

La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*

Adelmo Manna

SOMMARIO: 1. Le difficoltà incontrate dal legislatore, in quanto il c.d. governo tecnico è stato sorretto da due partiti tradizionalmente in conflitto fra loro, 15 – 2. Uno sguardo generale ai profili più importanti della riforma: in primo luogo la concussione per costrizione risulta privata del riferimento all'incaricato del pubblico servizio, 16 – 3. Nella nuova fattispecie di "induzione indebita a dare o promettere utilità" ricompare invece il riferimento all'incaricato di pubblico servizio, 18 – 4. La punizione del privato indotto: ragioni di politica criminale adottate dal legislatore e loro insufficienza, 18 – 5. La nuova fattispecie "a cavaliere" tra concussione e corruzione: successione di leggi o *abolitio criminis*?, 22 – 6. L'atteggiamento della giurisprudenza, anche con riferimento alla distinzione tra "costrizione" e "induzione": l'insoddisfacente soluzione rinvenuta sinora dalla cassazione, 26 – 7. Riflessi della punizione del privato sotto il profilo processuale, 28 – 8. La corruzione per l'esercizio della funzione: la discutibile scelta della sanzione meno grave rispetto alla corruzione propria, 30 – 9. Cenni all'evoluzione della nuova fattispecie di traffico di influenze, 31 – 10. La c.d. corruzione privata ed il persistere, seppure non totalmente, sulla perseguibilità a querela: contrasto con il bene giuridico tutelato, 33 – 11. Conclusioni, 35.

1. Le difficoltà incontrate dal legislatore, in quanto il c.d. governo tecnico è stato sorretto da due partiti tradizionalmente in conflitto fra loro

Sarebbe veramente ingeneroso se la recente riforma dei reati contro la P.A., di cui alla legge 6 novembre 2012 n. 190, fosse giudicata in chiave puramente asettica, cioè a dire decontestualizzata dal quadro politico di riferimento. Non va, infatti, sottovalutato il fatto che il c.d. governo tecnico, presieduto dal sen. Monti, con Ministro della Giustizia la Prof.ssa Paola Severino, ha dovuto, nel suo anno di attività, essere sorretto dai due più importanti partiti del quadro politico, ovvero il PDL e il PD, che tradizionalmente sono

* Testo, ampliato e con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta all'VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale, organizzato dal Consiglio Nazionale Forense-Scuola Superiore dell'Avvocatura, Roma, 14-16 marzo 2013, nella Sessione: "La concussione, il traffico di influenze illecite e gli altri delitti contro la P.A. dopo la riforma", tenuta il 14 marzo 2013.

sempre stati fra loro antitetici ed, in particolare, in tema di giustizia penale, ove il primo ha espresso una politica giudiziaria tendente in vario modo a far prevalere, anche in chiave immunitaria e pseudo-garantista, il governo e, comunque, le più alte cariche dello Stato sul potere giudiziario, mentre il secondo, al contrario, tentava in ogni modo di difendere quest'ultimo potere da una inopinata prevalenza del potere esecutivo, seppure talvolta esagerando in una difesa "corporativa" del sistema giudiziario medesimo¹.

L'antitesi, addirittura tra i due *leaders* politici, che sinora hanno rappresentato i partiti di maggioranza, almeno sino all'espletamento delle ultime elezioni e la "personalizzazione", talvolta, di questo scontro politico-istituzionale, ha sicuramente reso non facile in generale l'opera del governo tecnico e, in particolare, il ruolo del Ministro della Giustizia, che ha dovuto con grande fatica mediare fra le opposte istanze politico-criminali e, ciononostante, Le va riconosciuto come sia riuscita a varare la prima riforma dei reati contro la P.A., di una notevole significatività, dal 1990 in poi, se si eccettua la riforma, anch'essa, per altro, assai discussa, del 1997, ma del tutto parziale, perché avente ad oggetto soltanto il delitto di abuso di ufficio².

Ciò, tuttavia, non esime l'interprete dal segnalare quelli che, almeno a suo avviso, sono gli elementi di "criticità" del nuovo sistema penale appena varato, con particolare riguardo ai delitti di concussione e di corruzione.

2. Uno sguardo generale ai profili più importanti della riforma: in primo luogo la concussione per costrizione risulta privata del riferimento all'incaricato del pubblico servizio

Un primo elemento di perplessità circa la riforma del delitto di concussione balza subito agli occhi per quanto riguarda la concussione per costrizione, in quanto il legislatore ha ritenuto di eliminare il riferimento all'incaricato di pubblico servizio, che, invece, come constateremo meglio in seguito, "ricompare" nella nuova fattispecie di induzione indebita. Il mancato riferimento all'incaricato di pubblico servizio, nel caso della concussione per costrizione si potrebbe, in teoria, giustificare perché quest'ultimo tipo di pubblico agente non avrebbe, per il suo carattere "subordinato" al pubblico ufficiale, il potere di provocare nel privato quel *metus publicae potestatis*³, che costituisce il tradizionale criterio di distinzione fra concussione e corruzione e che invece, a maggior ragione, dovrebbe sussistere anche nella

1. Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Disequilibri tra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in CP, 2011, 1244 ss., con *ivi* ampi riferimenti sia alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che al correlativo fenomeno delle c.d. leggi *ad personam*.

2. Sia in argomento di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004 e gli Aa. *ivi* citati.

3. Così, ad es., CASARELLI-PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione*, Torino, 2013, 99 ss e, *quivi*, 103.

forma dal legislatore ritenuta più grave di concussione, cioè a dire quella per costrizione.

Una motivazione siffatta, cioè quella fatta propria dal legislatore della riforma, tuttavia, non convince appieno, almeno nella misura in cui non tiene nel dovuto conto che l'aver eliminato il riferimento all'incaricato di pubblico servizio nella concussione per costrizione rischia di provocare un vero e proprio "vuoto normativo", proprio con riferimento agli enti ed alle aziende pubbliche che svolgono un pubblico servizio, ove, al contrario, il pubblico agente in analisi svolge un ruolo spesso di notevole significato e funzione, come, ad esempio, avviene nelle aziende municipalizzate. Per queste ragioni, in definitiva, l'aver privato la concussione per costrizione del riferimento, quanto al soggetto attivo, anche dell'incaricato di pubblico servizio, produce il pericolo di un notevole depotenziamento della fattispecie, con, al limite, anche profili di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di uguaglianza–ragionevolezza⁴, proprio perché l'incaricato di pubblico servizio ricompare, come già evidenziato, nella fattispecie di induzione indebita, che, nonostante attualmente sembri più avvicinarsi alla corruzione, piuttosto che alla concussione, a causa della punizione anche del privato, non va dimenticato che costituisce originariamente una "costola" della tradizionale fattispecie di concussione.

Il risultato complessivo che si è ottenuto è, quindi, riassumibile in una triplice problematica: in primo luogo, la concussione per costrizione viene privata di uno dei soggetti attivi, ma è anche quella che si verifica con minore frequenza; in secondo luogo, siamo in presenza della importante, ma discutibile, novità, rappresentata dall'induzione indebita, che sembrerebbe più avvicinarsi alla corruzione, piuttosto che alla concussione⁵, proprio perché è punito anche il privato, ma che non può essere assimilata del tutto alla corruzione medesima, proprio perché il privato è punito meno gravemente del pubblico agente, per cui sembrerebbe dare luogo ad un nuovo ed inedito "modello" di incriminazione; in terzo luogo, residuano le fattispecie di corruzione, che hanno, però, anch'esse subito importanti modifiche, che tratteremo successivamente.

Da ultimo va, tuttavia, pure rilevato che, nell'ambito della concussione, la fattispecie che risulta sicuramente depotenziata è, addirittura, quella di più diffusa verificazione nella prassi, per cui appare francamente irragionevole tale affievolimento della risposta sanzionatoria, che non sembra

4. Da ultimo, in argomento, cfr. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale – Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, spec. 85 e ss.

