.2004, in *CED Cass.*, 229642.

83. Cass., VI, 14.11.2001, in *CED Cass.*, 220432, che pure riconduce il fenomeno alla corruzione impropria là dove si tratti di atti conformi ai doveri d'ufficio.

84. Cass., VI, 12.1.1999, in *CP*, 1992, 944.

85. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1236.

86. Si tratterebbe semplicemente di applicare schemi ermeneutici ampiamente collaudati altrove, come ad esempio con riguardo ai termini "esercizio", "professione", "attività", "commercio", "intermediazione", "servizi" contenuti nelle disposizioni ex artt. 348 c.p., 166 TUF, 256 TUAmb, 4, co. 1, l. 401/1989, 35, co. 2, d. lgs. 224/2003, 2 d. lgs. 70/2005, etc. In argomento, ma in prospettiva diacronica, sia consentito rinviare a VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 392 ss.

87. Così rivista, insomma, la fattispecie di indebita dazione già contiene *de iure condito* tutti gli elementi necessari e sufficienti a "selezionare", fra le compravendite funzionali, quelle abituali, durature e continuative: sull'opportunità d'introdurre fattispecie dotate di tale attitudine selettiva, v. anche SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 588 ss.

88. Art. 319-*quater* c.p. - (*Induzione indebita a dare o promettere utilità*) - «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando delle sue qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o indebitamente promettere, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni. 2. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni».

89. Cfr. ancora MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione*, cit., 15 s.; da ultimo, v. anche SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti i suoi giudici*, in *CP*, 2012, 4270 ss.

90. Nel caso di collusione sistemica, in effetti, ci si trova spesso di fronte a fenomenologie comportamentali che, collocandosi a cavaliere fra corruzione e concussione (non sono né propriamente l'una, né esattamente l'altra), tollerano una qualificazione giuridica "variabile" (finiscono per poter essere inquadrate nell'una o, in alternativa, nell'altra): in argomento, cfr. per es. FIANDACA, *Esigenze e prospettive*, cit., 886.

91. FORTI, *Sulle riforme necessarie*, cit., 181; in argomento, v. anche le osservazioni critiche di MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *DPP*, 2010, 955 ss.

92. Se ad es. il giudice non condividesse la ricostruzione del pubblico ministero, considerando "corruttori" le sedicenti vittime della concussione, dovrebbe rimettere gli atti al secondo, vanificando mesi di attività investigative e processuali e aprendo a possibili epiloghi estintivi: cfr. DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 292. Come dire: una contestazione "studiata" per spezzare il vincolo omertoso insito e pervenire ad affermazioni di responsabilità rischia di produrre (e, di fatto, ha spesso prodotto) effetti opposti.

li⁹³, come del resto s'è tentato di fare in passato⁹⁴. Aggiungeremmo che quegli “artifici procedurali”, *nella logica di fondo*, non si differenziano un granché da “schemi olistici” come ad es. quello di Cernobbio⁹⁵, che, pur muovendosi in direzione *esattamente opposta* (stavolta era una corruzione afflitta da gigantismo a divorare la concussione)⁹⁶, e pure essendo *apparentemente* super-rigorous (poco importava si trattasse di una dazione “abusivamente indotta”, di una regalia estemporanea, dell’acquisto di un atto o di un’intera funzione: c’era comunque un corruttore, e c’era sempre la stessa pena), perseguiva lo *stesso* obiettivo ed era disposto a pagare lo *stesso* prezzo: promettendo l’impunità al pattista che, entro tre mesi dal fatto e prima dell’iscrizione della notizia di reato (senza far perdere tempo e soldi allo Stato...), si auto-denunciava (...decidesse di collaborare...) e restituisse l’indebito (...e “riparasse” l’errore, se non proprio e sempre l’offesa penale)⁹⁷, quello schema *rinunciava in anticipo* all’istanza general-preventiva (la “scappatoia” dell’impunità avrebbe senza dubbio vanificato l’efficacia dissuasiva del macro-imperativo di «probità») e all’idea retributiva (il correo avrebbe collaborato per scongiurare processo e pena, non certo perché “interiormente” ravveduto), *in cambio* della rottura del vincolo omertoso e *in nome* della tutela effettiva, sia pure all’ultimo momento utile, di beni di *sicuro* rilievo costituzionale⁹⁸. Certo, rispetto all’uso premiale della concussione cambiava l’etichetta (da “vittime” a “rei pentiti”), si eliminavano interferenze fra poteri (era il legislatore a somministrare premi per la collaborazione) e si ottimizzavano le prestazioni del meccanismo (il privato, avendo la *certezza* dell’impunità, sarebbe stato *ancor più* propenso alla denuncia)⁹⁹. *Il messaggio sottotraccia, però, restava identico*. Peraltro, e per inciso, è pur vero che manovre del genere prestano il fianco a numerose critiche (sistematiche, culturali, accertative, *etc.*)¹⁰⁰; è anche vero, però, che in sistemi afflitti da straordinari tassi d’ineffettività non esistono molte alternative all’uso di meccanismi rivolti ad incentivare lo “utile ravvedimento” del reo (la riparazione dell’offesa, la collaborazione investigativa, la cesura dei legami col “mondo criminale”, *etc.*). Ce lo dicono chiaro e tondo sotto-sistemi punitivi molto più post-moderni come ad es. il diritto penale della sicurezza del lavoro: quando falliscono le “classiche” funzioni della pena, ci tocca *giocoforza* escogitare percorsi alternativi per tutelare beni e diritti¹⁰¹. D’altronde, le auto-evidenti affinità (ontologiche e criminologiche fra corruzione e crimine organizzato ci dovrebbero convincere a sperimentare anche per la prima quelle forme “controllate” di “collaborazione premiata” che pratichiamo da anni per contrastare, non senza successi, il secondo¹⁰². Dietro l’apparente schizofrenia del

93. In questo senso, fra gli altri, SEMINARA, *La corruzione: problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente*, in FORNASARI-LUIGI (a cura di), *La corruzione. Profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova, 2003, 145 ss.

94. Alludo al d.d.l. 2441/1992 (“D.d.l. Vassalli”), in cui, proprio allo scopo di incentivare la propensione alla denuncia, si proponeva d’introdurre la figura della “concussione ambientale”: cfr. DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 41 s.

95. *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento ai partiti*, in RIDPP, 1994, 1025 ss.

96. Il “modello di Cernobbio”, più volte ripreso e ritoccato in (successivi) progetti d’iniziativa parlamentare, prevedeva l’abolizione secca della fattispecie di concussione e la sua “sostituzione” con una mega-figura di “corruzione” capace di abbracciare i fatti *ex art.* 318 ss. c.p., la concussione per induzione e le pratiche *lato sensu* corruttive (la compravendita della funzione, il traffico di influenze, e perfino la regalia per mero “servilismo”). I fatti costrittivi descritti dall’art. 317 c.p., infine, sarebbero confluiti nell’estorsione (aggravata).

97. V. ancora DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, spec. 287 ss.

98. Ci riferiamo al buon andamento e all’imparzialità della Pubblica Amministrazione, ossia ai beni tutelati dalla *sola* fattispecie di corruzione *propria antecedente*, la quale, proprio per questo, ci pare essere la *sola* tipologia corruttiva davvero conferente con un diritto penale “orientato” a (e da) una Costituzione democratica: sul punto, ampiamente e condivisibilmente, già BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., spec. 30 ss., 52 ss. e *passim*. In effetti, qualora il patto illecito sia avvenuto in vista di una violazione dei doveri funzionali, e il pubblico agente non sia ancora passato dalle parole ai fatti, la “delazione premiata” *elide* il pericolo di distorsione della funzione pubblica ingenerato dall’accordo, *neutralizzando* l’offesa penale.

