

Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p. Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite.

Vico Valentini

SOMMARIO: 1. Enunciati, significati e legalismi nella gestione dello «spacchettamento». – 2. Peccati e vizi. – 3. Il grande favorito. – 4. Cosa potevamo fare, come rimediare.

1. Enunciati, significati e legalismi nella gestione dello «spacchettamento».

Sulla carta l'operazione pareva semplice, lineare, assolutamente indolore “per il futuro” (da giudicare) e “per il passato” (giudicando e giudicato); anzi, secondo qualcuno si trattava solo di formalizzare una soluzione che il vecchio arsenale punitivo già consentiva, sul presupposto che, strutturalmente parlando, non c'è concussione senza corruzione¹.

In effetti, e sempre sulla carta, ci siamo limitati a spezzare la disposizione ex art. 317 c.p. ed a re-distribuirla in due titoli autonomi: uno riproduce pari pari la vecchia fattispecie costringitiva del pubblico ufficiale (art. 317 c.p.); l'altro ripropone anch'esso pari pari l'ottuagenaria fattispecie induttiva, peraltro anche in punto di soggettività attiva (art. 319-*quater*, comma 1, c.p.)².

¹ Così SPENA, *Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss., il quale, riprendendo l'impostazione di Pagliaro, afferma che, nelle ipotesi di “abuso di potere” (non anche in quelle di “abuso di qualità”), il concusso è sempre anche un corruttore, per quanto debba essere punito solo nei casi in cui “ceda alla pressione” per assicurarsi un vantaggio ingiusto; perciò, visto che (anche) fra l'attuale art. 319-*quater*, co. 2, c.p. e la fattispecie di corruzione attiva propria intercorrerebbe un rapporto di specialità, la prima figura non costituirebbe una nuova incriminazione, ma si porrebbe in continuità con la seconda, con la conseguenza che dovrebbe essere applicata retroattivamente ex art. 2, co. 4, c.p. anche «rispetto ai casi di corruzione propria attiva, verificatisi prima della sua introduzione, nei quali sia dato riscontrare, da parte del p.a., una condotta 'induttiva'». Ora, incoerenze tecniche (prima le condotte dei pattisti vengono “autonomizzate”, poi però se ne ricostruiscono contenuti e oggetto alla luce della sinergia che s'istaura fra privato e agente pubblico) e iniquità (ci può essere autentica vittimizzazione pure nei casi di prospezzazione di mali “giusti”: *infra* § 2) a parte, una ricostruzione del genere finisce per confliggere frontalmente con l'intenzione del legislatore e per esporsi a robuste censure di incostituzionalità: retrospettivamente, perché trasforma vittime in colpevoli (violazione dell'art. 25, co. 2, c.p.), e prospettivamente, perché ridicolizza la sanzione che, fino a ieri, abbiamo riservato ai corruttori (violazione degli obblighi internazionali ex art. 117, co. 1, c.p.).

² Quella di espungere l'incaricato di p.s. dalla platea dei soggetti attivi della “nuova” concussione, in effetti, è opzione *in astratto* assai discutibile, visto che, diversamente da quanto afferma l'ex Ministro SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7 ss., sappiamo tutti bene che pure un i.p.s. è in grado coartare significativamente la libera volontà dei privati, costringendoli a piegarsi ai suoi *desiderata*: esempi efficaci in IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, in *RASE*, 2013, 9 ss. Critici, sul punto, anche PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 227 ss.; BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, *ivi*, 2012, 5 ss.; e MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di corruzione*, in questa *Rivista*, 2013, 15 ss. Ora, pur non potendo che condividere i suddetti rilievi critici, non ci spingeremmo fino al punto di denunciare “vuoti normativi”, posto che, nel caso di “costrizione” dell'i.p.s., soccorrerebbero comunque le fattispecie di estorsione, violenza privata e violenza sessuale aggravate ex art. 61 n.

Enunciato e struttura tipica previgenti, insomma, sono stati semplicemente scissi in due “tronconi”, ma restano tali e quali a prima; il che significa, all’evidenza, che fra vecchia e nuova “costrizione”, così come fra vecchia e nuova “induzione”, non è apprezzabile neppure un rapporto di genere a specie³.

Del resto, anche l’inedita clausola ex art. 319-*quater*, co. 2, c.p. nulla aggiunge alla previgente descrizione tipica⁴, posto che la prestazione del privato indotto era già contemplata dal vecchio art. 317 c.p.; già allora, tutto sommato, si poteva parlare di plurisoggettività necessaria (impropria), perché la concussione era e resta un fatto che «richiede per la sua consumazione il concorso, *rectius*, la collaborazione di altro soggetto»⁵.

La carta, dunque, ci dice che nulla è cambiato; perciò, *se ci attenissimo alla sola carta*, dovremmo prendere serenamente atto non solo che c’è totale continuità intertemporale⁶, ma pure che le nozioni di «costrizione», «induzione» e «abuso funzionale» sono rimaste immutate.

E così, nonostante il dirompente *upgrade* del privato, che da autentica vittima (di concussione induttiva: art. 317 c.p. previgente) diventa mezzo colpevole (di una sorta di corruzione indotta: art. 319-*quater* c.p.)⁷, nulla osterebbe, *perché la carta lo consente*, alla riproposizione in blocco delle nozioni ante-riforma di “induzione” e “costrizione”: visto che «la punizione del privato non incide sulla “struttura del reato”», insomma, all’interprete sarebbe vietato «attribuire un diverso significato» a costrizione e induzione, in quanto non vi sarebbe «alcun elemento espresso o implicito nelle due nuove fattispecie che

9 c.p. Che poi il *puzzle* sanzionatorio sia estremamente complicato, oltre che afflitto da sproporzioni “in difetto” e “in eccesso”, è un altro discorso: cfr. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 29 ss., nt. 145-150.

³ Diversa invece l’opinione di DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 232 ss., 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., con conseguente continuità ex art. 2, co. 4, c.p.; anche MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte*, cit., 22 ss., ravvisa fra vecchia e nuova “induzione” un rapporto di specialità, che però, essendo “per aggiunta”, avrebbe prodotto effetti abolitivi integrali.

⁴ Già sottolineato in VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 31.

⁵ Così Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, § 2.2.

⁶ Del fatto, cioè, che “dal lato del pubblico ufficiale” non sono apprezzabili ipotesi di *abolitio criminis*: in questo senso PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 229; DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., 244 s.; P. SEVERINO, *La nuova Legge*, cit., 10; nonché PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. al n. 11, 16.

⁷ O “dispari”, per riprendere l’efficace formula di BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*.

possa distinguere diversamente i due autonomi precetti rispetto a quanto delineato in precedenza dal diritto vivente»⁸.