5. Tanto ciò è vero che vi è chi, autorevolmente, afferma che: « Entro il contesto codicistico la nuova fattispecie (di cui all'art. 319–*quater* n.d.t) è collocata fra le varie figure in cui si articola la disciplina della corruzione », così testualmente PULITANÒ, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012 n. 190)*, commento, in CP, suppl. al n. 11/2012, 3 ss. e *quivi* 8–9.

sufficientemente bilanciata dalla punizione anche del soggetto privato⁶.

3. Nella nuova fattispecie di “induzione indebita a dare o promettere utilità” ricompare invece il riferimento all’incaricato di pubblico servizio

Come abbiamo già rilevato, l’incaricato di pubblico servizio ricompare, come d’incanto, nella nuova fattispecie d’induzione indebita, evidentemente perché il legislatore ha ritenuto che anche quest’ultimo soggetto sia in grado di provocare un *metus publicae potestatis*, seppure non fino al punto di annullare la potestà di autodeterminazione del privato, tanto è vero che anche quest’ultimo soggetto è punito, seppure in misura minore. Questo ragionamento lascia, tuttavia, perplessi, almeno nella misura in cui l’incaricato di pubblico servizio, proprio perché costituisce una figura c.d. residuale rispetto al pubblico ufficiale — tanto è vero che lo stesso legislatore non riconosce al primo una capacità di *metus* — ha piuttosto bisogno della costrizione e non della semplice induzione per condurre il privato alla promessa o alla dazione di danaro e di altra utilità. Va, inoltre, rilevato che appare francamente illogico punire il soggetto in questione per la fattispecie meno grave e per lui stesso di più difficile realizzazione e non, invece, ricomprenderlo tra i soggetti attivi del reato più grave, cioè la concussione per costrizione, la cui condotta costituisce uno strumento di più agevole “coazione” nei confronti del privato e, quindi, sicuramente di maggiore effetto su quest’ultimo e, pertanto, di più facile praticabilità.

4. La punizione del privato indotto: ragioni di politica criminale addotti dal legislatore e loro insufficienza

La più importante novità della riforma in analisi, a nostro avviso, consiste però in quello che nel linguaggio giornalistico viene definito lo “spacchettamento” del delitto di concussione, originariamente previsto con due modalità alternative di condotte, cioè a dire la costrizione e l’induzione, punite — si badi — con la stessa cornice edittale di pena, in due fattispecie, di cui l’una è quella tradizionale di concussione per costrizione, che abbiamo già esaminato e l’altra, punita meno gravemente, che integra la

6. Tanto ciò è vero che, proprio la nuova fattispecie di “induzione indebita”, essendo stata ridotta *quoad poenam*, da 12 a 8 anni di reclusione e, conseguentemente, anche il termine prescrizione, da 15 a 10 anni, ha “provocato”, il 4 marzo 2013, la sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione del GUP del Tribunale di Monza, Dott. Giovanni Gerosa, in relazione al processo che vede imputato anche Penati, nel noto caso giudiziario di Sesto San Giovanni: cfr. *La Repubblica*, 5 marzo 2013.

nuova ipotesi criminosa di cui all'art. 319-*quater*, ovvero sia l'“induzione indebita a dare o promettere utilità”. A differenza che nel regime sino ad oggi in vigore, ulteriore novità relativa a quest'ultima fattispecie, che, a nostro avviso, costituisce quella di maggior rilievo, è, al secondo comma, la punizione anche del privato che dà o promette denaro o altra utilità, seppure con una pena inferiore a quella prevista per il pubblico agente. Per intendere appieno il senso e la portata di questa netta rottura rispetto alla tradizione⁷ è opportuno ricordare che già nel codice Zanardelli era prevista sia la concussione per costrizione, che quella per induzione⁸, ma le due ipotesi in seguito furono addirittura riunite nell'originario art. 317 del c.p. del '30, perché nella Relazione ministeriale al Codice penale si può leggere come il legislatore si fosse posto il problema dell'eliminazione della condotta di induzione, ma decise, giustamente, di respingerlo, proprio perché, se si fosse, al contrario, operato in tal senso, non si sarebbero potute perseguire quelle ipotesi *più insidiose perché compiute dai più alti vertici della P.A.*, di minacce larvate, di insinuazioni idonee a coartare la volontà del soggetto passivo, senza che costui avesse la possibilità di eliminare in altro modo il danno che andrebbe a subire⁹.

In altri termini, il legislatore del 1930 si era perfettamente reso conto che l'induzione, sia essa identificata nella frode, oppure in una minaccia larvata, è quella che più frequentemente viene usata soprattutto dagli alti vertici della Pubblica Amministrazione, che infatti di rado ricorrono all'altra modalità alternativa di condotta, cioè a dire la costrizione, che, infatti, ricorre molto più frequentemente in un reato in teoria assimilabile alla concussione, ma del quale sono profondamente diversi i “tipi d'autore”, cioè l'estorsione.

Nell'equiparare *quoad poenam* l'induzione alla costrizione, il legislatore del 1930 aveva altresì perfettamente compreso come entrambe le forme di coartazione della volontà del privato posseggano *analoga* capacità lesiva, solo che differisce il modo di estrinsecazione della stessa, perché nell'un caso si manifesta in modo più brutale e, quindi, appannaggio, in genere, dei livelli più bassi della P.A., e l'altra, non meno pericolosa, in modo più suadente e subdolo, che però, soprattutto se proviene dai più alti vertici della P.A. medesima, può ben suscitare un analogo effetto di coercizione nei confronti del privato.

L'aver, invece, creato una fattispecie autonoma nel caso dell'induzione indebita, prevedendo una pena minore rispetto alla concussione per costrizione, non solo risulta estraneo alla nostra tradizione giuridica, ma soprattutto, per quanto sinora già osservato, si rivela assai irragionevole,

7. In tal senso anche VINCIGUERRA, *Concussione a rischio*, in *Italia Oggi*, 3 maggio 2012, 34.

8. In argomento PARADISO, *La nuova normativa in materia di concussione e di corruzione*, Matelica (MC), 2013, 230.

9. Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IX, 8°, Torino, 1988, 857.

perché rischia di “premiare”, anche con un conseguente termine prescrizione più breve, proprio i pubblici agenti di alto rango, che infatti ben raramente ricorrono a “brutali” forme di costrizione, ma preferiscono, per l’appunto, usare forme “soavi”, ma altrettanto pericolose, di persuasione del privato, in modo tale da indurlo a promettere denaro o altra utilità proprio, come suol dirsi, per evitare un danno. Quest’ultima costituiva, anzi, la vera ragione per cui in tutte le ipotesi di concussione il privato era considerato vittima del reato, proprio perché la sua libertà di autodeterminazione era considerata annullata in entrambe le modalità alternative di condotta.

L’aver, invece, punito meno gravemente l’induzione indebita, rispetto alla concussione per costrizione, finisce, pertanto, per indebolire la tutela del bene giuridico sotteso ai reati contro la P.A. e, cioè, *ex art. 97 Cost.*, non tanto il buon andamento, quanto soprattutto l’imparzialità dell’agire pubblico, proprio nelle ipotesi nelle quali, semmai, sarebbe stato necessario mantenere una tutela adeguata al “rango” del pubblico agente, soggetto attivo del reato.

Come già, per altro, specificato innanzi, la novità di maggior rilievo è costituita, però, dalla punizione anche del privato, nel caso di induzione indebita, con una pena fino a tre anni di reclusione, evidentemente sul presupposto che l’induzione, di per sé, non cancelli la libertà di autodeterminazione del privato, che quindi avrebbe, comunque, la possibilità di resistere al pubblico agente. Tanto ciò è vero che la ragione addotta dal legislatore per punire, questa volta, anche il privato — giustificata anche da un’asserita adesione a precisi obblighi internazionali derivanti, ad es., dalla Convenzione di Merida, del 2003, di Strasburgo, del 1999, nonché dalle indicazioni fornite dal Rapporto del 2012, redatto dal gruppo di Stati contro la corruzione nell’ambito del Consiglio d’Europa, Greco¹⁰ — sarebbe quella di “orientare” il comportamento di quest’ultimo, attraverso la minaccia di una sanzione penale, verso la legalità e, quindi, l’osservanza del divieto di promettere o dare denaro o altra utilità ad un pubblico agente¹¹.