99. L’uso opportunistico della figura *ex art.* 317 c.p. da parte degli investigatori, viceversa, non rappresenta per il privato una “garanzia d’impunità”, e ciò per la semplice ragione che un giudice potrebbe non condividere (ed è successo moltissime volte) quell’inquadramento giuridico e ravvisare un fatto di corruzione: v. DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 42, 292, i quali parlano, al proposito, di «effetto rebound».

100. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 1239 s.

101. Sulla profonda, “congenita” ineffettività del sotto-sistema di tutela penale della sicurezza del lavoro, e sulla *conseguente* centralità (e irrinunciabilità) dei meccanismi di incentivo-riparazione *post-delictum*, sia consentito rinviare a VALENTINI, *La sostanziale continuità tra il “vecchio” e il “nuovo” diritto penale della salute e sicurezza del lavoro*, in GALANTINO (a cura di), *In Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d. lg. n. 81/2008 e il d. lg. n. 106/2009*, Torino, 2009, 305 ss., 314 ss., *ivi* con gli opportuni richiami.

102. Cfr. DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., spec. 270 ss., 286 ss.

cocktail cernobbiese di rigore repressivo e indulgenzialismo radicale, insomma, c'era un programma "efficientistico" rivolto a far emergere un mondo sommerso¹⁰³.

Siamo perfettamente coscienti che giochetti *contra legem* del genere rischiano di produrre iniquità (*autentici* corruttori sfuggono alla sanzione; *presunti* corrotti vengono condannati sulla sola base delle dichiarazioni del "collaborante"), ma l'abbiamo sempre accettato come se fosse un male necessario, un dazio da pagare all'emersione di un "pezzo" di mondo sommerso.

Infine, è sotto gli occhi di tutti pure il *deficit* di precisione che affligge quella condotta, la quale, proprio per questa sua congenita *vagueness*, s'è via via "saputa adeguare" al mutamento delle fenomenologie (sempre più estese, sempre "meno costrittive") che intendeva combattere: il relativo perimetro applicativo, infatti, è oggi segnato *verso l'alto* dalla minaccia implicita¹⁰⁴, e *verso il basso* dal mero silenzio concludente/sintomatico/suggestivo¹⁰⁵. In mezzo a questi due estremi, c'è davvero di tutto e di più: l'esortazione, il consiglio, l'opera "argomentata" di persuasione, le allusioni indirette e maliziose¹⁰⁶, i gesti ammiccanti (un sorriso, un occholino, un sospiro "concludente")¹⁰⁷, la frode (l'inganno, la sorpresa della "buona fede" del privato-vittima)¹⁰⁸.

Risultato: la fattispecie induttiva finisce per inglobare *anche* contegni identici a quelli descritti dagli artt. 640, 322, co. 3-4, c.p.¹⁰⁹. Anzi, abbraccia pure condotte troppo poco "maliziose" per essere considerate "artifici", e troppo poco "pressanti" per essere considerate "sollecitazioni"; perciò, per continuare a chiamarla "concussione", sarebbe essenziale esigere che il consiglio, l'allusione, il silenzio, *etc.* siano *sempre e imprescindibilmente accompagnati* ("qualificati") da un *concreto* abuso dei poteri (una effettiva o effettivamente prospettata violazione di legge; un effettivo o effettivamente prospettato sviamento di potere)¹¹⁰ o, in alternativa, da un *concreto* abuso della qualità (una effettiva spendita "indebita" della propria posizione qualificata)¹¹¹.

Ci vorrebbe sempre, insomma, la concatenazione causale cristallizzata nell'enunciatore: abuso di poteri o qualità + costrizione o induzione + dazione o promessa¹¹².

Se dunque è vero che la "modalità abusiva" è il *cuore vero* della fattispecie¹¹³, quello, cioè, che dà senso e dignità al discorso sul *metus publicae potestatis*¹¹⁴; se è vero, in altri termini, che è ragionevole parlare di "prevaricazione/sopraffazione" e "timore/soggezione" solo là dove il pubblico agente abusi della propria potestà funzionale, perché è solo in questo caso ch'egli assume una posizione di "preminenza" ulteriore a quella (già) insita

103. In questo senso, sostanzialmente, anche PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230.

104. "Rubata" alla fattispecie costrittiva: Cass., VI, 17.1.1994, in *CP*, 1995, 1510; Cass., VI, 9.2.1996, *ivi*, 1997, 990.

105. V. *ex plurimis* Cass., 10.10.1979, in *CPM*, 1981, 1526; Cass., VI, 6.2.1992, in *CP*, 1993, 818; Cass., VI, 22.10.1993, *ivi*, 1995, 550; Cass., VI, 9.12.1994, *ivi*, 1996, 1415.

106. Cass., VI, 27.4.1992, in *CP*, 1993, 1422; Cass., II, 1.12.1995, *ivi*, 1997, 707.

107. Cass., VI, 17.1.1994, cit.

108. Cfr. per es. il ricco resoconto di MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2011, 2968 ss. Con tutte le complesse problematiche che ciò comportava in punto di rapporti fra concussione per induzione-frode e truffa aggravata: accolgono il (eufemisticamente fluido) criterio della cd. preminente importanza prevaricatrice dell'abuso funzionale per es. Cass., 26.1.1996, n. 3546, in *CED Cass.*, 204492; Cass., 8.3.1996, in *CP*, 1997, 1336.

109. Figura, quest'ultima, che la giurisprudenza ignora (pressoché) sistematicamente, preferendo contestare – *anche* al di fuori dei casi di "abusivismo ambientale" – il tentativo di concussione là dove il pubblico agente solleciti/chieda/consigli una dazione indebita, quasi che il "fatto in sé" di occupare un pubblico ufficio già bastasse a "intimorire" il privato: dà atto di questa tendenza anche MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 128.

110. Un abuso di poteri *ex art.* 317 c.p., è pacifico, c'è anche quando il pubblico agente pone in essere o prospetta un atto legittimo o doveroso (un arresto in flagranza, una denuncia, una espulsione dal territorio nazionale), ma per fini diversi (appunto indebiti, illeciti, abusivi) da quelli a cui quel potere è preordinato: cfr. per es., *ex multis*, Cass., VI, 21.1.1980, in *CPM*, 1981, 1533; Cass., 28.4.1989, in *CP*, 1989, 42; Cass., 12.7.2001, *ivi*, 1394.

111. Così, molto efficacemente, Cass., VI, 13.1.2000, in *CED Cass.*, 215641; Cass., VI, 8.11.2002, in *CP*, 2003, 3018.

112. Cass., 13.1.2000, in *CP*, 2001, 132.

113. In questo senso, già ROMANO, *Il delitto contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Artt. 314-335-bis cod. pen.)*. *Commentario sistematico*, Milano, 2002, 95 ss. In giurisprudenza, v. SSUU, 27.11.1982, in *CP*, 1984, 260.