Peccato però che il diritto post-moderno, e specialmente quello penale intertemporale, non è fatto di soli enunciati (non si esaurisce nelle *disposizioni* ..), ma anche di significati (..ma consta di *norme*)⁹; il giudice penale continentale, insomma, è vero che *does not make law*, ma è anche vero che non è neppure un geometra che, munito di righello, compasso e pallottoliere, si limita a confrontare testi (se l'enunciato di ieri era composto da dieci parole..) ed a certificarne le "variazioni quantitative" (..e quello di oggi ripropone le stesse dieci parole, allora tutto è come prima)¹⁰: non è così schiavo della legge, cioè, da essere autorizzato a identificare un "mutamento" solo se, e solo quando, il legislatore manipola direttamente (espunge, menoma, specializza) strutture tipiche. Tutt'altro.

Basta sfogliare un codice commentato, infatti, per convincersi di come i nostri interpreti cavino continuamente nuove sotto-fattispecie e nuove norme, migliorative o peggiorative, da vecchie e immutate disposizioni incriminatrici¹¹; e tali ermeneutiche innovative non è affatto detto che siano occasionate da evoluzioni del diritto scritto¹², ben potendo essere il frutto di un "adattamento"

⁸ Così ancora Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, cit., §§ 2.3., ove si legge pure che: «*le attuali scelte del legislatore di punire il soggetto indotto e di stabilire una pena minore per colui che "induce indebitamente a dare o promettere" rispetto a "colui" che "costringe" per giungere al medesimo risultato non possono comportare una diversa definizione delle modalità delle condotte - o, se si vuole, del risultato di esse - rispetto a quelle delineate dalla giurisprudenza e da gran parte della dottrina*» [corsivi nostri]. In questo senso, in letteratura, IELO, *Prime note sulla riforma*, cit., 11.

⁹ Sulla distinzione fra disposizione e norma in ambito penalistico, su declino e controindicazioni delle teorie cognitive dell'interpretazione e sul ruolo del giudice-costruttore, oggi amplificato dalla "cultura europea della giurisprudenza-fonte", esiste una letteratura oramai sterminata; mi limito perciò a richiamare, oltre al pionieristico studio di FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale fra legge e giudice*, Padova, 2002, gli studi di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 141 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 63 ss.; da ultimo ID., «Sistema» delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario, in MIR PUIG et al. (cur.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid-Barcelona, 2012, 179 ss.; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 74 ss., 136 ss.

¹⁰ Anche ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-355-bis c.p.)*. *Commentario sistematico*³, Milano, 2013, 235, considera il "cambio di veste" del privato, che da vittima del contegno induttivo del pubblico agente diventa suo *partner*, un mutamento "qualitativo" (potenzialmente) capace di stravolgere l'essenza dell'intero fatto.

¹¹ In molti casi, peraltro, senza trascinare in ragionamenti analogici: per un catalogo di esempi, v. ancora DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 82 ss., 99 ss.

¹² Che cadono allo "esterno" del tipo. Ad esempio, quando si evolve *in favorem* la disciplina richiamata da incriminazioni in bianco, clausole d'illiceità speciale, elementi normativi giuridici o scriminanti

della figura al “mutato contesto sociale”¹³.

Stando così le cose, era prevedibile che molti attribuissero all’irruzione del privato nell’area della punibilità l’attitudine a riconfigurare, se non proprio a cancellare¹⁴, la vecchia norma incriminatrice; e questo, si faccia bene attenzione, a prescindere da questa o quella opzione dogmatica: anche chi preferisce identificare nel nuovo art. 319-*quater* c.p. due distinti e autonomi reati monosoggettivi¹⁵, anziché un illecito necessariamente plurisoggettivo (proprio)¹⁶, ammette che quell’irruzione ha stravolto il significato (i contenuti, l’oggetto) dei concetti di “induzione” e “costrizione”, rendendo necessario ridefinirne i rapporti reciproci¹⁷.

Breve: il coinvolgimento penale del privato, come minimo, contrae la vecchia norma incriminatrice, nel senso che non tutto ciò che era “concussione vittimizzante” ieri può continuare a esserlo oggi (certe classi di fatti sono migrate

“aperte”, quando vengono interpolati enunciati definitivi, ma anche nei casi d’innesto o dilatazione di scriminanti “concluse”, scusanti, cause di non punibilità e condizioni obiettive, non è raro che si considerino *anche* abolite ex art. 2, co. 2, c.p. le classi di fatti espunte dalla “area della punibilità”: in argomento, volendo, VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 187 ss., 234 ss., 248 ss., 288 ss., 309 ss. e Cap. VII.

¹³ È la cd. interpretazione evolutiva, tipica dei sistemi europei di *common law* (v. CARD et al., *Criminal law*¹⁸, Oxford, 2008, 17 ss.; ASHWORTH, *Principles of criminal law*¹⁹, Oxford, 2009, 23 ss., 53 ss.), aspramente criticata dalla dottrina statunitense (v. per es. RUDSTEIN, *Criminal law. Cases, materials and problems*²⁰, Lake Mary, 2008, 22 ss., 43), e sistematicamente praticata (e “sollecitata”) dalla C.E.D.U.: cfr. per es. JACOBS, WHITE, *The European Convention on human rights*²¹, Oxford, 2006, 164 ss.

¹⁴ Dalla recente e corposa *Relazione* n. 19 del 3 maggio 2013 a cura dell’Ufficio del Massimario, reperibile in www.penalecontemporaneo.it, 2013, 7, si vince che in una sola occasione (Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2013, Pierri) la Suprema corte ha insinuato il dubbio che la responsabilizzazione del privato “indotto” abbia prodotto effetti abolitivi. In tutti gli altri casi, infatti, la VI Sezione s’è espressa nel senso della continuità normativa.

¹⁵ Ossia un reato di dazione indotta (art. 319-*quater*, co. 2) che si affianca, senza però “intersecare strutturalmente”, l’autonoma fattispecie di induzione abusiva del pubblico agente ex art. 319-*quater*, co. 1, c.p.: è la tesi sostenuta, oltre che da Spena (*retro* nt. 1), da DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 245; PULITANÒ, *La novella*, cit., 5, 8 ss., 16 s.; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1235 ss., 1244, nt. 30; ID., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2013, 381 ss., 396 ss.; 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, 141.

¹⁶ In questo stesso senso, MANNA, *La scissione della concussione*, cit., 25 s., il quale osserva come la tesi che identifica nell’art. 319-*quater* c.p. due fattispecie autonome e distinte sia in realtà funzionale a garantire la “perdurante punibilità” dei vecchi fatti di induzione, ossia prediliga «i profili di politica giudiziaria e di difesa sociale rispetto alla razionalità sistematica della disciplina del diritto intertemporale»; conf. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss..

¹⁷ Così ad es. SEMINARA, *I delitti*, cit., 397 ss.; e PULITANÒ, *La novella*, cit., 12.

nella nuova “induzione responsabilizzante”); e nel senso che è stata espunta la sottofattispecie di induzione mediante frode-inganno¹⁸, essendo insensato (illogico, innaturale) punire la vittima di un raggiro¹⁹.