In tal senso si è anche pronunciata autorevole dottrina per la quale occorrerebbe spezzare: « la catena di più o meno interessati adeguamenti e connivenze dei privati rispetto a prassi devianti dei titolari dei pubblici uffici »¹².

Nonostante l’autorevolezza sia del legislatore, che della dottrina appena

10. In argomento cfr. MACRILLÒ, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione*, Padova, 2013, 1 ss.

11. La SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *DPP*, 2013, 7 ss. e, quivi, 10, infatti, afferma che nell’induzione il privato, non essendo costretto, ma, appunto, « semplicemente indotto alla promessa o dazione, mantiene un margine di scelta criminale, che giustifica una, sia pur limitata, pena » (corsivo aggiunto).

12. Così, testualmente, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, (inserito il 27 aprile 2012), 15.

riportata, sia consentito manifestare, al contrario, serie perplessità sull'efficacia di orientamento culturale di una norma penale siffatta per il privato, perché, laddove al privato medesimo, come avviene anche nel caso dell'induzione, viene prospettato il rischio di un male ingiusto, o, comunque, di un danno, c'è da domandarsi se costituisca un'adeguata "contropinta" l'eventualità dell'aprirsi di un procedimento penale a carico di quest'ultimo, fra l'altro per un reato punito per il privato medesimo con una pena così bassa, cioè fino a tre anni di reclusione — equiparabile, quindi, a quella prevista per il furto semplice, che notoriamente non sussiste nella prassi, se non accompagnato da qualche aggravante — e, per di più, con un elevato rischio prescrizione¹³.

Si ha, in definitiva, l'impressione che si sia di fronte ad un'ipotesi criminosa, quale quella riguardante la rilevanza penale del comportamento del privato nell'induzione indebita, dal sapore più che altro "simbolico-espressivo", in quanto, per le ragioni addotte, siamo francamente assai scettici che una norma penale siffatta possa davvero fungere da efficace "deterrente" per il privato. Per di più la norma in oggetto rischia anche di risultare affetta da un evidente *deficit* di effettività, sia per l'elevato rischio della c.d. cifra oscura, sia per le connesse difficoltà probatorie che produce, sia, infine, lo si ribadisce, per l'assai ridotto termine prescrizione, naturalmente spalmato nell'ottica dei tradizionali tre gradi di giudizio.

Da ultimo, ci sembra che la previsione dell'art. 319-*quater* c.p., "tradisca" l'intento, manifestato dal legislatore, sin nell'intitolazione della nuova legge, ovvero di « reprimere la corruzione e l'illegalità nella P.A. ». Se, dunque, questo era l'obiettivo del legislatore, allora avrebbe, a nostro avviso, dovuto anche tener conto delle esigenze che erano emerse durante il periodo c.d. di tangentopoli, ove proprio la difficoltà di rinvenire una specifica condotta di costrizione e/o induzione sul piano probatorio, aveva condotto la giurisprudenza a creare un'ipotesi criminosa "*extra codicem*", cioè la c.d. concussione ambientale, costruita sostanzialmente sulle dichiarazioni rese dal privato. Pur censurando l'atteggiamento della prassi giudiziaria, è, tuttavia, necessario indagare le ragioni di una tale opzione, che, se sicuramente si poneva in contrasto con le esigenze sottese alla tassatività, poiché risultava il frutto di un'opera di "supplenza giurisprudenziale", pur tuttavia mostrava la necessità di intervenire con il diritto penale anche di fronte a forme larvate e "consuetudinarie" di restrizione della libertà di autodeterminazione

13. Tanto ciò è vero che giustamente PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2012, 227 ss. e *quivi*, 244 ha osservato come vi sia seriamente da chiedersi se fosse davvero opportuno « corresponsabilizzare il privato scaricando alla fine su di lui — nella sua diversificata umanità — il compito di opporsi all'opera induttrice del funzionario pubblico ». Egli, inoltre, aggiunge, altrettanto in modo condivisibile, come si potrà constatare in prosieguo, che « la punibilità anche del privato indotto comporta una riduzione delle *chances* probatorie per l'evidente interesse di una delle fonti di prova più rilevanti a mantenere il silenzio più assoluto ».

del privato, che, infatti, non sempre riescono ad esplicitarsi in precisi atti o comportamenti del pubblico agente¹⁴, al fine soprattutto di garantirsi la collaborazione del privato, come elemento essenziale sul piano probatorio. Se, dunque, proprio le esigenze di difesa sociale avevano portato la giurisprudenza a creare una condizione di sostanziale impunità per il privato, attraverso il ricorso alla concussione ambientale, anziché di corruzione propria, per garantirne la collaborazione sul piano processuale, secondo l'ottica "premiata" dei "ponti d'oro al nemico che fugge", tanto è vero che una fattispecie siffatta era stata anche prevista nel "Progetto Pagliaro"¹⁵ di riforma del codice penale, appare invero eccentrica la scelta del legislatore della riforma, che, invece, punisce il privato a prescindere dal comportamento processuale "sterilizzando", in questo modo, un importante strumento di ricerca della prova, come si potrà constatare meglio in seguito.

5. La nuova fattispecie "a cavaliere" tra concussione e corruzione: successione di leggi o *abolitio criminis*?

A nostro giudizio, il profilo più delicato, anche per i molteplici risvolti cui dà luogo, è quello relativo al problema del se la nuova fattispecie di « induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità », dia luogo ad un fenomeno puramente successorio o, addirittura, ad un' *abolitio criminis*. La questione si complica, indubbiamente, a causa del diverso orientamento manifestato dalle Sezioni Unite penali della cassazione, in un primo tempo, in relazione ai reati tributari e, successivamente, con riguardo alla riforma dei reati societari, nonché alla fattispecie, di nuovo conio, di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, l. f., modificata, appunto, dalla riforma del 2002. Orbene, in relazione alla riforma dei reati tributari, avvenuta come è noto con il d.lgs. n.74 del 2000, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha ritenuto, in diverse pronunce, che si fosse di fronte ad una "discontinuità normativa", proprio perché la *ratio* di politica criminale, sottesa alla riforma, era del tutto antitetica rispetto alla l. n. 516/82, in quanto con quest'ultima legge si andavano a punire anche fattispecie prodromiche all'evasione e di carattere del tutto formale, mentre con la riforma si è dato maggiore valore al principio di offensività, ancorando il momento consumativo del reato, con riguardo

14. Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 116 ss., e gli Aa. ivi citati, cui, per maggiori approfondimenti, anche si rinvia.

15. Ove all'art. 138, n. 5, la concussione ambientale consisteva: « nel fatto del pubblico agente che riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità patrimoniale, sfruttando l'altrui convinzione, determinata da situazioni ambientali reali o supposte, di non poter altrimenti contare su di un trattamento imparziale ». Cfr. Pisani (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Padova, 1993, 99.