114. Evento-slogan "implicito" tanto caro ai nostri giudici: v. l'affresco di POMANTI, *La concussione*, Milano, 2004, 119 ss.

nel “fatto in sé” di ricoprire una carica pubblica¹¹⁵, allora si capisce perché i problemi seri sono cominciati quando s’è iniziato a fare a meno di questo “requisito portante”. Nelle dinamiche che hanno ispirato l’invenzione della concussione ambientale, infatti, un abuso funzionale manca “per definizione”, perché l’agente pubblico non ha nessun bisogno di prospettare l’esercizio viziato/sviato delle sue attribuzioni funzionali, né di “far pesare” la propria qualifica: è l’ambiente che lo fa per lui, è l’ambiente, cioè, che “assoggetta” il privato¹¹⁶. L’illegalità sistemico-ambientale, si legge sovente nelle sentenze, semplifica le “modalità di comunicazione”¹¹⁷ e rende *automaticamente* sopraffattivi comportamenti che, quando non sono perfettamente leciti¹¹⁸, costituirebbero *al più* sollecitazioni *ex art.* 322 c.p. o artifici *ex art.* 640 c.p. Se il privato resiste allo “invito” o non cade nel tranello, quindi, c’è concussione tentata; se cede, e magari ci guadagna pure un sacco¹¹⁹, c’è una vittimizzazione “ambientale”. Certo, è vero che la (maggioranza della) giurisprudenza considera il privato una “vittima del contesto” (anziché un “libero” corruttore) solo se, e solo quando, sia identificabile uno *specifico e ben individuato* contegno “condizionante” del funzionario (un riferimento a condotte “codificate” e convenzioni tacite, un sopracciglio alzato, una mimica inequivoca, *etc.*)¹²⁰; è anche vero, però, che si tratta di uno scrupolo del tutto incapace di restituire alla concussione il suo autentico significato di disvalore (di sopraffazione-coazione *prodotta* da un abuso funzionale), *dissolvendola* in fatti sostanzialmente corruttivi.

Dicevamo poc’anzi: visto che i rilievi delle organizzazioni internazionali colgono nel segno, perché non liberarsi della figura e lasciare il campo alla virtuosa sinergia fra estorsione aggravata e corruzioni *ex artt.* 318 ss.?

Come per il traffico di influenze, insomma, anche in questo caso il legislatore poteva ottenere la “massima resa” (fare un figurone in Europa) con la “minima spesa” (limitandosi a espungere la disposizione *ex art.* 317 c.p.).

E invece no: siamo talmente affezionati al *made in Italy*¹²¹ che, invece di cestinarlo, l’abbiamo “raddoppiato” e amplificato nel *range* applicativo; nel farlo, ne abbiamo pure ritoccato le sembianze in modo da lanciare un preciso, inequivoco messaggio ai cittadini e alla dottrina della concussione ambientale.

Più nel dettaglio, abbiamo eliminato il vecchio enunciato e re-distribuito la norma *ivi* ricoverata in due nuove disposizioni: una conserva rubrica e numerazione precedenti e riproduce *pedissequamente* la fattispecie costrittiva, eliminando però dal *cartel* dei soggetti attivi l’incaricato di pubblico servizio (art. 317 c.p.)¹²²; l’altra riproduce anch’essa *pedissequamente* la fattispecie induttiva, “aggiungendo” però la punibilità del privato “indotto” (art. 319-*quater* c.p.).

Di primo acchito, perciò, verrebbe da dire che la violenza e la minaccia qualificate dall’abuso funzionale restano dentro il 317 c.p., e che le variegiate tipologie induttive

115. In questo senso, opportunamente, Cass., 20.11.2003, in *CP*, 2004, 1246; Cass., VI, 26.4.2007, in *CED Cass.*, 236856.

116. Così anche BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 372.

117. Cass., 19.1.1998, in *CP*, 1998, 2017.

118. Cass., 11.11.2008, n. 45276, in *CED Cass.*, 242399.

119. Secondo un nutrito filone giurisprudenziale, la circostanza che il privato abbia tratto vantaggio dall’accettazione della proposta illecita non esclude per ciò solo la presenza di una concussione: v. per es. Cass., VI, 1.2.1993, in *CP*, 1995, 52; Cass., VI, 25.2.1994, *ivi*, 1995, 2530; Cass., 13.1.1999, in *GDir*, 41/1999, 91.

120. Diversamente, sarebbe ben difficile continuare ad affermare che l’induzione “ambientalmente” abusiva è stata la causa efficiente della dazione del privato-vittima, ossia che c’è stata una condotta prevaricante che ha ridotto la vittima in stato di soggezione: Cass., VI, 19.1.1998, in *CP*, 1998, 2917, con nota di AMATO; Cass., VI, 14.4.2000, *ivi*, 2001, 2357; Cass., 19.10.2001, *ivi*, 2002, 205; Cass., VI, 4.12.2008, in *CED Cass.*, 242399;

121. Una fattispecie come quella *ex art.* 317 c.p., infatti, ce l’abbiamo sostanzialmente solo noi: ne danno atto per es. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 1240; e DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 242.

122. Opzione, questa, che presta il fianco a un paio di critiche davvero insuperabili: anzitutto, una condotta costrittiva può ben essere posta in essere anche dagli incaricati di pubblico servizio (così PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11); in secondo luogo, la “costrizione” dell’i.p.s. confluirà nella fattispecie-*lex generalis* di estorsione (aggravata), la quale prevede una pena più elevata di quella *ex art.* 317 c.p. Il “nuovo” enunciato *ex art.* 317 c.p., sotto la rubrica “Concussione”, così recita «Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

“abusive” di cui si diceva poc’anzi trasmigrano “in blocco” nel novello 319-*quater* c.p.

Uno «spacchettamento» meramente topografico e “indolore” rispetto al passato (giudicando e) giudicato, dunque^{123?}

Per la verità, non è esattamente così.

L’irruzione del privato, infatti, oltre a *mutare* la natura¹²⁴ e *ridurre* la direzione lesiva¹²⁵ della previgente fattispecie induttiva, con ciò esprimendo un *diverso* progetto politico-criminale (*fuori* la concussione ambientale, *dentro* una specie di corruzione “indotta” o “dispari”)¹²⁶, implica anche l’*espunzione secca* della sottofattispecie di concussione per frode/induzione in errore¹²⁷, essendo impensabile punire la vittima di un raggio¹²⁸.

Cosa che, peraltro, produrrà un (involontario) effetto virtuoso: la dottrina potrà finalmente astenersi dal ricercare di un criterio appagante per gestire i rapporti di convergenza/interferenza fra concussione per frode e truffa¹²⁹: d’ora innanzi, se c’è un inganno e una dazione patrimoniale, ci sarà sempre e solo truffa aggravata. Anche la giurisprudenza, dal canto suo, dovrà prendere atto di quell’espunzione e ripiegare sull’art. 640 c.p., cestinando l’intollerabile (fluidissimo, psicologico, incontrollabile) parametro della “preminente importanza prevaricatrice”¹³⁰.

Quella «scissa», insomma, è figura *diversa* dalla precedente; meno scontato, invece, è che lo sia radicalmente (*infra* § 4.1.). Assai innovativo, invece, è l’*upgrade* del privato, che da *vera* vittima diventa *mezzo* colpevole, vivendo lo stesso paradosso del trafficato (vittima di un delitto contro la persona...) clandestino (...ma anche reo ai sensi della legge migratoria): è vittima di una pressione “qualificata” del pubblico agente (sennò ci sarebbe corruzione secca)¹³¹, ma è anche reo perché, pur potendo tener duro (e deve farlo anche a costo di chiuder bottega), viola l’obbligo di “resistenza” (eroica?) e partecipa alla lesione del buon andamento/imparzialità della pubblica amministrazione¹³².

C’è solo da sperare che il mezzo-complice non finisca per orientarsi come il trafficato irregolare, che preferisce non denunciare il suo carnefice (preferisce non emergere...) per evitare l’espulsione (...per evitare una «seconda vittimizzazione»).