Ma mentre si continua a glissare sul secondo profilo, il primo è stato affrontato *ex professo* e fin da subito, innescando un contrasto di vedute talmente pronunciato da rendere opportuno l'intervento delle Sezioni Unite²⁰.

La partita si chiuderà a fine ottobre, e i pronostici, si sa, sono sempre difficili; fra le tre correnti che agitano la VI Sezione, però, ci pare di poter individuare un “grande favorito”²¹.

2. Peccati e vizi.

Secondo un primo indirizzo, la linea di confine che separa costrizione e induzione non sarebbe avanzata di un millimetro: l'invarianza dell'enunciato (la matematica..), insomma, equivarrebbe a invarianza di significato (..non è un'opinione).

Di qui, la possibilità e anzi il dovere di recuperare “in blocco” il *know how*

¹⁸ Prima pacificamente ricondotta all'art. 317 c.p.: cfr. per tutti MARINUCCI, DOLCINI, *Codice penale commentato*, II, Milano, 2011, 2968 ss.

¹⁹ In questo senso la (quasi) totalità della letteratura finora edita: v. per es. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 1 ss., 8; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; SEMINARA, *La riforma*, cit., 1244; BRUNELLI, *Le disposizioni*, cit., 11; MANNA, *La scissione della concussione*, cit., 27; SPENA, *Per una critica*, cit., 14 s.; MONGILLO, *La corruzione*, cit., 142; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit., 15. *Contra* AMATO GIUS., *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, in *Guida dir.*, 2012, 13 ss., che però (almeno) esige che il privato indotto mediante frode sia consapevole del carattere indebito della prestazione; possibilista sulla perdurante punibilità ex art. 319-*quater* c.p. del solo p.u. nel caso di induzione truffaldina, mentre il privato-vittima andrebbe prosciolti per difetto di dolo, VINCIGUERRA, *La riforma della concussione*, in *Giur. it.*, 2012, 2687 ss., 2690. Si stacca dal coro, probabilmente perché insofferente all'idea di avallare pubblicamente l'assoluzione di un imputato eccellente, anche VIGANÒ, *L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla distinzione fra concussione e induzione indebita*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, il quale precisa (§ 3) che l'unica sacca d'impunità sopravvenuta pensabile sarebbe quella in cui il pubblico ufficiale non prospetta né un male ingiusto (nessuna concussione ex art. 317 c.p.), né un male giusto/indebito beneficio (e nessuna induzione ex art. 319-*quater* c.p.), e il privato si determina alla dazione/promessa per «evitare possibili noie, o comunque per non inimicarsi per il futuro il proprio interlocutore».

²⁰ Lo scorso maggio, con una ricca ordinanza stesa dal Consigliere Aprile, la VI Sezione della Cassazione ha chiesto alle Sezioni Unite di pronunciarsi in ordine al criterio con cui distinguere i fatti di concussione, previsti dal novellato art. 317 c.p., da quelli di induzione indebita a dare o promettere utilità, oggi riconducibili all'art. 319-*quater* c.p.: Cass., Sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, con scheda di VIGANÒ.

²¹ Per un'ordinata ed esauriente ricostruzione dei tre indirizzi ermeneutici concernenti il criterio in base al quale distinguere fra nuova induzione e nuova costrizione, v. la già citata *Relazione* dell'Ufficio del Massimario n. 19 del 3 maggio 2013.

maturato ante-riforma, quando il discrimine veniva affidato al trinomio mezzo utilizzato/intensità della pressione/misura della (residua) libertà di autodeterminazione.

E così, per “costrizione” continuerebbe a intendersi una condotta marcatamente minacciosa e intensamente prevaricante capace di comprimere notevolmente, se non proprio di annientare²², il margine di scelta del privato (qua c'è timore); nella nuova induzione ex art. 319-*quater* c.p., invece, transitano tutte quelle forme più blande di pressione (la persuasione, il discorso suggestivo, l'opera argomentata di convincimento, i tranelli, i “silenzi concludenti”, etc.) che, in quanto tali, sono meno coartanti e, perciò, lasciano a chi le patisce un più ampio margine di manovra (qua, invece, c'è solo soggezione)²³.

Per questa corrente di pensiero, dunque, la rassicurante chiave di lettura dell'universo penalistico sarebbero le forme: quelle lessicali, decisive nel *test* sulla continuità-abolizione, e quelle esteriori, che invece decidono dell'alternativa costrizione-induzione, visto che, *essendo impossibile* per mani umane misurare la “intensità” del *metus* (vero timore o mera soggezione?) e la “quantità” di libertà perduta (il margine di manovra era irrisorio oppure sufficientemente ampio?)²⁴, il salto vittima-correo rischia di dipendere esclusivamente dal registro comunicativo prescelto dal pubblico agente: che se ammicca e lascia intendere “induce”, e se invece prospetta in chiaro conseguenze sfavorevoli, magari sgarbatamente, “costringe”²⁵.

A questa posizione *vintage*, se ne contrappone una seconda che sdrammatizza (senza però obliterare) il dato lessicale²⁶, collega alla punibilità-correità del pri-

²² È dunque vero che, dal punto di vista psicologico-naturalistico, tanto la costrizione ex art. 317 c.p. nov. quanto la nuova induzione ex art. 319-*quater* c.p., lasciano al privato un *residuo* margine di scelta; diversamente, saremmo già nel territorio della rapina: così per es. SPENA, *Per una critica*, cit., 15. Di qui, l'esclusione della violenza fisica o “assoluta” dalla (vecchia e nuova) nozione di “costrizione”: Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, Gori e altri, in www.penalecontemporaneo.it, con scheda di VIGANÒ; nella giurisprudenza ante-riforma, v. invece Id., 11 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2942 ss.

²³ Così invece pretendono, ad es., Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, cit., § 2.3.; Id., Sez. VI, 18 dicembre 2012, ric. P.G. in proc. Aurati, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

²⁴ Sottolineano l'indeterminatezza e la difficile praticabilità del criterio che fa leva sulla intensità/significatività della coazione, fra gli altri, GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., 9; e SEMINARA, *I delitti*, cit., 398 s., 401, il quale osserva come la tendenza a ricostruire in chiave psicologica anche l'estremo dell'abuso funzionale abbia contribuito alla profonda “subiettivizzazione” della concussione.

²⁵ Pare propendere per questa lettura, sottolineando però il rischio d'incertezze applicative, ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 16 ss.

²⁶ L'identità testuale fra presente e passato, infatti, viene valorizzata onde escludere sacche d'impunità sopravvenuta (*abolitio criminis*); ciò non toglie, però, la necessità di rivedere reciprocamente e

vato lo slittamento della fattispecie «spacchettata» nella famiglia delle corruzioni²⁷, e ne trae le logiche conseguenze: poco importa che il funzionario prospetti futuribili scenari con toni pacati, allusivi, metaforici, netti o aggressivi (non contano le modalità estrinseche..), essendo viceversa decisiva la conformità-differenza a diritto di quegli scenari (..bensì i contenuti, l'oggetto della prospettazione).