ai reati in tema di dichiarazione, proprio alla presentazione annuale dei redditi, così abolendo le fattispecie di carattere eccessivamente anticipato¹⁶. Sotto questo profilo, non vi è dubbio, che la Corte di cassazione non abbia utilizzato un criterio puramente strutturale, bensì un chiaro giudizio di valore. In modo diametralmente opposto, sempre le Sezioni Unite penali della cassazione hanno invece risolto l'annoso e duplice problema, se vi fosse, cioè, o no continuità normativa tra il vecchio e il nuovo falso in bilancio, nonché tra l'originaria versione e quella dovuta alla riforma del 2002 dell'art. 223, comma secondo, n. 1, della l. f. Le Sezioni Unite penali, con un'importante sentenza del 2008, hanno risolto la questione, non ritenendo fondata la distinzione tra "specialità per aggiunta" e "specialità per specificazione", che, invece, era stata utilizzata da una parte della giurisprudenza della cassazione a sezioni semplici per ritenere che il 223, comma 2, n. 1, l. f., nuova formulazione, desse luogo ad una forma di *abolitio criminis*¹⁷. La cassazione a Sezioni Unite del 2008¹⁸ ha, infatti, sostenuto che sia le modifiche in tema di falso in bilancio che quelle in materia di reati fallimentari, effettuate con la riforma del 2002, dessero luogo, in entrambi i casi, ad un fenomeno successorio, applicando, al contrario delle Sezioni Unite precedente menzionate, essenzialmente un criterio puramente strutturale, per il quale non vi è, ovviamente, posto per la distinzione fra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Alla luce di questa difformità giurisprudenziale, addirittura ai più alti gradi della Suprema Corte di cassazione, è indubbiamente difficile affrontare con una base di certezza un nodo dogmatico così irto di difficoltà. Va, però, a questo proposito rilevato, che la dottrina, altrettanto autorevole, tranne qualche "apertura", ha sinora concluso, per quanto riguarda i rapporti di diritto intertemporale tra l'originaria concussione per induzione e la nuova fattispecie di induzione indebita, nel senso che si è sicuramente di fronte ad una continuità di tipo di illecito e, quindi, ad un fenomeno di carattere puramente successorio, basandosi, essenzialmente sul criterio di carattere puramente strutturale, ovviamente nell'ambito del c.d. rapporto di continenza¹⁹.

16. Così Cass. Sez. Un., 9 maggio 2001, Donatelli, in *Foro it.*, 2002, II 191; Id. 25 ottobre 2000, Di Mauro, *ivi*, 2001, II, 141 ss.; Id., 13 dicembre 2000, Sagone, *ivi*, 2001, II, 141 ss.; con nota di MELCHIONDA; cfr. in argomento anche MASULLO, *Le questioni intertemporali diventano di attualità anche per l'illecito penale tributario: alcune riflessioni sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2001, 323 ss.

17. Così, ad esempio, Cass., Sez. V, 18 ottobre 2007, Rizzo, in *Mass. Uff.*, n. 237547, che, infatti, aveva ritenuto nella specie applicabile l'art. 2, co. 2, c.p.; *contra* Cass. Sez. V, 20 marzo 2007, Celotti, *ivi*, 237025, che, invece, aveva optato per un fenomeno puramente successorio.

18. Cass., Sez. Un., 15 maggio 2008, Niccoli, in *Dir. proc. pen.*, 2008, 848 ss.

19. Così, in particolare, PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, n. 48, 1 dicembre 2012, IX ss.; ID., *Metamorfosi e trasfigurazione La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2012, 783 ss. e spec. 787 ss.; PULITANÒ, *op. cit.*, 16-17; DOLCINI-VIGANÒ, *op. cit.*, 16; cfr., altresì, VIGLIETTA, *La L. 6 novembre 2012 n. 190 e la lotta alla corruzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 17 ss. che, infatti, conclude

A nostro giudizio, soprattutto in presenza di orientamenti ondivaghi della prassi giurisprudenziale, per inquadrare correttamente la questione, senza aprioristiche prese di posizione, occorre verificare la sussistenza del fenomeno successorio o di *abolitio criminis* alla luce di tutti e tre i criteri elaborati dalla dottrina e dalla prassi²⁰, in modo da giungere ad una soluzione il più possibile fondata da un punto di vista sistematico. Se si prende in considerazione il criterio più risalente, cioè il c.d. *fatto in concreto*²¹, per cui ciò che è *prima* punito e anche *dopo* è punito, vuol dire che è *sempre* punito, e, dunque, trattasi di successione e non di *abolitio*, se lo applichiamo al “nuovo” art. 319-*quater*, dobbiamo concludere che *prima* il privato non era punito, perché, nella concussione per induzione, era giustamente qualificato come vittima, per cui non può non concludersi che si è di fronte ad un fenomeno *abolitivo*²².

Tale conclusione deve essere, però, verificata anche alla luce degli altri due criteri: riguardo a quello di origine germanica, della “continuità del tipo d’illecito”²³, in base al quale il fenomeno è successorio se sono identici non solo il bene giuridico, ma anche le modalità di condotta, bisogna osservare che nel caso di specie, seppur rimane immutato il bene giuridico, diversa è la modalità di aggressione dello stesso, tant’è vero che viene punito anche il privato. Mentre con il criterio strutturale, c.d. di continenza, per cui tra la nuova e vecchia normativa deve sussistere un *quid pluris*, certamente nel

anch’egli per l’esistenza di una continuità normativa; analogamente PARADISO, *op. cit.*, 235, che, difatti, aderisce agli insegnamenti della ben nota sentenza delle Sezioni Unite penali, del 2003, ric. Giordano; SEVERINO, *La nuova legge, ecc., cit.*, che infatti sostiene che « la scomposizione della concussione in due fattispecie con limitazione della concussione per costrizione al solo pubblico ufficiale comporta un classico fenomeno di *abrogatio sine abolitio* » lasciano, invece, qualche apertura tra la tesi dell’*abolitio criminis* parziale e quella della successione, CASARELLI-PAPI ROSSI, *op. cit.*, III ss.; al contrario preconizza esattamente che la tesi della continuità del tipo di illecito, nel caso di specie, incontrerà prevedibilmente più di un ostacolo, BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge anticorruzione. Un primo commento*, in *Federalismi.it*, 5 dicembre 2012, n. 23, I ss. e, *quivi*, 13. Sulla riforma, cfr. anche, in generale, SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1235 ss.; FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenza “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2690 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, spec. 131 ss., circa la scelta compiuta dal Progetto governativo di riforma del 2012, ovverosia la restrizione della concussione e l’introduzione di una nuova fattispecie di indebita induzione.

20. Sul problema, si veda l’approfondimento monografico di GAMBARDELLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 166 ss.; nonché, in generale, in argomento, DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato, uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, 266 ss.; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: tra teoria e prassi*, Milano, 2008, 115 ss.

21. Si veda PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG., 8^a, Milano, 2003, 119.

22. Sia consentito, per un primo approfondimento sul tema, il rinvio a MANNA, *Le nuove prospettive di politica criminale all’epilogo dell’attuale legislatura*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2012, 269 ss. e, spec., 277 ss.

23. Nella manualistica sui criteri di distinzione tra *abolitio criminis* e fenomeno successorio, sia, di nuovo, permesso il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale*, PG, 2^a, Padova, 2012, 94 ss., con gli Aa. e la giurisprudenza *ivi* citata.

caso che qui ci occupa sussiste un rapporto di specialità, ma per aggiunta e non per specificazione, creando, in questo modo, una *discontinuità* del tipo di illecito, sia sotto il profilo dogmatico, che politico-criminale. Si potrebbe obiettare che, utilizzando il criterio di specialità, arricchito dell'ulteriore distinzione fra specialità per specificazione e specialità per aggiunta, si introduce un elemento di tipo valoriale²⁴, che potrebbe generare una situazione di incertezza interpretativa; tuttavia, a nostro avviso, un criterio di specialità, se assunto in termini strettamente strutturali, rischia di condurre sistematicamente ad individuare un fenomeno di tipo meramente successorio e mai un' *abolitio criminis*.

In conclusione, attraverso l'applicazione di tutti e tre i criteri ermeneutici elaborati per distinguere un fenomeno successorio da uno abolitivo, dobbiamo, almeno a nostro avviso, ritenere che non vi sia affatto continuità del tipo di illecito, bensì *abolitio criminis* totale, tra l'originaria fattispecie di concussione mediante induzione e la nuova ipotesi criminosa di cui all'art. 319-*quater* c.p. Siamo perfettamente consapevoli che una tesi del genere potrebbe produrre effetti dirompenti nell'ambito dei processi in corso, sino a poter paventare una sorta di "amnistia mascherata"²⁵, e, alla luce di tali possibili risultati sul piano applicativo, si può comprendere l'atteggiamento della maggior parte della dottrina e, come constateremo meglio in seguito, anche della giurisprudenza nelle prime pronunce sul punto, volto a sostenere, al contrario, un più "rassicurante" fenomeno successorio, in tal modo, tuttavia, prediligendo i profili di politica giudiziaria e di difesa sociale, rispetto alla razionalità sistematica della disciplina del diritto intertemporale.