123. Di quest’opinione, per es., PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 5, 9, 16 s.

124. Che da illecito monosoggettivo diventa reato a concorso necessario. Sempre che, naturalmente, non si ritenga che l’irruzione del privato fra i soggetti attivi, cui consegue la *trasformazione* di un’ipotesi di sopraffazione-coazione (la vecchia concussione per induzione *ex art.* 317 c.p.) in un fatto sostanzialmente corruttivo (il novello illecito *ex art.* 319-*quater* c.p., appunto), *non implichi anche* la trasformazione della “vecchia” concussione induttiva *ex art.* 317 c.p. in reato necessariamente plurisoggettivo, ma il semplice innesto di un nuovo e autonomo illecito monosoggettivo (sul punto *infra* § 4.1.).

125. Sulla pluri-offensività della “vecchia” fattispecie di concussione, posta a tutela sia del buon andamento/imparzialità della pubblica amministrazione, sia della libertà di autodeterminazione e (eventualmente) del patrimonio del privato concusso, v. per es. STORTONI, *Concussione*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2003, 121 ss. *Contra*, nel senso della mono-offensività, FORNASARI, *sub art.* 317 c.p., in BONDI-FORNASARI-DI MARTINO, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 169.

126. In questo senso, BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 13; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; e PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230. Anche PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 8 ss., 15 ss., e PADOVANI, *La messa “a libro paga” del pubblico ufficiale*, cit., XI, ammettono che la punibilità dello “indotto” implica uno spostamento/accostamento sistematico dell’art. 319-*quater* c.p. alle fattispecie di corruzione.

127. Già al centro di vigorose del tutto condivisibili critiche della dottrina: v. per tutti ROMANO, *Il delitto contro la pubblica amministrazione*, cit., 106 s.

128. Così, fra gli altri, SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1244; e BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 142; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit., 15. *Contra*, ancora una volta isolatamente, AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, in *GDir*, 48/2012 (Ins. 13), XIII ss., XVII, secondo cui la consapevolezza del carattere “indebito” della dazione/promessa, e la finalità di “ottenere un vantaggio non dovuto”, basterebbero a giustificare la punizione dell’indotto in errore.

129. Uno fra i più raffinati ed equilibrati criteri in FORNASARI, *sub art.* 317 c.p., cit., 178.

130. V. *retro*, nt. 108.

131. Da questo punto di vista, è francamente inspiegabile la scelta di prevedere, per l’induzione “qualificata” *ex art.* 319-*quater*, co. 1, c.p., una *pena inferiore* a quella riservata al corrotto *ex art.* 319 c.p., in quanto il p.u. che, per “vincere la resistenza” del privato, abusa delle sue qualità/funzioni, realizza un fatto *più grave* (una condotta connotata da *maggior disvalore*) del p.u. che, nel contesto di una trattativa sostanzialmente paritaria (senza condizionare la libera volontà di nessuno), “si limita” a ricevere/accettare la promessa di denaro o altra utilità: nota l’irragionevole incongruenza anche PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 10 s.

132. Di qui, una cornice edittale che riflette quello *status* anfibologico: reclusione fino a tre anni, contro la mega-forbice 3/8 prevista per il concorrente pubblico.

Al contempo, è pure vero che il privato “indotto” non è sempre (integralmente, autenticamente) *vittima* di una sopraffazione, o almeno non lo è nella stragrande maggioranza dei casi di “illiceità sistemica”; in effetti, la posizione del cittadino che s’inserisce *volontariamente* in ambienti “abusivi”, ne accetta *supinamente* le contro-regole, si determina alla dazione *a prescindere* da qualsiasi abuso funzionale e magari consegue pure un *vantaggio*, è sempre stata attraversata da profonde ambiguità, rimbalzando fra vittimizzazione e complicità. L’ab-uso “opportunistico” della concussione (vittimizzante), così come la mega-corruzione di Cernobbio (co-responsabilizzante), del resto, dimostrano emblematicamente la praticabilità di questo “doppio inquadramento”. Tutto dipende, in ultima analisi, da come preferiamo intendere i rapporti fra amministrazione pubblica e privati cittadini; per parte nostra, pensiamo che, in una democrazia matura, sia *tollerabile* chiedere ai cittadini di non cedere a qualsiasi pressione di funzionari o “ambienti” pubblici¹³³, mentre sarebbe *intollerabile* punire autentiche vittime, come nelle ipotesi di coazione assoluta, di violenza e di minaccia esplicita, ma anche in certi casi di dazione/promessa “abusivamente sollecitata” cui non consegua *nessun* beneficio per il privato (*infra*).

Anche qui, insomma, il messaggio «sottraetevi e combattete il male endemico» è veicolato da una figura-*tertium genus* che, se da un lato *non* ci aiuta a isolare gli autentici casi di corruzione¹³⁴, e, quindi, *non* esclude il consueto uso premiale delle figure liminari¹³⁵, dall’altro è destinata a incrementare, e di moltissimo, la cifra oscura¹³⁶.

Anche qui, perciò, molto «purodurismo» (molta prevenzione generale...) e molto poca furbizia (... e molto poco efficientismo).

Stando così le cose, è presumibile che i magistrati affezionati all’uso opportunistico del sotto-sistema resisteranno alla tentazione, *fortissima perché sistematicamente corretta*, di circoscrivere la “nuova” figura *ex art. 317 c.p.* ai casi di coazione assoluta (violenza/“minaccia” irresistibili)¹³⁷, perseverando nel considerare concussive coazioni *resistibili*¹³⁸; anzi, sempre per gli stessi motivi, è probabile che l’incriminazione *ex art. 317 c.p.* finisca per raccogliere forme di pressione *ulteriori* a quelle sino ad oggi considerate costrittive, con contestuale *erosione* del concetto di induzione (ora) collocato nell’*art. 319-quater c.p.*¹³⁹.

Una “migrazione ermeneutica” del genere, peraltro, non risponde solo a poco commendevoli esigenze probatorio-investigative, ma è *imposta* da ragioni di equità e giustizia, dalla “natura delle cose”: solo amplificando la categoria della “costrizione”, infatti, eviteremo di punire *pure* vittime.

Se volessimo abbozzare una previsione, dunque, diremmo che, oltre alla coazione assoluta, alla minaccia esplicita e alla violenza, rileverà *ex art. 317 c.p.* il fatto del pubblico agente che, a prescindere dal registro comunicativo prescelto (larvatamente o implicitamente minaccioso, esortante, ammiccante, meramente concludente, *etc.*), prospetti un

133. In questo senso anche MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 125.

134. Ma sposta semplicemente il problema del *discrimen*. In effetti, visto che l’*art. 319-quater*, co. 1, c.p. riproduce pari pari il vecchio modello induttivo, resta identico il nodo problematico della delimitazione verso il basso (rispetto ai fatti di corruzione): PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 229. Anzi, per certi versi la figura complica quell’operazione, offrendo a inquirenti e giudici una “alternativa in più” rispetto a prima, che, peraltro, non ci aiuta neppure a identificare il “trattamento” da riservare ai casi di “coazione ambientale”: SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1243 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 132 s., 145.

135. In effetti, fra la pena prevista per il privato pseudo-vittima e il privato corruttore il *gap* è enorme: lo rileva PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 229 s.

136. V. per es. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 10.

137. Se il messaggio è “puniremo il privato che, pur essendo vittima di una ‘induzione’ (*tamen coactus...*), poteva resistere (...*sed voluit*: mezza vittimizzazione)”, verrebbe del tutto “naturale” costruire la fattispecie *ex art. 319-quater c.p.* in termini di coazione relativa, deputando l’*art. 317 c.p.* a reprimere i casi di coazione assoluta (di pura, integrale vittimizzazione): così BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11, nonché la Relazione n. III/11/2012, cit., 8.