L'alternativa radicale punizione-impunità, insomma, non può essere consegnata a volatili criteri psicologistici come quello del "grado/intensità" della coazione morale, che, non consentendo «oggettivizzazioni tali da poter costituire, sul piano quantitativo, momento di differenziazione tra concussione e induzione», attribuisce all'interprete un illegale «potere paranormativo»²⁸; perciò, non resta che concentrarsi sulla giustizia-ingiustizia della conseguenza paventata: se si tratta di una minaccia in senso tecnico (il male è *contra ius*, il danno deriva da una violazione di legge), allora c'è una vittima costretta; se viceversa il male è *secundum ius* (la conseguenza sfavorevole consegue all'applicazione della legge), allora c'è un semi-corruptore, perché pagare per evitare l'applicazione di atti conformi a diritto significa mirare a un tornaconto indebito²⁹.

Semplice, lineare, praticabile: il dilemma troverebbe soluzione nella logica binaria e obiettivizzante della rottura/conformità allo schema legale, a prescindere dalle tonalità comunicative (garbate o impertinenti, metaforiche o cristalline), ma anche, parrebbe, a prescindere dalla maggiore o minore esigi-

"dall'esterno" i rapporti fra costrizione e induzione, con ricadute comunque importanti sul piano sanzionatorio (e, perciò, anche sul regime prescizionale): v. per es. Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, in www.penalecontemporaneo.it, §§ 14-15.

²⁷ Che la (mezza-)correatà del privato implichi un "accostamento" logico-sistematico dell'induzione ex art. 319-*quater* c.p. alle ipotesi ex artt. 318 ss. c.p., è un dato su cui concorda (quasi) all'unanimità anche la dottrina, *ivi compresi* coloro che intravedono nel novello enunciato due fattispecie mono-sogettive autonome: v. per es. PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012 IX ss., XI; PULITANO, *La novella*, cit., 8 ss.; S. SEMINARA, *I delitti*, cit., 396; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 13; ID., *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in questa *Rivista*, 2013, 59 ss., 64; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230; RONCO, *L'amputazione*, cit., 47 ss.; VINCIGUERRA, *La riforma*, cit., 2689. In questo senso, del resto, anche la *Relazione* n. 3 del 2012 a cura dell'Ufficio del Massimario, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, 7.

²⁸ Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, cit.

²⁹ Cosa che spiegherebbe perché, «nella novellazione legislativa, il soggetto indotto non sia più considerato come vittima ma come autore di reato che mira a un risultato illegittimo a lui favorevole»: Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, Gori e altri, cit.; al contempo, il criterio della giuridicità/antigiuridicità del "male" giustificerebbe razionalmente pure la minor pena prevista per il pubblico agente che induce anziché costringere: Id., Sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, cit.

bilità del dovere di resistere incombente sull'indotto (sempre sanzionato là dove miri a benefici illegali).

La frontiera che separa la costrizione dall'induzione è dunque avanzata, e così doveva essere perché nessuno, neppure l'Europa, ci ha mai chiesto di criminalizzare pure vittime: la nuova costrizione abbraccia dunque i casi in cui l'agente pubblico si limita a sollecitare (faccia qualcosina, suavia!), consigliare (sarebbe più facile per tutti), evocare maliziosamente codici comportamentali (si sa come funziona qui) o ammiccare (un sospiro e una spalletta "concludenti") al privato, ventilando "soavemente" che, non dovesse cedere, è pronto a trasgredire la legge per danneggiarlo³⁰.

Dal canto suo, la nuova induzione include le ipotesi in cui il funzionario prospetta di applicare "dannosamente" la legge, secondo il consueto *réfrain* «*c'è abuso pure quando un atto doveroso è compiuto/prospettato in maniera antidooverosa*», ossia, in buona sostanza, ogni qualvolta l'uso viene finalizzato a ottenere l'indebito³¹.

Per l'approccio progressista, dunque, lo "spacchettamento" ha mutato geneticamente la figura, depotenziando il "peso" dell'abuso e rendendo decisivo l'atto³²: se il privato cede per evitarne uno formalmente illegittimo (violazione di legge) è una vittima; se invece cede per evitare un atto formalmente legittimo (sviamento di potere o abuso della qualità) è un correo, avendo agito per conseguire un vantaggio formalmente anti-giuridico.

Ora, a noi pare che entrambe le posizioni paghino prezzi troppo alti, anche in termini di legittimità costituzionale, rispetto ai benefici che garantiscono; esemplari in punto di praticabilità processuale, infatti, sia l'indirizzo *agé* che quello *new age* sono governati da logiche anelastico-deduttive che, valorizzando la forma (comunicativa, tecnico-giuridica) e sorvolando sulla sostanza (sui

³⁰ Tutte ipotesi di pressione "blanda" e "tenue", queste, che ieri erano pacificamente considerate induzione "vittimizzante" ex art. 317 c.p., essendo indifferente che il "danno" derivasse da atti obbligatori o discrezionali, conformi o difformi alla legge, legittimi o illegittimi: v. fra le più recenti Cass., Sez. VI, 19 giugno 2008, Leonardo, in *Mass. Uff.*, 240794.

³¹ In violazione non già di regole positivizzate, ma dei macro-principi di buon andamento e imparzialità della P.A.: v. per es. Cass., Sez. II, 10 dicembre 2007, Cuccia e altri, in *Mass. Uff.*, 239323.

³² Esattamente a quanto accade nelle ipotesi di corruzione. Cfr., emblematicamente, Cass., Sez. VI, 9 marzo 1984, Avale, *inedita*, secondo cui, «Per la sussistenza del reato di concussione, non ha alcun rilievo il fatto che l'atto sia legittimo o illegittimo, lecito o non lecito: nel reato di concussione, infatti, viene in rilievo non l'atto – come nelle varie ipotesi di corruzione – ma solo l'abuso della qualità o delle funzioni da parte del pubblico ufficiale». Sulla centralità dell'abuso funzionale nell'economia della concussione, già ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (Artt. 314-335-bis c.p.). *Commentario sistematico*, Milano, 2002, 95 ss.

contenuti della comunicazione, sui connotati della vicenda concreta), rischiano di generare eccessi o, all'opposto, difetti di tutela.

Pecca per eccesso, anzitutto, l'indirizzo che supervaluta le modalità della prospettiva, essendo francamente impensabile punire un privato che paga per ottenere qualcosa (un permesso, una licenza, ecc.) a cui ha diritto, solo perché è stato invitato a farlo garbatamente³³; dovesse prevalere una linea ermeneutica del genere e diventare "diritto vivente", perciò, l'enunciato che la "contiene" non resisterebbe allo scrutinio di costituzionalità ex artt. 3³⁴ e 27³⁵ Cost.