La dimostrazione di quanto stiamo *testé* osservando, la possiamo ricavare dalla tesi che — nella prospettiva di sostenere la sussistenza di un fenomeno successorio tra l'originaria concussione per induzione e la nuova ipotesi criminosa di induzione indebita — deve necessariamente scindere la fattispecie induttiva commessa dal pubblico agente, proprio per ricavarne l'evidente analogia e, dunque, la dimostrazione del fenomeno successorio, dall'ipotesi criminosa relativa al privato, che, secondo l'opinione qui analizzata, costituirebbe una *nuova* e distinta ipotesi criminosa, come tale,

24. Sostenuto, in dottrina, autorevolmente da ROMANO, M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 58 ss.; nonché, anche da GAMBARELLA, *op. cit.*, spec. 236 ss., che giustamente rileva come sia necessario verificare se gli elementi di fattispecie aggiuntivi risultino o no *eterogenei*, ovvero sia non riducibili secondo una relazione da genere a specie e, quindi, in definitiva, l'interprete dovrà saggiare il "peso" che il nuovo elemento introduce nella norma incriminatrice, che, ovviamente è qualcosa di ben diverso da un'asettica disposizione di carattere normativo; anche la SEVERINO, voce *Successioni di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993, 6, afferma che l'ipotesi di restrizione, per aggiunta, di elementi nuovi, « sembra invece da ricondurre alla disciplina dell'art. 2, secondo comma, c.p. » (corsivo aggiunto) *contra*, tuttavia, nel senso di una netta predilezione per il criterio puramente strutturale, PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1354 s.

25. In tal senso PULITANÒ, *Diritto penale*, 4^a, Torino, 2011, 611 ss.

ovviamente, irretroattiva²⁶. In tal modo, però, la dottrina che qui si critica è indotta ad aderire ad una tesi del tutto minoritaria²⁷, sia in rapporto alla teoria del concorso di persone del reato, che in relazione all'inquadramento sistematico della corruzione — per cui quest'ultimo reato si dovrebbe distinguere in due diverse ed autonome fattispecie, cioè la corruzione c.d. *attiva* e quella c.d. *passiva* — che, però, non solo non è seguita dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, ma, almeno a nostro giudizio, non appare fondata nemmeno in rapporto all'induzione indebita, in quanto in entrambi i casi qui discussi non si è di fronte a fattispecie autonome, bensì, appunto, ad un reato a concorso necessario.

6. L'atteggiamento della giurisprudenza, anche con riferimento alla distinzione tra “costrizione” e “induzione”: l'insoddisfacente soluzione rinvenuta sinora dalla cassazione

L'ulteriore dimostrazione di quanto stiamo sin qui assumendo, la possiamo ricavare anche dalle prime decisioni della Suprema Corte di cassazione sulla riforma dei delitti contro la P.A. ed, in particolare, di “induzione indebita a dare o promettere utilità”²⁸.

Le sentenze esaminate, di cui allo stato si disponeva ancora di “informazioni provvisorie”²⁹, mostrano, in primo luogo, di aderire alla tesi “della continuità del tipo di illecito”, ma la ragione che ha indotto la Suprema Corte ad optare per la tesi del fenomeno successorio, come si evince soprattutto dalla pronuncia relativa al proc. n. 33669/12, ric. Nardi, consiste nell'affermazione per cui “l'induzione” richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'art. 319, comma 1, *quater*, c.p., *non è diversa*, sotto il profilo strutturale, da quella del *previgente art. 317 c.p.*, per cui, quanto all'induzione, non può che sussistere, appunto, “continuità normativa”³⁰.

26. Così DOLCINI-VIGANÒ, *op. cit.*, 16.

27. Così PAGLIARO, *Le fattispecie di corruzione come legge mista alternativa*, in DPP, 1997, 848 ss.; *contra*, infatti, da ultimo TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, 245 ss. e, spec., 263 ss. che non solo rileva come il delitto di concussione dia luogo ad un “reato necessariamente plurisoggettivo improprio”, ma anche che il privato “viene *sempre*, inevitabilmente a trovarsi in una *condizione di soggezione psicologica*, indipendentemente dal fatto che decida o meno, di soddisfare l'indebita pretesa” (288).

28. In *Diritto penale contemporaneo*, 6 dicembre 2012, I-2

29. Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia (ric. n. 46207/11) e Gori (ric. 49718/11); Id., Sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi (ric. n. 33669/12): cfr. LEO, *Le prime decisioni della cassazione sulla riforma dei delitti contro la P.A.: il reato di “induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319-quater c.p.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, ecc. loc. ult. cit.

30. Analogamente, nel senso che l'induzione, di cui al *previgente art. 317 c.p.* e l'induzione (indebita), di cui al nuovo *art. 319-quater c.p.*, siano termini identici, SEVERINO, *Legge anticorruzione, la mia verità*, in *La Repubblica*, 12 marzo 2013, 31.

Quanto testé osservato dalla Corte Suprema sembrerebbe *prima facie* ben difficile da contestare, perché apparirebbe persino “lapalissiano” che l’induzione prevista dall’originario 317 c.p. sia la medesima rispetto alla novella di cui al 319-*quater* c.p. Se, tuttavia, si approfondisce la tematica, ci si accorge che quantomeno l’induzione mediante frode ben difficilmente potrebbe rientrare nell’ambito della nuova “induzione indebita”, giacché diventa poi sommamente illogico punire il privato “indotto in errore”³¹. L’approccio, inoltre, della Suprema Corte appare sul punto del tutto parziale, perché non tiene conto del secondo comma del 319-*quater*, cioè a dire del reale *novum* del reato di induzione indebita, cioè la punibilità anche del privato, che è proprio l’elemento che, se fosse stato considerato unitariamente al primo comma di cui alla norma in analisi, non poteva che condurre ad un giudizio di “discontinuità normativa”, perché la punibilità del privato, nel caso dell’induzione indebita, è talmente estranea alla nostra tradizione giuridica, da non poter non integrare un elemento di tale novità, da condurre necessariamente ad un giudizio di carattere abolitivo.

D’altro canto, l’approccio della Suprema Corte, cioè quello di “atomizzare” i due commi del novello art. 319-*quater* c.p., presenta, almeno a nostro giudizio, anche l’ulteriore inconveniente di disconoscere il riflesso che inevitabilmente la punizione del privato genera nella ricostruzione della condotta induttiva di cui al primo comma e del correlativo eventuale “spazio di libertà di autodeterminazione” che residua al privato. Sotto quest’ultimo profilo, anzi, l’aver riconosciuto nella novella uno, seppur limitato, spazio di autodeterminazione al privato indotto, si pone in linea conflittuale con la precedente normativa, che, invece, considerando nella concussione per induzione il privato soggetto passivo, conseguentemente negava a quest’ultimo ogni possibilità di reazione alla condotta del pubblico agente e ciò, ulteriormente, dimostra la “discontinuità” del tipo di illecito, anche sotto il profilo della sfera di autodeterminazione del privato.

La Corte Suprema di cassazione ha, però, nel frattempo, depositato la motivazione della sentenza nel caso, già ricordato, Roscia³², nell’ambito del quale è costretta a porsi un ulteriore problema dogmatico, che, è facile prevedere, anche per le ricadute di carattere processuale, affaticherà da ora in avanti la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza, ovverosia la distinzione tra il concetto di costrizione e quello di induzione.

La sentenza afferma che il termine “costringe” non può che risolversi nella

31. Così anche si è espresso l’ex-Procuratore Nazionale Antimafia, sen. Pietro Grasso: cfr. MILELLA L., “La norma Severino sulla concussione produce solo guasti”, in *La Repubblica*, 8 marzo 2013, 4; analogamente, già, BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 3-4, 5 ss. e, *quivi*, II.