138. Così PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 11 s. Anche il Guardasigilli SEVERINO, *La nuova Legge*, cit., 10, d’altro canto, precisa che l’*art. 319-quater c.p.* guarda alle ipotesi di *mero condizionamento* del privato, laddove le condotte di coazione psicologica (assoluta o relativa) vanno considerate “costrittive” *ex art. 317 c.p.*

139. Ipotizzano questo scenario SEMINARA, *La riforma*, cit., 1244; e BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 12 s.

male ingiusto che il privato preferisce evitare *senza ricavare nessun beneficio indebito*¹⁴⁰. Se quindi il pubblico agente “spingesse” taluno alla dazione “ventilando” di astenersi da attività doverose, ci sarebbe una vittima *ex art. 317 c.p.*, non già un mezzo-correo *ex art. 319-quater c.p.*¹⁴¹.

Dal canto suo, l'art. 319-*quater* c.p. dovrebbe essere circoscritto alle ipotesi di corruzione “impari”, ossia ai casi in cui il concerto, pur essendo sfalsato dall'abuso funzionale (*id est*: pur non essendo paritario), contempra un “effetto vantaggioso” per il privato, magari in alternativa al male ingiusto¹⁴². A questi casi, andrebbero poi (coraggiosamente) aggiunti quelli in cui c'è una “induzione” *ma manca* un abuso funzionale (è l'ipotesi di “ambiente abusivo”)¹⁴³, tale essendo, ci pare, l'inequivoco messaggio lanciato del legislatore euro-diligente.

Staremo a vedere come si orienterà la magistratura. Quale che sia la soluzione che verrà adottata in punto di (ri-)definizione “dall'esterno” dei rapporti fra costrizione e induzione, comunque, resta il fatto che quel nodo interpretativo *non può e non deve incidere* sulla questione intertemporale.

Vediamo, qui di seguito, per quali ragioni.

4.1 (SEGUE) IMPLICAZIONI INTERTEMPORALI

Il *rebus* diacronico che lo «spacchettamento» sottopone all'interprete, a prima vista, parrebbe facile da risolvere: trattandosi della scissione di una vecchia disposizione che, nella sua formulazione testuale, resta *identica*, verrebbe da dire che *identica* resta pure la vecchia norma, anch'essa semplicemente scissa e ri-collocata topograficamente in due enunciati.

Perciò, sempre a prima vista, verrebbe da dire che c'è *totale* continuità tra presente e passato con riguardo al soggetto qualificato (art. 2, co. 4, c.p.)¹⁴⁴, laddove la clausola di estensione della punibilità al privato “indotto”, ovviamente, varrà solo da oggi in poi (art. 2, co. 1, c.p.).

Ora, l'assunto vale indubbiamente per i “vecchi” fatti di costrizione abusiva commessi dal pubblico ufficiale, che *continuano* a dover essere puniti, sia pure con il previgente (e più mite) corredo sanzionatorio.

Continua a dover essere punita anche la costrizione (qualificata o meno dall'abuso funzionale) dell'incaricato di p.s., il quale, pur non potendo (più) concutere *ex art. 317 c.p.*, può senza dubbio (ancora) estorcere *ex art. 629 c.p.*¹⁴⁵ o, comunque, usare violenza *ex artt. art. 609-bis, 610 c.p.*¹⁴⁶.

140. Come ad es. quando il funzionario “lasci intendere” al privato che, dovesse deluderlo, non emetterebbe un atto dovuto. È innegabile, in effetti, che in queste ipotesi ci siano *autentiche* vittime di prevaricazione, perché l'*animus* della dazione/promessa è “difensivo”, non già “acquisitivo”: sul punto, v. ancora le lucide riflessioni di MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., spec. 137 ss.

141. Diversa l'opinione di AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, cit., XVIII, secondo cui il privato sarebbe punibile anche là dove venga indotto “abusivamente” dal funzionario a pagare per un atto a cui ha diritto; qui ci sarebbe ancora un “vantaggio”, e sarebbe “indebito” in tanto in quanto perseguito mediante una dazione indebita.

142. Le obiettivamente ricorrenti (o pronosticabili) conseguenze “vantaggiose” per il privato, in effetti, dimostrano che egli ha agito con la finalità di procurarsi un beneficio non dovuto; perciò, non può trattarsi di costrizione *ex art. 317 c.p.*, e il fatto graverà nell'orbita della corruzione “sfalsata” *ex art. 319-quater*, c.p.: così, sostanzialmente, anche AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, cit., XIV ss., XVII ss. È dunque vero, come afferma l'A. (XIX), che la prova dei vantaggi conseguiti da (o che poteva conseguire) il privato a seguito della concertazione “impari” diventa *decisiva* per escludere la concussione e ravvisare un'induzione indebita.

143. In questo senso anche GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit., 6, 8 ss., 10.

144. La prima sensazione, insomma, è che non siano apprezzabili ipotesi di *abolitio criminis*: PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 16; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 229; conf. SEVERINO, *La nuova Legge*, cit., 10.

145. Stando alla giurisprudenza, infatti, anche la costrizione *ex art. 317 c.p.* può essere realizzata mediante violenza, così come la condotta *ex art. 629 c.p.*; e anche la costrizione mediante minaccia *ex art. 629 c.p.*, così come la costrizione mediante minaccia *ex art. 317 c.p.*, può assumere forme implicite, indirette e larvate, purché idonee a incutere timore e coartare la volontà del soggetto passivo: cfr. per es. Cass., 20.5.2010, in *CED Cass.*, 247117. Peraltro, la fattispecie comune “si accontenta” della violenza/minaccia, essendo invece del tutto indifferente che la condotta costrittiva sia qualificata da un abuso funzionale; la condotta *ex art. 317 c.p.*, insomma, esige un *quid pluris*: sulla sostanziale *identità* fra la costrizione *ex art. 317 c.p.* e quella *ex art. 629 c.p.*, v. per es. Cass., VI, 25.2.1998, in *CP*, 1999, 1448.

146. Viceversa, dubita della perdurante punibilità dei fatti costrittivi dell'i.p.s., ma senza argomentare l'assunto, GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit., 4.

Che poi il quadro sanzionatorio, una volta «stabilizzato», abbia del paradossale è un altro discorso¹⁴⁷; discorrendo qui di questioni intertemporali, ci limitiamo a prendere atto della perdurante punibilità dei fatti di concussione per costrizione commessi dall'incaricato di p.s.: con la sanzione prevista dal *previgente* art. 317 c.p. nel caso di *deminutio patrimonii*¹⁴⁸ e di prestazioni sessuali¹⁴⁹; e con quella prevista dai *compresenti* artt. 610, 61 n. 10 c.p. là dove l'utilità data/promessa non sia suscettibile di valutazione economica¹⁵⁰.

Se poi il nostro incaricato si dovesse "limitare" ad abusare di poteri e/o qualità, senza però usare violenza (fisica), minacciare (almeno implicitamente) o prospettare un male ingiusto, ci sarà pur sempre l'ombrello *ex art. 319-quater* c.p.¹⁵¹.

Pure tutte le sottofattispecie di concussione per induzione *tranne una*, a nostro avviso, possono continuare a essere punite con la (più mite) pena *ex art. 319-quater* c.p., ma si tratta di un epilogo non così scontato¹⁵², essendoci *buone* ragioni per sostenere il contrario.