Rischia peccati per eccesso anche l'indirizzo che supervaluta l'oggetto della prospettiva, perché se è accettabile punire un ladro professionista che, colto in flagranza di reato, paga il poliziotto che "minaccia" di arrestarlo per sfuggire alla giustizia, sarebbe invece mostruoso sanzionare una clandestina irregolare che, per non essere immediatamente espulsa come imporrebbe la legge, si lascia persuadere da un carabiniere a concedersi sessualmente. Anche questa lettura, insomma, ci pare costituzionalmente impresentabile là dove si appaghi del *test* sulla giustizia/ingiustizia del "male" senza tener conto delle variabili (culturali, situazionali, umane) del caso concreto.

L'indirizzo progressista, però, pecca pure per difetto, perché attribuisce al *novum* l'attitudine a divorare buona parte del territorio tradizionalmente occupato dalla corruzione³⁶, visto che, in quel territorio, il criterio del vantaggio (ingiusto ma anche giusto) perseguito/conseguito dal privato (che per ciò corrompe) ha sempre conservato una certa vitalità³⁷, e visto che l'abuso, una volta depurato dei profili di "ingiustizia", non può che esaurirsi in una "strumenta-

³³ Così, lucidamente, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 137 ss.; in questo senso, proprio in relazione al "caso Nardi" (concernente un assicuratore che aveva ceduto alla "garbata insistenza" di un carabiniere, versando a quest'ultimo una somma indebita per evitare che il militare si cimentasse, come aveva lasciato intendere, in imprecisati «interventi in danno dei clienti» dell'agenzia), anche VIGANÒ, *La Cassazione torna sulla distinzione tra concussione e induzione indebita*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, § 4.

³⁴ VINCIGUERRA, *La riforma*, cit., 2689.

³⁵ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., 9.

³⁶ Così, pressoché testualmente, BRUNELLI, *La riforma*, cit., 64.

³⁷ Secondo un corposo orientamento giurisprudenziale, infatti, c'è corruzione (e non concussione) tutte le volte in cui il privato si determina alla dazione al fine di trarre vantaggio dall'abuso del funzionario, essendo tale finalità "ontologicamente" incompatibile con uno stato di timore: Cass., Sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, in *Cass. pen.*, 1996, 1130; Id., Sez. VI, 5 febbraio 1996, Arigliano, *ivi*, 3310; Id., Sez. VI, 10 ottobre 1996, Fusco, in *Mass. Uff.*, 207507.

lizzazione della posizione” rivolta a sollecitare l’avvio di trattative³⁸: in una “iniziativa”, cioè, che da sempre consideriamo compatibile col *crimen reputandum*³⁹.

Il vizio di costituzionalità, stavolta, sarebbe al rovescio: invece di punire vittime, puniremmo con sanzioni risibili autentici corruttori, con ciò tradendo *ex art. 117, co. 1, Cost.* gli impegni pattizi di “lotta a tutto campo” all’illegalità sistemica negli apparati pubblici⁴⁰.

³⁸ Così RONCO, *L’amputazione*, cit., 47 s., il quale, dopo aver sottolineato l’omologia sistematica, strutturale e valoriale fra la figura *ex art. 319-quater c.p.* e le fattispecie di corruzione, e dopo aver affermato essere la giustizia/ingiustizia del male il parametro su cui riposa la distinzione fra concussione e induzione indebita, propone di “dar contenuto” all’elemento dell’abuso funzionale, che a sua volta differenzia “strutturalmente” l’induzione dalla corruzione, attraverso l’antico criterio dell’iniziativa. Adombra implicitamente (e chissà se consapevolmente) uno scenario del genere, del resto, anche Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, cit., § 15, nella misura in cui, realisticamente, esclude la possibilità di quantificare l’intensità della strumentalizzazione di poteri e/o qualifiche, ossia l’intensità dell’abuso funzionale (§ 15), e, di qui, la misura (notevole, di media ampiezza, risibile) del residuo margine di scelta del privato; ci pare infatti che, se è impossibile stabilire quando l’abuso pregiudica gravemente (concussione) oppure non-gravemente (induzione) la libertà di autodeterminazione del privato, è pure impossibile stabilire quando l’abuso lasci sostanzialmente intatta quella libertà (corruzione). In altri termini: se è impensabile misurare col righello la «intensità della strumentalizzazione di poteri o della qualità» onde verificare se il privato sia stato un costretto (“molta coazione”) o solo un indotto (“moderata coazione”), allora è anche impensabile verificare quando «la formazione del volere in capo al privato rimane sostanzialmente insensibile rispetto al ruolo e al contegno del soggetto pubblico, potendo la strumentalizzazione del potere o della qualità al più valere da mero spunto di una trattativa paritaria, destinata a sfociare in un sostanziale illecito accordo negoziale» (“nessuna coazione”, corruzione). Nella “fredda” ottica progressista, insomma, ci pare che la distinzione fra induzione indebita e corruzione sia praticabile solo “dissolvendo” l’abuso funzionale nel criterio dell’iniziativa, magari esigendone una particolarmente pressante, pervicace e ripetitiva: così, col consueto acume, GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze*, cit., 8 ss.

³⁹ In giurisprudenza, come noto, è oramai pacifico che né la presenza/assenza di trattative, né il soggetto che dà inizio a quelle trattative, giochino un ruolo decisivo nella distinzione fra corruzione e concussione: v. *ex multis* Cass., Sez. VI, 13 novembre 1997, Meda, in *Giur. it.*, 1998, 1456, con nota di RONCO.

⁴⁰ Come noto, infatti, a penetrare il tessuto sub-costituzionale attraverso il parametro-porta *ex art. 117, co. 1, Cost.*, non è solamente la normativa «scrittovivente» C.E.D.U., ma (almeno formalmente) tutto il diritto internazionale pattizio: v. per es. Corte cost., 348, del 2007, 349 del 2007, 311 del 2009, 317 del 2009, in www.cortecostituzionale.it. Ci riferiamo qui, in particolare, alla Convenzioni di Merida (O.N.U. 2003, artt. 15 ss.) e Strasburgo (Consiglio d’Europa 1999, artt. 2 ss.), entrambe ratificate dall’Italia, ed entrambe contenenti l’obbligo di criminalizzare “a tappeto” i privati che alimentano l’illegalità sistemica dei pubblici apparati. Del resto, come sottolinea VIGANO, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, anche i rapporti O.C.S.E. ci “impongono” di considerare corruttori quelli che fino a ieri abbiamo considerato concussi, ossia di punire i privati che si lasciano convincere a dare/promettere l’indebito a prescindere (*irrespective*) dalla circostanza che la “mazzetta” sia necessaria per sopravvivere e non chiudere bottega. Le organizzazioni sovranazionali, in effetti, sono sempre state molto preoccupate per le *performances* della concussione per induzione, specie nella sua “evoluzione ambientale”, denunciandone l’uso investigativo eccessivamente opportunistico e il volto eccessivamente indulgenzialista: v. per es. i resoconti di MONTANARI, *La normativa ita-*

3. Il grande favorito.

C'è però anche una terza posizione che, cavalcando una logica compromissoria molto *à l'italienne*, coniuga le prime due⁴¹ senza rappresentarne una mera "addizione"⁴²; in altri termini, l'essenza della nuova fattispecie non sarebbe né concussiva (come vorrebbe l'approccio conservatore), né corruttiva (come pretende l'approccio progressista), ma autenticamente ibrida: nel nuovo, cioè, la logica della prevaricazione, pure prevalente, conviverebbe con (sarebbe "stemperata" da) quella dell'acquisizione.