32. Cass., Sez. VI sent. 5 dicembre 2012-22 gennaio 2013, Roscia, in *Guida al diritto*, 9 febbraio 2013, n. 7, 48 ss., con nota di CISTERNA, *Nella nuova figura prevista dal legislatore disposta anche la punizione del privato*, in *ibid.*, 57 ss.

minaccia di un male “ingiusto”. L’induzione di cui alla novella, al contrario, consiste nella condotta del pubblico agente che prospetti conseguenze sfavorevoli “*derivanti dall’applicazione della legge*”, per ottenere il pagamento indebito di danaro o altra utilità. In questo caso è punibile anche il soggetto indotto, proprio perché mira ad un risultato “illegittimo” a suo favore.

La sentenza in analisi, seppur tenti una distinzione tra costrizione e “nuova” induzione, non appare, tuttavia, condivisibile, per una pluralità di ragioni. In primo luogo, risulta intimamente contraddittoria, almeno nella misura in cui si è anche sostenuto che fra vecchia e nuova fattispecie, in tema di induzione, vi sarebbe continuità normativa, tanto è vero che anche nelle sentenze, che abbiamo ricordato, si è affermato che il concetto di “induzione” di cui al precedente art. 317 c.p. equivale al nuovo. In secondo luogo, se, prima della riforma, sia la costrizione che l’induzione si distinguevano per le loro modalità intrinseche, ma equivalevano quanto a risultato prospettato, attualmente la conseguenza prefigurata differirebbe tra costrizione e nuova induzione e ciò nuovamente contraddice la tesi della continuità del tipo di illecito. In terzo luogo, appare francamente difficile sostenere che un pubblico agente, che, comunque, abusa della sua qualità o dei suoi poteri, come anche nell’art. 319-*quater* c.p., prospetti una conseguenza sfavorevole, ma *secundum legem*, ciò che, invece, non potrà mai qualificarsi tale, per due fondamentali ragioni. La prima riguarda proprio, a nostro avviso, l’abuso della qualità o dei poteri, che rende la prospettazione del danno sempre ingiusto, proprio perché derivante da una condotta di abuso. In secondo luogo, l’illegittimità della conseguenza sfavorevole, seppur prevista dalla legge, deriva da un’ulteriore circostanza, cioè a dire dal fatto che il pubblico agente avrebbe dovuto, comunque, omettere di indurre il privato alla promessa di danaro o altra utilità, giacché, altrimenti, la conseguenza sfavorevole, seppur astrattamente *secundum ius*, in concreto non può non diventare illegittima, proprio perché derivante dalla violazione di un divieto, penalmente rilevante.

7. Riflessi della punizione del privato sotto il profilo processuale

La punizione anche del privato nel delitto di induzione indebita conduce anche a conseguenze sul piano processuale, in ordine alle quali, appare opportuna una premessa di carattere criminologico.

Costituisce, infatti, un dato di comune esperienza che i reati di concussione e/o corruzione sono in genere reati che si realizzano fra due persone, il pubblico agente e il privato, che, infatti, “stipulano” un patto illecito, che, il più delle volte, è ristretto a tali due persone. In questa prospettiva risulta più che evidente che il modo principale per scoprire la sussistenza di reati di tal fatta è, inevitabilmente, legato alla circostanza per cui uno dei due soggetti

riveli l'esistenza del *pactum sceleris* e, quindi, del reato. Se quanto sopra è più difficile che si verifichi in tema di corruzione, proprio perché il privato è punito al pari del pubblico agente, per cui devono necessariamente ricorrere altri strumenti probatori, come, in particolare, le intercettazioni telefoniche ed ambientali, al contrario, nella concussione, la prova del reato è sempre risultata più agevole per la decisiva ragione per cui il privato, essendo qualificato dall'ordinamento come vittima del concussore, era chiaramente predisposto ad una collaborazione processuale, fra l'altro doverosa, in quanto quest'ultimo, oltre che persona offesa, rivestiva la qualità di testimone. Con la riforma, invece e, soprattutto, con la punizione anche del privato nell'induzione indebita, che, si badi, è assai più frequente della tradizionale concussione per costrizione, il privato non sarà indotto a collaborare con la pubblica accusa, ma anzi, essendo co-indagato, ovviamente si avvarrà della facoltà di non rispondere, per cui si perderà una fonte "privilegiata" nell'individuazione di un reato, comunque, assai grave, come quello di cui all'art. 319-*quater* c.p. Per queste ragioni, il privato non avrà, ovviamente, alcun interesse nemmeno a denunciare il fatto, perché ciò contrasterebbe con il principio del *nemo tenetur se detegere*, e, quindi, con la novella, sussiste il fondato rischio di una sempre più elevata "cifra oscura".

Se, poi, si intendesse, nostro malgrado, aderire alla tesi del fenomeno successorio, nel senso che l'induzione indebita, costituirebbe, in realtà, un reato meno grave rispetto all'originaria concussione per induzione, sussiste il fondato rischio che anche nei processi iniziati *ante*-riforma, ciò che ha dichiarato il privato indotto non sia utilizzabile, in quanto doveva sin dall'inizio essere sentito come co-indagato, con tutte le garanzie del caso, compresa la facoltà di non rispondere. Bisognerà, quindi, verificare se, nella concreta prassi giudiziaria, prevarrà il principio, di ordine processuale, del *tempus regit actum*, oppure quello, di natura sostanziale, ed anche costituzionale, seppur a livello implicito, della retroattività della norma penale più favorevole al reo, con tutte le conseguenze che ciò comporta.

Ecco perché ciò spiega la ragione per cui attenta dottrina propone, seppur *de iure condendo*, di introdurre la possibilità di conseguire l'impunità per il privato, in caso di collaborazione processuale e assicurando, così, contestualmente, agli organi inquirenti la possibilità di contare sulla sua collaborazione³³.

Analogamente, vi è anche chi propone l'introduzione di « meccanismi in grado di escludere la responsabilità del privato che, indotto al *pactum sceleris* dall'abuso del pubblico agente, agisce per ottenere un atto conforme ai doveri di ufficio oppure per evitare un danno ingiusto ». A tal proposito, proprio per evitare effetti di deresponsabilizzazione del privato, capaci di favorire i fenomeni corruttivi, si propone di optare per una causa di esclusio-

33. Così, quasi testualmente, PARADISO, *op. cit.*, 231.

ne della colpevolezza, nel senso dell'inesigibilità, ovviamente da estendere anche alla c.d. concussione per induzione, attualmente, secondo tale autore, da ricondurre nell'area della corruzione³⁴.

Orbene, a parte da ultimo la dubbia qualificazione dogmatica del reato d'induzione indebita, invece, *a cavaliere* tra concussione e corruzione, non v'è dubbio che le proposte di riforma qui indicate segnalano, anche perché sostenute *immediatamente dopo la riforma*, un preoccupante *vulnus* al sistema probatorio in particolare del reato *de quo agitur*, che non può non preoccupare non solo gli organi di accusa, quanto anche l'interprete, soprattutto se ha a cuore l'"effettività", sul punto, del sistema penale.

8. La corruzione per l'esercizio della funzione: la discutibile scelta della sanzione meno grave rispetto alla corruzione propria

Altra novità della riforma in analisi è quella riguardante l'abrogazione, nell'art. 318 c.p., della corruzione impropria — ovvero sia per atto conforme ai doveri di ufficio — ed alla sua sostituzione con la nuova fattispecie di "corruzione per l'esercizio della funzione".

In questo caso il legislatore si è, evidentemente, ispirato in particolare alla riforma del codice penale tedesco e spagnolo, ove, infatti, è stata introdotta una fattispecie analoga, punita in modo meno grave rispetto alla corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio³⁵.

Orbene, nonostante l'influenza della prospettiva comparatistica, nonché dei voti della dottrina italiana tendenti ad introdurre una fattispecie c.d. di corruzione "sistemica", ove cioè il pubblico agente è, come si suol dire, "a libro paga" del privato³⁶, siano consentiti ulteriori rilievi critici, non già, si badi, sulla sicura opportunità di introdurre una fattispecie siffatta, ma con riguardo alla sua cornice sanzionatoria, che, infatti, ad es., sul modello tedesco, è, almeno a nostro avviso, *irrazionalmente* meno grave, rispetto alla corruzione propria, cioè per atto contrario ai doveri di ufficio³⁷.