Una su tutte: l'*inedita* co-responsabilizzazione del privato, che da (autentica) vittima sopraffatta diventa (mezzo) correo, *muta* la vecchia opzione politico-criminale "racchiusa" nell'art. 317 c.p., esprimendo un *nuovo* (più maturo, meno "paternalistico") modo d'intendere i rapporti fra cittadini comuni e apparato amministrativo¹⁵³.

Per liquidare la questione nel senso della continuità, quindi, forse non basta prendere atto dell'identità "testuale" fra la vecchia e la nuova figura di concussione per induzione¹⁵⁴, magari aggiungendo che l'art. 319-quater, co. 2, c.p. ha introdotto un *autonomo* reato *monosoggettivo* di "dazione indotta" che si affianca a – senza però "intersecare" la – immutata fattispecie d'induzione qualificata dell'intraneo¹⁵⁵; vista l'auto-evidente "affinità" con la corruzione, ci sembra infatti (più) corretto inquadrare la fattispecie-anfibio fra gli illeciti a concorso necessario¹⁵⁶.

147. Da oggi, l'incaricato di p.s. che, abusando dei suoi poteri o delle sue qualità, costringa taluno a dare o promettere danaro o altra utilità *suscettibile di valutazione economica* patirà una pena irragionevolmente maggiore (quella per l'estorsione aggravata *ex art. 61, n. 9 c.p.*) del pubblico ufficiale che realizza lo stesso fatto: lo notano criticamente, fra gli altri, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 243; e BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; e la Relazione n. III/11/2012, cit., 10. Se invece la condotta di costrizione "qualificata" dell'incaricato di pubblico servizio non produca una *deminutio patrimonii*, scatterà una pena assai meno grave di quella prevista per il pubblico ufficiale (violenza privata aggravata: fino quattro anni più un terzo, contro la forbice sei/dodici anni prevista dall'attuale 317 c.p.), salvo che la vittima non sia costretta a cimentarsi in performances sessuali. Altre sproporzioni in eccesso e in difetto che attraversano la novella, insomma.

148. In questo caso, come già anticipato, il fatto ricadrebbe nella fattispecie di estorsione aggravata *ex art. 60, n. 9, c.p.*, con conseguente applicazione di una pena *più grave* di quella prevista dal vecchio art. 317 c.p. In particolare, è pacifico che il "danno" rilevante *ex art. 629 c.p.* sia solo quello dotato di contenuti economico-patrimoniali, e ciò quand'anche il patrimonio aggredito sia composto di proventi di attività illecite: cfr. per es. Cass., 22.3.1986, in *CP*, 1988, 598; Cass., II, 10.7.2008, in *CED Cass.*, 241817; Cass., II, 29.9.2009, *ivi*, 244941; Cass., II, 29.10.2009, *ivi*, 245693.

149. Nel caso in cui l'i.p.s. costringa taluno a compiere/patire atti sessuali, il fatto sarebbe riconducibile alla fattispecie aggravata *ex artt. 61 n. 9, 609-bis*, c.p., con conseguente applicazione, ancora una volta, di una pena *più grave* di quella prevista dal *previgente* art. 317 c.p. il tutto sempre che, naturalmente, si ritenga che l'aggravante comune *ex art. 61 n. 9 c.p.* (abuso di poteri/violazione di doveri funzionali) sia *compatibile* con (non venga assorbita *ex art. 84 c.p. da*) la fattispecie di violenza sessuale commessa con abuso di autorità: nel senso della compatibilità, v. per es. Cass., III, n. 19808 del 26.1.2006, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., VI, 7.7.2000, *ivi*; Cass., III, 5.3.2008, n. 18360, in *www.personaedanno.it*; Cass., 13.6.1985, in *CP*, 1986, 1929; Cass., 30.5.2000, in *CP*, 2001, 3080. Se viceversa, ragionando come fa (ceva) una parte della giurisprudenza in punto di rivelazione *ex art. 326 c.p.* (Cass., VI, 7.12.1977, in *CED Cass.*, 137664) o di falso *ex art. 479 c.p.* (Cass., 18.12.1982, in *GPen*, 1983, II, 424), ritenessimo che l'abuso di poteri/qualità *ex art. 61, n. 9, c.p.* già costituisce un elemento costitutivo della violenza "qualificata" dall'abuso di autorità (che, del resto, si ritiene da sempre essere una forma di prevaricazione "collegata" a una qualifica pubblicistica: SSUU, 31.5.2000, in *CP*, 2000, 2983; Cass., III, 11.1.2007, in *CED Cass.*, 236190) e, perciò, non può essere contestato come aggravante (imponendolo il divieto di *bis in idem*), allora ai vecchi fatti di costrizione "abusiva" a compiere/subire atti sessuali dell'i.p.s. s'applicherà la più mite pena prevista dall'art. 609-bis c.p.

150. Ciò che distingue l'estorsione dalla violenza *ex art. 610 c.p.*, infatti, è la presenza di un vantaggio-danno di natura economica: v. *ex multis* Cass., 18.10.1983, Comino, in *CED Cass.*, 164575; Cass., 22.4.1993, in *CP*, 1994, 2072; Cass., I, 3.11.2005, in *CED Cass.*, 223837.

151. Così, sostanzialmente, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., spec. 142 ss.

152. Come invece adombra PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 16 s.; opportunamente più cauti, invece, BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 13; e la Relazione n. III/11/2012, cit., 8.

153. Si tratta di un mutamento, insomma, che *anche* là dove non investa *direttamente* la struttura tipica, ma intervenga "solo" al suo esterno, giustifica, secondo i più, l'applicazione della regola *ex art. 2, co. 2, c.p.*: in questo senso, a proposito delle modifiche cd. indirette o mediate, v. per es. lo stesso PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, 686 ss.

154. In questo senso, invece, PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 17.

155. Così per es. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 5, 8 ss., 16 s.; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 245; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 1244, nt. 30; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 141.

156. Conf. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit., 7.

Quand'anche finisse per prevalere il dogma della correttezza necessaria, tuttavia, avremmo comunque a disposizione tre *ottimi* contro-argomenti per dribblare la regola *ex art. 2, co. 2, c.p.*

i) Il primo è un po' ragionieristico, ma è tutto sommato imposto da ragioni assiologiche (posto che la retroattività *in mitius* non pone "problemi di garanzia...") e dall'assetto istituzionale dello Stato di diritto (...allora perché falsificare la *voluntas legis* di continuità obiettivizzata nella nuova descrizione tipica?)¹⁵⁷: il volto strutturale dell'induzione abusiva dell'intraneo resta tale e quale a prima (art. 319-*quater*, co. 1, c.p.)¹⁵⁸.

Ma non solo.

Anche l'art. 319-*quater*, co. 2, c.p., a bene riflettere, *nulla aggiunge alla vecchia descrizione tipica*, che già *contemplava* la dazione/promessa del privato fra i requisiti essenziali della concussione per induzione.

Questo inedito comma 2, insomma, *non specializza* la previgente fattispecie induttiva, *non ne arricchisce* la fisionomia strutturale: è semplicemente una clausola che sancisce la punibilità di una condotta già *prevista* dalla vecchia disposizione *ex art. 317 c.p.*

Fra fattispecie sostituita (induzione monosoggettiva *ex art. 317 c.p.*) e fattispecie sostitutiva (induzione plurisoggettiva *ex art. 319-*quater* c.p.*), quindi, non è neppure apprezzabile un rapporto di *genus ad speciem*¹⁵⁹; che peraltro, e per inciso, c'imporrebbe *comunque* di concludere nel senso della continuità.