Per quest'indirizzo interpretativo, in particolare, è vero che l'identità testuale fra presente e passato depone nel senso della continuità normativa ex art. 2, co. 4, c.p., e del recupero del bagaglio ermeneutico maturato ante-riforma⁴³, ma è pure sotto gli occhi di tutti che il vecchio trinomio forma della comunicazione/intensità della coazione/misura del margine d'azione è davvero troppo *souple* per essere riproposto piattamente: quel parametro, insomma, ha fatto della stessa concussione una figura onnivora ai limiti della legittimità costituzionale-penale (art. 25 Cost.)⁴⁴ e costituzionale-convenzionale (117 Cost.)⁴⁵.

Certo, l'approccio psicologizzante ha il pregio di ammettere la possibilità di *casi concreti* in cui c'è una vittima nonostante il male giusto⁴⁶; tuttavia, posto che nell'alternativa costrizione/induzione vive oggi l'alternativa secca impunità/punizione, occorre integrare ("stemperare", appunto) quell'approccio con

liana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali, in *Dir. pen. cont.*, 2012. Altro problema, poi, è se sia o meno pensabile una declaratoria d'illegittimità costituzionale (con effetti *in malam partem*) nel caso d'inadempimento statale "sopravvenuto" di obblighi di criminalizzazione di fonte internazionale-pattizia (ex art. 117 Cost.): lo esclude per es. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 106 ss.

⁴¹ Parlano di soluzione sincretista, intermedia o "mista" anche GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., 11 ss.; SCOLETTA, *Ancora sui criteri distintivi tra concussione e induzione indebita: una soluzione sincretista della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013; v. anche Cass., Sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3.

⁴² L'arresto-capofila è Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴³ Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.2.

⁴⁴ Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3.

⁴⁵ Perché fagocita(va) fatti sostanzialmente corruttivi: Cass., Sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3.

⁴⁶ Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.2. Sulla vitale necessità di una scrupolosa valutazione delle circostanze del caso concreto, e in particolare della minore o maggiore condizione d'inferiorità di quel singolo privato di fronte a quel singolo funzionario, onde valutare se vi sia stata (317 c.p.) o meno (319-quater c.p.) una vittimizzazione, v. ora ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-355-bis c.p.). Commentario sistematico*, cit., 241.

parametri più sicuri e controllabili: occorre identificare «elementi sintomatici ulteriori idonei a favorire una più netta differenziazione tra i concetti di costrizione e induzione», ci vuole, cioè, uno sforzo ricostruttivo «che, teso ad individuare un dato qualificato da aspetti di maggiore oggettività, può consentire di superare quelle situazioni di incertezza determinate dall'impiego del, talora più evanescente, criterio spiccatamente soggettivo del margine di libertà di scelta lasciato al destinatario della pretesa». E il «parametro integrativo» con cui condurre l'*actio finium* è (e non poteva che essere, trattandosi di figura anfibologica) proprio quello che s'appoggia sulla giustizia-ingiustizia del «male» prospettato⁴⁷.

Solo così, del resto, sono possibili soluzioni che sfuggono a logiche indifferenziate e disumanizzanti; solo così, insomma, potremo scongiurare i peccati per eccesso e per difetto inevitabilmente connessi a criteri puramente formali: non punendo la clandestina irregolare e punendo il ladro di professione, non punendo l'imprenditore cortesemente invitato a pagare per un atto dovuto, e punendo invece quello che, aggressivamente minacciato di essere ingiustamente escluso da una licitazione pubblica, paga per eliminare anzitempo il «rischio concorrenziale»⁴⁸.

E così, se pare scontato vi sia costrizione vittimizzante là dove il pubblico agente prospetti un male anti-giuridico «pur senza l'impiego di brutali forme di minaccia psichica diretta», ci sarebbe invece induzione responsabilizzante quando il privato poteva sottrarsi alla pressione senza eccessivi sforzi, e gli «indici oggettivi» da cui inferire tale esigibile dovere di tener duro (il «significativo margine di autodeterminazione») sono i contenuti (giustizia o ingiustizia) o le forme (blande o aggressive) della prospettazione.

Il cuore della figura «spacchettata», oggi come ieri, resta dunque la coazione morale, che nella variante costrittiva è maggiore (assai difficilmente ..) e nella variante induttiva minore (..più facilmente resistibile); e tale diverso «grado di esigibilità» andrà inferenzialmente evinto dalle forme della pressione, e dell'oggetto della prospettazione.

Ovvio poi che tali «indici» andranno intesi come cumulativi⁴⁹; se così non fos-

⁴⁷ V. ancora Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3.

⁴⁸ È, quest'ultima, l'ipotesi «ibrida» in cui il pubblico agente minaccia un male ingiusto in alternativa a un vantaggio ingiusto, a cui peraltro fa espresso riferimento, citando un passo del volume di Mongillo, Cass., Sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3.

⁴⁹ Come del resto sembra fare, al di là dell'infelice sintassi (o.. ovvero..), l'indirizzo in discorso, là dove ammette *ex professo* che si danno casi di prospettazioni implicite, allusive o indirette (la forme della

se, infatti, saremmo punto e accapo: dovremo per es. concludere che, quando un funzionario molto impolite e particolarmente insistente (il *pressing* intenso..) minaccia nitidamente mali giusti (..ma il vantaggio indebito), il privato che cede resta sempre impune, con buona pace dei desiderata europei; al contempo, qualora il privato fosse oggetto di un'estemporanea e allusiva prospettiva (il *pressing* è tenue..) di un male ingiusto (..ma la minaccia è tale in senso tecnico), egli sarebbe punibile, stavolta con buona pace di ragionevolezza ed equità.

Certo, anche qui non possono valere formule matematiche: gli indici formalizzati da cui cavare la "misura" del margine di manovra, infatti, dovranno sempre essere ricalibrati e rivisti alla luce del concreto contesto situazionale e delle irripetibili situazioni di vita dei protagonisti.

Exemplum hospitis docet: quale giudice condannerebbe mai una clandestina irregolare che, per evitare una giusta espulsione, cede alle galanti lusinghe di un maresciallo dei Carabinieri e si dà sessualmente?

4. Cosa potevamo fare, come rimediare.

Ricostruire la nuova figura in chiave anfibologica, bisogna ammettere, significa lanciare un preciso messaggio alla dottrina oltranzista della concussione ambientale, deputando il *novum* a operare principalmente, se non proprio esclusivamente, in quella "zona grigia" nella quale mancano abusi funzionali⁵⁰, e gli agenti pubblici sorridono ammiccanti⁵¹.