Premesso, infatti, che la corruzione propria deve riguardare la "compravendita" di uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio, *determinati* o, quantomeno, *determinabili*, tanto è vero che, altrimenti, si scivola sulla criticata "concussione ambientale"³⁸, proprio perché "atipica", attualmente, invece,

34. Sul punto, CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 171.

35. In argomento sia consentito il rinvio a MANNA, *Corruzione, ecc.*, loc. ult. cit.

36. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss.

37. Analogamente, IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, in *Resp. amm. soc.*, n. 1, 2013, 14 ss., e, quivi, 15.

38. GROSSO C.F., *Dazione o promessa di denaro al pubblico ufficiale "in ragione delle funzioni esercitate": corruzione punibile o fatto penalmente atipico?*, in *Foro it.*, 1996, II, 414 ss.

laddove il legislatore ha introdotto addirittura la corruzione per l'intera funzione, v'è da chiedersi se costituisca un'ipotesi criminosa *sostanzialmente* più grave, oppure meno grave della corruzione propria.

Orbene, siamo dell'avviso che sul punto l'interprete si trovi di fronte ad un bivio: la prima alternativa al fine di giustificare il minor carico sanzionatorio della corruzione legata alla funzione, rispetto alla propria, consiste nel limitare l'applicazione della prima soltanto ad ipotesi di atti conformi ai doveri d'ufficio. Tale ricostruzione ermeneutica appare, tuttavia, alquanto illogica e, soprattutto, criminologicamente infondata, giacché non ha senso che un privato decida di mettere "a libro paga" un pubblico agente, compiendo così tutti i possibili atti derivanti dalla sua funzione, ma limitatamente a quelli conformi ai doveri d'ufficio, per i quali certo non è indispensabile promettere o dare denaro o altra utilità. In tal modo, inoltre, si correrebbe il fondato rischio di vanificare la riforma, proprio perché sostanzialmente la nuova ipotesi andrebbe a ricomprendere tutti i casi astrattamente riconducibili alla fattispecie previgente di corruzione impropria.

L'altra possibilità, che risulta poi quella a nostro avviso fondata, consiste, ovviamente, di non limitare la corruzione per la funzione agli atti conformi ai doveri d'ufficio, ma estenderla anche ai possibili atti contrari ai doveri d'ufficio, così che, per differenziare correttamente la nuova fattispecie dalla corruzione propria, sarebbe stato sommamente più logico costruire una fattispecie *più grave*, rispetto all'art. 319 c.p., per la semplice, ma decisiva ragione, che qui non è in gioco la compravendita di singoli atti d'ufficio, ma, addirittura, l'intera funzione, che di per sé può comprendere anche atti che verranno commessi in futuro, compresi quelli di natura discrezionale, ove, però, il fatto che il pubblico agente è periodicamente retribuito dal privato, fa sì che l'atto stesso non corrisponderà ad una pubblica funzione, bensì verrà, nella sostanza, "piegato" all'interesse del privato, seppur apparentemente conforme ai doveri d'ufficio³⁹.

9. Cenni all'evoluzione della nuova fattispecie di traffico di influenze

In quest'ultima parte del saggio tratteremo in particolare, seppure in sintesi, tre argomenti ove è più evidente l'influenza dei partiti politici che hanno sorretto la maggioranza governativa che ha dato luogo alla riforma, come

39. Sulla differenza tra corruzione propria e corruzione impropria con particolare riguardo agli atti discrezionali, risulta sempre attuale l'acuto saggio di VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, II, 1979, 305 ss. Da ultimo, ritiene infatti che nella corruzione per l'esercizio della funzione vi debbano essere ricompresi quei casi che prima rientravano nella corruzione propria, in virtù, però, di un'attività interpretativa di natura chiaramente analogica, GAMBARELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria" (art. 318 c.p.)*, in corso di pubbl. in questa *Rivista*.

potremo constatare già con riferimento alla nuova fattispecie di “traffico di influenze illecite”, di cui al nuovo art. 346-*bis* c.p.⁴⁰.

Va anche rilevato, in linea generale, che detta influenza, come si potrà verificare, è risultata di diverso segno, nel senso, cioè, o migliorativo della fattispecie, oppure, almeno a nostro avviso, peggiorativo della stessa, con un’importante chiusa finale.

Per quanto riguarda, in primo luogo, il traffico di influenze illecite, che è, ovviamente, collocato tra i delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione e si differenzia dalla fattispecie simile del millantato credito, di cui all’art. 346 c.p., perché in tale ultima fattispecie criminosa il credito nei confronti del pubblico agente è puramente fittizio, mentre nel traffico di influenze illecite il rapporto tra il privato ed il pubblico agente è assolutamente reale.

Ciò posto, va rilevato che l’originaria formulazione del reato di cui all’art. 346-*bis* c.p., così come approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati puniva il fatto di chi « sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita, ovvero per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio »⁴¹.

Si era, quindi, alla presenza di un chiaro “delitto-ostacolo”, rispetto ai reati di corruzione e/o concussione, che, tuttavia, mostrava una mancanza di “precisione”, puntualmente rilevata soprattutto dai parlamentari del PdL che, infatti, così com’era formulata, rischiava di estendersi eventualmente anche ad attività di carattere lobbistico.

Ciò spiega perché il 4 ottobre 2012 il Governo ha presentato in Commissione l’emendamento 19.100, che limita la tipicità alle sole mediazioni volte alla realizzazione di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto dell’ufficio.

Tal emendamento, che appare, a livello di tipicità, una scelta sostanzialmente corretta⁴², ha dato luogo alla versione definitiva dell’art. 346-*bis* c.p., che recita: « chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319-*ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a se 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

40. Sul quale, com’è noto, il legislatore si è ispirato al modello francese: cfr., in argomento, PADOVANI, *Il confine conteso: metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302 ss.

41. Cfr., in argomento, BALBI, *op. cit.*, 8.

42. Così anche BALBI, *op. cit.*, 9.

ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni ».

Orbene, nonostante l'indubbio miglioramento, rispetto alla versione originaria, residuano talune "criticità": in primo luogo si è rilevato come l'avverbio, *indebitamente*, non sia per nulla pleonastico, ma rischi di vanificare qualsiasi efficacia alla disposizione. Il mediatore, infatti, che si facesse retribuire per mettere in contatto — a qualsiasi fine — un terzo con un pubblico agente, in cambio di ciò non riceverebbe denaro "indebito", ma un corrispettivo dovuto quale compenso per la sua prestazione⁴³.

In secondo luogo, va rilevato il modesto livello della pena edittale, cioè da uno a tre anni di reclusione che, se può in teoria spiegarsi in rapporto al millantato credito, ove il maggior livello di pena edittale, cioè da uno a cinque anni, potrebbe comprendersi con il fatto che il credito è soltanto vantato, ma non è reale, ciò non toglie che il livello di pena utilizzato per il nuovo 346-bis c.p. è, addirittura, paragonabile al furto semplice che, com'è noto, nella prassi giurisprudenziale è praticamente inconfigurabile, per cui sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse alzato in maniera congrua il livello edittale della sanzione penale, ovviamente in primo luogo onde evitare rischi assai elevati a livello prescrizione.

10. La c.d. corruzione privata ed il persistere, seppure non totalmente, sulla perseguibilità a querela: contrasto con il bene giuridico tutelato

Il legislatore ha ritenuto anche di modificare, già nel *nomen iuris*, utilizzando questa volta il termine "corruzione privata", l'art. 2635 del codice civile, che era già stato introdotto con la riforma dei reati societari del 2002.

In argomento va rilevato come, a livello di ipotesi criminosa, il legislatore della riforma dei reati contro la P.A., nell'ambito della fattispecie base, ha ritenuto di aggiungere, oltre al compimento o all'omissione di atti, « in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio », anche la violazione "degli obblighi di fedeltà".