Vero, dunque, che il "*quid pluris*" (l'estensione della punibilità all'"indotto") ha trasformato la *natura* dell'illecito, deturpandone la tradizionale fisionomia monosoggettiva; tuttavia, è pure vero che ricognizione logico-strutturale e inquadramento dogmatico sono operazioni *diverse* che avvengono su piani *diversi*.

ii) Il secondo contro-argomento, strettamente collegato al primo, è di carattere pratico-processuale: nel gestire la nostra vicenda intertemporale, la magistratura *non* incontrerà sbarramenti accertativi (impossibilità di verificare/contestare elementi "nuovi", limiti cognitivi del giudice dell'esecuzione *etc.*)¹⁶⁰, e *non* ci sarà neppure bisogno di (asseritamente impossibili) "rinvii esplorativi"¹⁶¹, appunto perché non saranno necessarie ulteriori verifiche *in facto*. Da un lato, infatti, essendo la condotta del pubblico agente identica a prima, anche il fatto, "per come accertato dal giudice di merito", continuerà giocoforza a costituire reato; allo stesso tempo, pure la dazione dell'indotto avrà già formato oggetto di accertamento giudiziale, essendo quella "prestazione" già contemplata dal "vecchio" tipo *ex art. 317 c.p.*

Il necessario e sufficiente per continuare a punire il pubblico agente, insomma, sarà già stato contestato e accertato, proprio perché una condanna per concussione "induttiva" presuppone la compiuta dimostrazione dello squilibrio/disparità che ha afflitto la concertazione (presuppone la prova dell'abuso funzionale o "ambientale"...) e del fatto induttivo (...e quella della esortazione non-costrittiva). Se il privato fosse o meno "intimorito" dal funzionario o cointeressato al negozio, oppure se ne abbia o meno tratto qualche beneficio indebito, sono aspetti su cui il giudice intertemporale può soprassedere, essendo decisivi *solo per la punibilità dell'indotto* (che certamente *non può retroagire*). L'unica zona d'ombra ipotizzabile è quella conseguente alla ridefinizione "esterna"

157. In argomento, a proposito delle ipotesi di manipolazione diretta-specializzante del tipo (cd. successione per riformulazione-sostituzione), mi permetto di rinviare ancora a VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., spec. 248 ss., 258 ss.

158. Anche la Cassazione, nelle sue prime decisioni sul punto, ha enfatizzato il rapporto di continuità strutturale fra presente e passato agli effetti dell'applicazione della regola *ex art. 2, co. 4, c.p.*: cfr. LEO, *Le prime decisioni della Cassazione sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: il reato di «induzione indebita a dare o promettere utilità»* (art. 319-*quater* c.p.), in *Dir. pen. cont.*, 6.12.2012.

159. Diversa l'opinione (ma identiche le conclusioni) di DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 244 s., secondo cui la fattispecie *ex art. 319-*quater* c.p.* (ma pure quella attualmente prevista dall'art. 317 c.p.), si porrebbe in rapporto di specialità con la "vecchia" incriminazione *ex art. 317 c.p.* Non è dato comprendere, però, quali siano gli elementi specializzanti contenuti nei *nova*, che invece ripropongono pedissequamente la previgente struttura tipica.

160. Così invece, a proposito della vicenda del falso in bilancio, Cass., 23.6.2003, in *CP*, 2004, 457 ss.

161. Come quelli che si auto-preclusero, sempre in relazione alla vicenda del falso societario, le Sezioni unite: SSUU, 26.6.2003, in *RIDPP*, 2003, 1503 ss., con nota di PECORELLA, § 7.

dei confini fra costrizione *ex art. 317 c.p.* e induzione *ex art. 319-quater c.p. (retro, § 4)*, ma non si tratta di un problema di continuità/discontinuità: qui si tratta di scegliere quale delle due figure calza meglio sulla vicenda, ossia di individuare il corredo sanzionatorio da applicare a un fatto che *indubbiamente* continua a costituire reato. Qua, insomma, la Cassazione potrebbe e dovrebbe disporre il rinvio “esplorativo”.

iii) Il terzo e ultimo “argomento per la continuità” è di carattere valutativo-valoriale, e attiene al bene giuridico protetto dalla neonata incriminazione. Si tratta, in particolare, di prendere atto della *mera restrizione* della portata offensiva della concussione per induzione, che, da reato posto *anche* a tutela della libertà del consenso e di autodeterminazione (e, sullo sfondo, del patrimonio) del cittadino “indotto”¹⁶², diventa un illecito che protegge *unicamente* buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Non ci pare proprio, insomma, che la correità necessaria del privato imprima una svolta o anche solo uno slittamento della vecchia direzione lesiva, limitandosi invece a “ridurla a uno”: il *cuore teleologico pubblicistico* della vecchia figura, che peraltro fagocitata da sempre le sue “curvature privatistiche”¹⁶³, resta del tutto intatto, *continua a pulsare* anche dentro il nuovo.

Fuori dall’art. 319-quater c.p., come già anticipato, resterebbe dunque la sola concussione per frode-inganno; a quel sottogruppo di “fatti induttivi” si applicherà d’ora in poi la truffa aggravata, sempre che, però, della fattispecie comune ricorrano *tutti* gli elementi costitutivi.

Perché ci sia un truffatore, insomma, ci vuole che la dazione del privato “indotto”, oppure la sua prestazione di fare¹⁶⁴, siano suscettibili di valutazione economica: assumano, cioè, le sembianze di un *depauperamento patrimoniale*.

E qui casca l’asino, qui si abbatte la scure del tempo: il fatto del pubblico agente che, abusando dei suoi poteri o delle sue qualità, sorprende la buona fede di taluno, il quale, per ciò, si determina a un “tradere” (o “facere”) cui non segua una *deminutio patrimonii*, non costituisce più reato *ex art. 2, co. 2, c.p.*¹⁶⁵.

Poi potremmo discutere per giorni, e infine anche convenire, sul fatto che la concussione per frode-induzione in errore *non avrebbe* mai dovuto rilevare *ex art. 317 c.p.*; sta di fatto, però, che nel diritto giurisprudenziale rilevava eccome, e che da oggi non potrà più essere così¹⁶⁶.

162. Cfr. per es. CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2011, 1227 s.

163. Considerata recessiva e ancillare, quando non completamente obliterata. Ci riferiamo, in particolare, a quella corrente giurisprudenziale secondo cui c’è reato anche là dove il privato costretto/indotto sia *inconsapevole* della qualifica pubblicistica rivestita dall’agente: Cass., VI, 11.2.1993, in *CP*, 1994, 1840; Cass., VI, 21.1.2005, in *CED Cass.*, 231482; Cass., VI, 3.12.2007, *ivi*, 239415. Il che, in sostanza, significa fare a meno del *metus publicae potestatis*, della vittima di una “sopraffazione pubblicistica”, concentrando il disvalore della fattispecie sul dovere di fedeltà e sulla probità dei preposti alla cosa pubblica. Non solo. Come accade per l’abuso *ex art. 323 c.p.*, anche in punto di concussione non sono mancate ri-visitazioni ermeneutiche rivolte a espungere dall’area della punibilità, *perché inoffensive*, costrizioni/induzioni abusive che realizzavano, anziché compromettere, i fini istituzionali dell’amministrazione: cfr. per es. Cass., VI, 25.9.2001, in *CP*, 2002, 3455; Cass., VI, 27.3.2003, *ivi*, 2004, 2809; v. anche, emblematicamente, Cass., VI, 4.6.2009, in *CED Cass.*, 244682, con cui è stata confermata la condanna di un ufficiale dei CC che aveva *intimidito* un commerciante, *costringendolo* a consegnargli una fornitura di mobili di valore superiore al *budget* stanziato dall’Amministrazione, sul presupposto che il militare avesse agito *anche* per acquisire un indebito vantaggio personale, e precisando che *non* ci sarebbe stata concussione là dove «la promessa o il compimento di una prestazione, in forza di induzione o costrizione, [fosse stata] di esclusivo vantaggio per la P.A.».