Da oggi, insomma, in quel cono d'ombra non ci sono più solo vittime, ci possono essere anche mezzi-correi⁵²: dipende da cosa ci guadagna, oppure evita, chi cede al *pressing* ambientale e si adegua alla norma subculturale⁵³.

pressione sono blande..) che celano sostanziali costrizioni (..ma il male prospettato è ingiusto): Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3.

⁵⁰ Nei casi di illiceità sistemica, infatti, l'agente pubblico non ha nessun bisogno di prospettare l'esercizio sviato/viziato delle sue attribuzioni funzionali, né di "far pesare" abusivamente la sua qualifica, perché è l'ambiente che lo fa per lui: è l'ambiente, si suole dire, che "assoggetta" il privato: così per es. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 372.

⁵¹ L'illegalità ambientale, si legge sovente nelle sentenze, semplifica le "modalità di comunicazione" e rende *automaticamente* sopraffattivi comportamenti che, quando non sono perfettamente leciti, costituirebbero al più sollecitazioni ex art. 322 c.p.: sul punto, sia ancora consentito il rinvio a VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., 23 s.

⁵² Così, sostanzialmente, RONCO, *L'amputazione*, cit., 48.

⁵³ Spunti in questo senso in Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3, là dove si afferma che la necessità di identificare criteri aggiuntivi a quello della forma/intensità della pressione «vale soprattutto per quei casi, ricadenti nella cd. zona grigia, nei quali non è chiaro né facilmente definibile se la pretesa del pubblico agente, proprio perché proposta in maniera larvata o subdolamente allusiva, ovvero in

La corrente che “ibridizza” la fattispecie *ex art. 319-quater c.p.*, perciò, ci pare essere quella che meglio risponde all’*input* politico-criminale sovranazionale di svolta normo-culturale, e che meglio interpreta il significato della nuova induzione (onora gli impegni pattizi..), senza però pretendere improponibili eroismi (..ed è pure passabile in punto di ragionevolezza e colpevolezza): i cittadini che alimentano il *systemic wrongdoing* vanno puniti, certo, ma solo se si muovono secondo logiche para-negoziali.

Sarà casuale, dunque, ma dobbiamo prendere atto che l’unica interpretazione costituzionalmente presentabile è quella che sdrammatizza le istanze di rottura col passato “indulgenzialista” e assegna alla novella figura un risibile ambito applicativo.

Per lo meno in teoria, perché poi, in pratica, quando non sei né carne né pesce (una figura piazzata a mezza via tra concussione e corruzione..), rischi che qualcuno ti cataloghi fra le carni (rischia di essere fagocitata dall’una..), e qualcun altro fra i prodotti ittici (..oppure dall’altra)⁵⁴.

Ne è prova lampante il fatto che, per distinguere fra nuova induzione e nuova costrizione, vien naturale riproporre gli stessi, identici criteri che abbiamo sempre utilizzato per discriminare i fatti concussivi da quelli corruttivi: il criterio dell’iniziativa⁵⁵, che taluno rimodula in senso quantitativo⁵⁶; il criterio del vantaggio, sia pure “imbellettato” dal *test* sulla giustizia-ingiustizia⁵⁷; e il criterio

forma implicita o indiretta, abbia ridotto sino quasi ad annullare o abbia solo attenuato la libertà di autodeterminazione del privato»; così anche, ricostruendo l’indirizzo mediano-compromissorio, Cass., Sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3, quando si precisa che «Ancora oggi, in un contesto mutato con la previsione della punibilità dell’indotto e con la esclusione della sanzionabilità del concusso, può risultare difficoltoso distinguere una condotta di costrizione da una di induzione laddove la pretesa sia fatta valere con modalità subdole o larvate [...] tanto da sembrare una forma blanda di pressione psichica, ma capace di integrare una situazione di sostanziale costrizione implicita. In altri termini, non è sempre possibile differenziare nettamente una induzione da una costrizione in base all’intensità della pressione [...] e al grado di condizionamento [...], in quanto vi sono situazioni ‘al limite’ nelle quali è difficile distinguere» il privato intimorito da quello meramente assoggettato.

⁵⁴ Sulla possibile erosione, da parte della novella figura, dell’ambito applicativo delle fattispecie di corruzione e istigazione alla corruzione, anche SCOLETTA, *Ancora sui criteri*, cit., § 6.

⁵⁵ RONCO, *L’amputazione*, cit., 47 s.

⁵⁶ L’iniziativa estemporanea del pubblico agente sarebbe corruttiva, mentre quella reiterata/insistente sarebbe induttiva: GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze*, cit., 8 ss.

⁵⁷ Che però, almeno stando al lessico prescelto dalla Cassazione, *continua* a non essere decisivo. L’indirizzo mediano-anfibologico, infatti, afferma che la giustizia del danno è un parametro solo integrativo e ausiliario, con ciò lasciando intendere che si dà una costrizione (un inesigibile obbligo di resistenza) pure quando il male minacciato è giusto (vantaggio indebito), e che si danno fatti di induzione (un esigibile obbligo di sottrarsi) anche quando il male minacciato è *contra ius* (vantaggio “giusto”): in quest’ultimo senso, anche GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., 12 ss.

psicologistico della parità-disparità negoziale dei pattisti⁵⁸, che dovrebbe arricchirsi oggi di una nebulosa variante intermedia: di una volontà “moderatamente” prevaricatrice, cioè, cui farebbe *pendant* un timore “non troppo attanagliante”⁵⁹.

La miniriforma rischia dunque di essere fatalmente assorbita (o rimbalzata) dal sistema normativo previgente⁶⁰, pare cioè destinata a risolversi in un nulla di fatto⁶¹: la concussione finirà per divorare buona parte dell’induzione⁶², lasciando “i resti” alle corruzioni *ex artt.* 318 ss. c.p.; e, francamente, faticiamo non poco a intravedere in ciò un male, considerato che entrambe le ipotesi inverse (l’induzione fagocita fatti sostanzialmente costringitivi, oppure ruba terreno alle corruzioni) si espongono a una ridda di censure di illegittimità costituzionale⁶³.

D’altra parte, già dai primissimi commenti s’era capito che l’innesto sarebbe stato in parte inutile, e in parte dannoso: da un lato, infatti, il *novum* non risolveva il problema della delimitazione “verso il basso” rispetto ai fatti di corruzione⁶⁴ e, perciò, non avrebbe scoraggiato il consueto uso premiale delle figure liminari⁶⁵ (semmai, anzi, l’esatto contrario)⁶⁶; dall’altro, co-

⁵⁸ Così, condivisibilmente, SEMINARA, *I delitti*, 401.

⁵⁹ Sulla triade di criteri utilizzati per distinguere corruzione e concussione prima della riforma, v. per es. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*³, Bologna, 2003, 149 ss.

⁶⁰ Così, utilizzando le metafore della palude e del muro di gomma, già BRUNELLI, *La riforma*, cit., 67 ss.