Su quest'ultimo argomento siano consentiti taluni rilievi critici, in quanto non si vede cosa gli obblighi di fedeltà possano aggiungere rispetto agli obblighi inerenti all'ufficio, per quanto riguarda i soggetti attivi del reato, cioè a dire gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci ed i liquidatori.

L'inciso in questione sembra invece prefigurare un c.d. rapporto di fedeltà tra i soggetti in questione e la società che rappresentano, che riecheggia, francamente in modo un pò *sinistro*, quel "rapporto di fedeltà fra cittadino e Stato", che ritroviamo nella concezione jakobsiana del reato, che, infatti,

43. Così, quasi testualmente, BALBI, *op. cit.*, 9.

conduce ad una netta svalutazione del concetto di bene giuridico e, quindi, del cardine del diritto penale di stampo liberal-garantista e che ha condotto, da ultimo, il noto penalista tedesco addirittura a teorizzare, com'è risaputo, "il diritto penale del nemico"⁴⁴.

Il problema, tuttavia, di maggior rilievo, in rapporto al reato *de quo agitur*, riguarda il regime della perseguibilità: nel testo originario del Progetto di legge sui reati contro la P.A. si era, infatti, giustamente, ritornati alla prospettiva fatta propria nell'originario Progetto Mirone, di riforma dei reati societari, cioè a dire che sia l'infedeltà patrimoniale, che l'infedeltà come conseguenza di promessa o di dazione di altra utilità, dovessero essere perseguibili di ufficio, in quanto il bene giuridico protetto, ovverosia il patrimonio sociale, è un bene giuridico di carattere meta-individuale per cui è inidoneo alla perseguibilità a querela di parte.

Durante i lavori parlamentari, però, soprattutto i rappresentanti del PdL hanno insistito affinché la corruzione privata fosse, al pari del previgente art. 2635 c.c., di nuovo perseguibile a querela di parte, per cui il Governo, evidentemente per poter varare la riforma, ha dovuto "soggiacere" a tali richieste.

Questa soluzione, tuttavia, mutuata dal diritto penale spagnolo — a proposito del quale va osservato in primo luogo che la perseguibilità a querela non è assoluta bensì relativa, ma che, soprattutto, i reati societari, da quando sono perseguibili a querela, ben raramente sono trattati nelle aule giudiziarie⁴⁵ — produce gli stessi effetti che s'incontrano nel diritto penale spagnolo "in action", per le seguenti ragioni.

Siccome il reato è perseguibile a querela della "persona offesa", non v'è dubbio che l'organo della società deputato a decidere la presentazione della querela nei confronti dell'amministratore "infedele" o, meglio, nella specie, "corrotto", è l'assemblea dei soci, organismo ove, ovviamente, si contrappongono maggioranze e minoranze.

Orbene, risulta francamente difficile pensare che la maggioranza assembleare, che magari è proprio quella che ha eletto il *management* "corrotto", decida addirittura di presentare una querela contro quest'ultimo, perché ciò contraddirebbe la sua scelta iniziale e perché è ben difficile che una maggioranza assembleare, come, del resto, avviene anche in Parlamento, si schieri "contro" i rappresentanti del Governo, appartenenti alla propria parte politica⁴⁶.

Il Governo, tuttavia, ha ritenuto, sull'onda del modello spagnolo, che

44. Cfr. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in Jakobs-Cancio melià, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 21 ss.

45. Sul regime di procedibilità dei delitti socio-economici in Spagna, QUINTERO OLIVARES, *La c.d. privatizzazione del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2001, spec. 124 ss.

46. Cfr., a tal proposito, MARUOTTI, *I reati societari*, in Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 222-223.

evidentemente fosse impropria la perseguibilità *tout court* a querela della persona offesa, perché ha almeno aggiunto l'inciso « salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi », tale riferimento mutuando dalla decisione–quadro 2003/568/GAI⁴⁷.

In argomento si pongono due problemi di cui l'uno riguarda la natura giuridica di detto inciso, se, cioè, costituisca un elemento interferente con la procedibilità, oppure, addirittura, l'evento del reato, per cui si richiederebbe anche un nesso di causalità.

Orbene, in rapporto a tal prima problematica riteniamo che abbia ragione il Ministro Severino quando rileva che trattasi di un elemento interferente soltanto con la procedibilità.

Ciò, tuttavia, non toglie come un elemento di tal genere sia, almeno a nostro avviso, di non facile dimostrazione nella concreta prassi giudiziaria, non solo perché appare affetto da una sorta di “gigantismo”⁴⁸ ma anche perché non sembra suscettibile di una chiara “verificabilità empirica”.

II. Conclusioni

L'ultimo profilo che denota il difficile rapporto tra il Governo ed i partiti che l'hanno sorretto, notoriamente antitetici tra loro, riguarda un episodio, a nostro giudizio, emblematico.

Il 13 giugno 2012 il disegno di legge anticorruzione è stato approvato dalla Camere dei Deputati, essendo però stata chiesta la fiducia su tre profili importanti dello stesso disegno di legge.

In questa sede ci occuperemo soltanto di uno dei tre, cioè a dire l'interdizione “automatica” dai pubblici uffici.

In argomento va osservato come non si sia privilegiata una norma immediatamente efficace, che sarebbe stata, ovviamente, più consona, bensì si è preferito rimandare il tutto ad un decreto legislativo, che, in teoria, potrebbe pure non essere mai adottato, nonostante che il Governo abbia assicurato che eviterà tempi lunghi, che rischierebbero di far slittare tutto addirittura al 2018⁴⁹.

Tale modo di operare, che dimostra, evidentemente, anche una sorta di “debolezza” dell'intera compagine governativa, certamente non imputabile al solo Ministro della Giustizia, desta tuttavia, a livello tecnico, non poche perplessità, che consistono proprio nel fatto che l'interdizione dai pubblici

47. Cfr., sul punto, SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione, ecc., cit.*, 12.

48. Sul problema del gigantismo, seppure in rapporto agli eventi nei reati contro l'economia pubblica, ma con rilievi critici valevoli, ovviamente, in linea generale, cfr., autorevolmente, PEDRAZZI, voce *Economia pubblica, industria e commercio*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 278 ss. e, spec., 280 ss.

49. Sul punto e sugli altri profili sia consentito il rinvio a MANNA, *Le nuove prospettive, ecc. cit.*, 280–281.

uffici, anche se riguarda i “politici”, dovrebbe essere appunto di natura automatica, proprio perché integra una pena accessoria, che segue di diritto alla condanna della pena principale.

Tale pena accessoria doveva, quindi, essere ricompresa nel disegno di legge anticorruzione e non certo affidata ad un futuro decreto legislativo con il rischio di un notevole aggravio di tempo per il varo del decreto stesso che necessita di una previa legge di delega e che, infatti, allo stato, non risultano entrambi ancora approvati.

Sotto quest’ultimo profilo ci sembra, pertanto, che abbia colto nel segno l’allora Presidente della Commissione Giustizia della Camera, l’On. Giulia Bongiorno, che ha affermato: « non si può fare che la legge è uguale per tutti tranne che per i politici, per tutti entra in vigore subito, per gli altri si vedrà se e quando »⁵⁰

In conclusione, ci sembra di poter affermare come la recente legge anticorruzione contenga, purtroppo, più ombre che luci, ma ciò è dovuto, almeno a nostro avviso, non già ad una imperizia tecnica della compagine governativa, quanto, lo si ribadisce, ad un’intrinseca debolezza a livello politico–parlamentare della compagine governativa medesima.

Quest’ultima, pur di approvare l’attuale testo di legge, ha dovuto necessariamente scendere ad una serie di “compromessi”, che hanno sicuramente indebolito, in generale, l’efficacia della legge anticorruzione, ma, probabilmente, senza tali forme di “intese”, che, a ben considerare, *potranno risultare utili a tutti i partiti* — e ciò anche spiega perché non vi sia stata una decisa opposizione sui punti più critici della riforma — la legge in questione quasi certamente non avrebbe mai visto la luce, anche se già si propone, a livello politico, di riformarla.

50. Cfr., sul punto, MANNA, *op. ult. cit.*, 281.