164. Che la giurisprudenza cava (cripto-)analogicamente dall’enunciato *ex art. 317 c.p.* in conseguenza all’estensione (stavolta legittima) del concetto di “altra utilità”: rilievi al riguardo in DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 82 ss., *ivi* anche con gli opportuni richiami giurisprudenziali.

165. Se è vero, infatti, che il “profitto” *ex art. 640 c.p.*, può *non* avere contenuto economico (ma consistere in una soddisfazione psicologica o morale: Cass., 3.4.1986, in *CPM*, 1987, 2137); e se è vero che lo stesso vale la altra “utilità” *ex art. 317 c.p. prev.* (che può anche essere un vantaggio di natura politica, oppure esaurirsi nel soddisfacimento di impulsi sessuali o erotici: v. per es. Cass., VI, 19.6.2008, in *CED Cass.*, 240796; Cass., VI, 1.2.2006, *ivi*, 234613; Cass., 15.10.1999, in *CP*, 2001, 1202; nonché SSUU, 11.5.1993, *ivi*, 1993, 2252), è anche vero che la truffa, delitto contro il patrimonio, non può fare a meno di un pregiudizio patrimoniale: così SSUU, 16.12.1998, in *CP*, 1999, 1414 ss., con nota di FENU. Naturalmente, la sopravvenuta irrilevanza penale non riguarderà l’ipotesi in cui il *facere* consista in prestazioni sessuali e l’artificio in una “sostituzione” di persona (nel qual caso soccorrerebbe la fattispecie *ex art. 609-bis*, co. 2, n. 2, c.p.), né i casi in cui il fare-dare dell’indotto costituisca reato e sia identificabile un inganno *ex art. 48 c.p.*

166. Ovvio, infine, che la punibilità del neo-correo privato incontra il limite *ex art. 2, co. 1, c.p.*

Tale essendo il quadro diacronico, è inevitabile ripensare all'appello contenuto in uno dei primi (e ottimistici) commenti *in progress* sulla riforma:

«[n]on è tollerabile [...] che la riforma venga condizionata da preoccupazioni su processi in corso che riguardano imputati eccellenti: troppe volte la politica criminale recente, da almeno un decennio a questa parte, è stata affidata alla piaga delle leggi *ad personam*, cucite su misura in relazione alle vicende giudiziarie di individui con nome e cognome. È arrivato il momento di voltare pagina, e di sollevare lo sguardo oltre simili contingenze»¹⁶⁷.

Parole sante.

Ma la domanda è: anche il legislatore *euro-sensitive* ha sottoscritto fino in fondo quell'appello? Non c'è proprio nulla nella riforma, nemmeno uno spazietto, tagliato e cucito su un individuo in carne e ossa? E se così fosse, si tratterebbe davvero di un *cutting & sewing* inconsapevole e involontario?

Non sapendo cosa c'è nello scrigno (e nella mente) del legislatore, non ci resta che lavorare con la fantasia.

5

UNA FAVOLETTA A LIETO FINE

C'era una volta un Imperatore illuminato, che di giorno governava un Regno ingovernabile, e di notte frequentava cene che, spesso, degeneravano (o evolvevano, dipende sempre dai gusti) in interminabili *karaoke*, con tanto di maxischermi, microfoni *wireless* e splendide cortigiane in griffatissimo abito da sera.

Insomma: lunghe e festose bisbocce in cui, fra persone adulte consenzienti, si esercitavano libertà garantite dalla Carta fondamentale di quel Regno, nel quale, guarda un po' il caso, vigeva un codice penale identico al nostro.

I sudditi, intanto, plaudivano al fantascientifico vigore del loro Sovrano, che, eroicamente votato al *party* a dispetto della (assai avanzata) età, aveva via via assunto, nell'immaginario collettivo, le sembianze di un semidio immortale.

Tutto bene (tutto normale, tutto liscio), se non fosse che, a un certo punto, il Primo Cavaliere (*tu quoque!*), appassionato cultore dello Zecchino d'Oro, prese a reclutare minorenni da introdurre nelle *jam sessions*, con la promessa che avrebbero avuto l'occasione di esibirsi intonando «Non ho l'età».

L'Imperatore, ignaro di tutto, accolse generosamente i nuovi ospiti, duettando con loro fino all'alba.

Un maledetto giorno, però, uno dei neo-ospiti, che, oltre a essere minorenne, era pure un clandestino irregolare, s'imbatté in un integerrimo tutore dell'ordine, il quale decise (era integerrimo) di applicare alla lettera la legge: trattene il ragazzino in Gendarmeria e allertò i competenti servizi sociali.

L'Imperatore illuminato e luminoso, venuto a sapere dell'inghippo e colto da una crisi di panico (cosa ne sarà della mia autorevolezza, quando si saprà in giro che gareggio nel canto con adolescenti? E i sudditi ingovernabili e moralisti, potranno mai perdonarmi per aver compromesso il bioritmo delle giovani leve?), perse purtroppo la testa: chiamò il Gendarme anelastico, declinò la sua qualifica e, con tono suadente ma deciso, raccontò al militare una storia farlocca: il prigioniero era in realtà il figlio di un monarca levantino e, perciò, andava rilasciato immediatamente.

Lo imponeva il *bon ton* politico-internazionale.

Il tutore della legge decise di berla e rilasciò il ragazzo, felice di tornare (a spese del Regno) nel lontano Oriente.

La notizia dell'intercessione dell'Imperatore (maledetto quel giorno) si diffuse assai

167. DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 233.

rapidamente, e ben presto giunse alle orecchie dei Magistrati (maledetta indipendenza fra poteri), i quali, sospettosi per natura, cominciarono ad accarezzare l'idea di uno scandalo giudiziario: parrebbe un'ipotesi di scuola di concussione per induzione-frode, si dissero, un *goal* a porta vuota. Volendo, potremmo perfino fare a meno dell'udienza preliminare.

Sembrava l'inizio della fine, la piega irreversibile di una parabola discendente: l'Imperatore perse rapidamente consensi e fu costretto ad abdicare in favore di un reggente-professore; la macchina processuale, nel frattempo innescata, pareva destinata a raggiungere fulmineamente il capolinea.

Attenzione, però, perché siamo in una favola, e come in ogni favola, quando l'orco domina il campo e tutto sembra perduto, ecco che, in fondo al tunnel, compare una luce (o una manna, o un *deus ex machina*).

E così, proprio per impulso del reggente-professore, il Parlamento del Regno manipolò il reato di concussione, espungendo dal relativo *range* applicativo i casi di abusiva induzione in errore.

I Magistrati furono allora sfiorati dall'idea di ricorrere al paracadute *ex artt.* 640, 61 n. 9, c.p., ma si accorsero quasi subito che quel congegno non faceva al caso loro: la prestazione del Gendarme-indotto, infatti, tutto era meno che suscettibile di valutazione economica.

Restava un abusino *ex art.* 323 c.p., magari "mediato" *ex art.* 48 c.p., che però, oltre a patire gli stessi "limiti patrimonialistici" della truffa, doveva fare i conti con risibili termini prescrizionali.

Perciò, i nostri Magistrati si ritirarono in buon ordine, l'Imperatore poté rifarsi in santa pace una vita (anche) privata, e (quasi) tutti vissero felici e contenti.