⁶¹ Questo vale per lo “spacchettamento”, ma anche per la macro-corruzione *ex art.* 318 c.p. e per la fattispecie-clone *ex art.* 346-bis c.p.: sul punto, sia consentito rinviare ancora a VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., 3 ss., 14 ss.

⁶² Per quanto sarebbe teoricamente plausibile anche l’ipotesi opposta: ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-355-bis c.p.). Commentario sistematico*³, cit., 241 s.

⁶³ *Retro* § 2

⁶⁴ Così PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 229.

⁶⁵ Tutti sappiamo che gli inquirenti, specie nei casi di illegalità “sistemica”, tendono ad abusare della concussione a scapito della corruzione, così da poter trattare da vittime autentici correi, i quali, in cambio, spezzano il vincolo omertoso e collaborano all’accusa: v. da ultimo FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 177 ss.; l’uso opportunistico della figura *ex art.* 317 c.p. da parte degli investigatori, peraltro, non ha mai rappresentato per il privato una garanzia d’impunità, e ciò per la semplice ragione che un giudice potrebbe non condividere (ed è successo molte volte) quell’inquadramento giuridico e ravvisare un fatto di corruzione: sul punto, v. DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, 42, 292, i quali parlano, al proposito, di «effetto rebound».

⁶⁶ Proprio perché ha offerto a inquirenti e giudici una “alternativa in più” rispetto a prima: SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1243 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 132 s., 145.

responsabilizzando il privato indotto, avrebbe aumentato, e di molto, la già consistente “cifra oscura”⁶⁷.

E pensare che, per esaudire i *desiderata* europei, non c’era nessun bisogno di punire a tappeto vittime: bastava semplicemente espungere il reato di concussione, lasciare campo libero alla sinergia fra estorsione aggravata e corruzioni⁶⁸, e magari ottimizzare il programma efficientistico con l’innesto di calibrate misure premiali sul modello Cernobbio; avremmo con ciò sradicato le poco commendevoli abitudini dei nostri inquirenti, e avremmo seriamente implementato la *policy* dell’emersione⁶⁹.

Chi è convinto che una manovra del genere avrebbe prodotto effetti disastrosi, perché «*la gran parte dei processi in corso per fatti di concussione [...] si sarebbero azzerati*»⁷⁰, trascura di considerare che dentro una vecchia concussione (nel più..), ci sono sempre un’estorsione, una violenza *ex art.* 609-*bis* c.p., o una violenza privata *ex artt.* 610 (..sta sempre il memo): tutte figure, insomma, che esigono “di meno” di quella *ex art.* 317 c.p., sono realizzabili con le stesse modalità⁷¹, e per le quali l’abuso funzionale (il “di più” strutturale) significa aggravamento *ex art.* 61 n. 9 c.p. Altro che azzeramento, il grosso dei processi sarebbe continuato eccome, perché una condanna per un fatto di concussione presuppone la compiuta dimostrazione di una violenza o di una minaccia finalizzata a “costringere” o “indurre” taluno a dare o fare qualcosa: una prestazione sessuale, una somma di denaro, ecc. Si sarebbe solo trattato di un problema di riqualificazione *in iure*, insomma, o, al più, di qualche rinvio esplorativo. Che poi il “noto processo milanese” sia inevitabilmente destinato a essere azzerato, è circostanza che, con la scelta di conservare in vita la fattispecie di concussione, non c’entra proprio nulla⁷²; il futuribile (e doveroso) proscioglimento di Silvio Berlusconi, infatti, non è che la diretta conseguenza della sopravvenuta punibilità all’indotto (che ha determinato l’espunzione della sotto-fattispecie di concussione per frode-inganno dall’area dell’illecito «spacchettato»)⁷³, e del carattere non patrimoniale della prestazio-

⁶⁷ V. per es., fra i molti, ALESSANDRI, *I reati*, cit., 22 s.; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 11; BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., 10; MANNA, *La scissione*, cit., 28 s.; VINCIGUERRA, *La riforma*, cit., 2689.

⁶⁸ Così anche BRUNELLI, *La riforma*, cit., 68; IELO, *prime note*, cit., 4;

⁶⁹ Sul punto, ci permettiamo di rinviare ancora a VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., 20 ss.

⁷⁰ VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., 4.

⁷¹ Esplicite o implicite, aggressive o garbate, dirette o indirette, larvate o nitide: v. *ex plurimis* Cass., Sez. VI, 26 gennaio 1999, Savian, in *Cass. pen.*, 2000, 1957; Id., Sez. II, 16 giugno 2004, Giorgetti, *ivi*, 2006, 516.

⁷² *Contra*, alludendo al “processo Ruby”, v. ancora VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., 4.

⁷³ *Retro* § 1.

ne di *facere* del soggetto abusivamente raggirato (che impedisce di sussumere il fatto nella truffa aggravata)⁷⁴. Avremmo pure frainteso il «capo d'imputazione», perché ciò che la Procura milanese «contesta è, essenzialmente, l'abuso della propria qualità da parte del pubblico ufficiale in questione»⁷⁵; e saremmo pure «stravaganti» e privi di «buon senso» perché ci siamo chiesti, a mo' di *divertissement*, se il legislatore della riforma si fosse o meno reso conto di aver neutralizzato quel processo⁷⁶. Ma, francamente, la cosa non ci spiace più di tanto, perché siamo in ottima compagnia⁷⁷.

Come rimediare al disastro?

Potremmo per esempio sperare che il problema si risolva da solo, ossia buttare il *novum* nel dimenticatoio e lasciare che venga spolpato dalle figure liminari; potremmo darne una lettura super-restrittiva, circoscrivendone l'ambito applicativo alla *gray zone*; oppure, volendo, potremmo attendere che qualche giudice solerte chiami in causa la Consulta, confidando in una sentenza interpretativa di accoglimento.

Per parte nostra, preferiremmo un percorso un po' meno all'italiana e un po' più mitteleuropeo: ci piacerebbe che il Parlamento prioritarizzasse l'approvazione del Disegno di legge S-19, che, fra le altre (buone) cose, prevede l'amputazione dell'art. 319-*quater*, co. 2, c.p.⁷⁸

⁷⁴ Resta un abuso ex artt. 48, 323 c.p., che però, oltre a patire gli stessi «limiti patrimonialistici» della truffa, deve fare i conti con risibili termini prescrizionali: VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., 28 ss.

⁷⁵ VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., 8 s.

⁷⁶ VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., 9.

⁷⁷ L'ex Procuratore antimafia Pietro Grasso, oggi Presidente del Senato, considera infatti tutt'altro che stravaganti la nostra lettura del capo d'imputazione e la nostra ipotesi intertemporale: cfr. l'intervista dal titolo *La norma Severino sulla concussione produce solo guasti*, in *La Repubblica*, 8 marzo 2013.

⁷⁸ Un *résumé* dei contenuti del Disegno di legge S-19 (Grasso e altri) in materia di *Corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio*, è ora reperibile in www.penalecontemporaneo.it.

ARCHIVIO PENALE 2013, n. 2