

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Delitti contro la P.A.

La decisione

Delitti contro la P.A. - Concussione - Induzione indebita - Caratteristiche individualizzanti (C.p., artt. 317, 319-*quater*; L. 6 novembre 2012, n. 190).

*La fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p. è caratterizzata da una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio.*

Nella concussione di cui all'art. 317 c.p., invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 14 marzo 2014 (ud. 24 ottobre 2013) - SANTACROCE, *Presidente* - MILO, *Relatore* - D'AMBROSIO, *P.M.* (conf.) - Maldera ed altri, ricorrenti.

Il commento

Le Sezioni unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele

SOMMARIO: 1. Metodi e politiche di una parabola inevitabile. – 2. Nuove valutazioni. – 2.1. La Terra di Mezzo e l'ermeneutica dei casi difficili. – 3. Vecchie descrizioni. – 3.1. Sulla tabuizzazione delle ipotesi abolitive. – 4. Una coda dirompente.

1. Metodi e politiche di una parabola inevitabile

L'innesto della L. 6 novembre 2012, n. 190 nel minisistema di lotta ai fenomeni corruttivi rassomiglia sempre di più all'ingresso di un sasso in una pozza di petrolio, o, volendo, al tuffo di una Cagnotto al massimo della forma: pochissimi schizzi, impercettibili cerchi d'acqua¹.

E, in tutta franchezza, c'era da aspettarselo finisse così: vincono le politiche giurisprudenziali di conservazione (degli equilibri sistemici, del passato), perde il legislatore *euro-sensitive*, troppo pasticcone, troppo simbolico e troppo poco lungimirante per essere seguito fino in fondo.

¹ Profetico, al riguardo, BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in questa *Rivista*, 2013, 59 ss., 67 ss.

Trionfa dunque la *Realkriminalpolitik* del giudice-demiurgo², che talvolta, bisogna ammetterlo, gioca la sua partita in modo platealmente *unfair*: ignorando vecchi e nuovi enunciati testuali³, dribblando scomode figure-doppione⁴, e soprassedendo sui vincoli deontologici che dovrebbero guidare l'interpretazione continentale⁵.

Vero è che, di fronte alla frattura della concussione, la magistratura aveva le mani davvero molto libere: quella manipolazione-senza-specializzazione⁶, lasciando inalterata la vecchia descrizione tipica, ma, al contempo, estendendo la punibilità al privato indotto, rendeva infatti *ragionevolmente argomentabili* soluzioni *diametralmente opposte*.

Non stupisce, perciò, che lo «spacchettamento» abbia generato proposte interpretative tanto diverse⁷: che, cioè, alcuni abbiano preferito supervalutare l'identità testuale fra “presente” e “passato” (nulla è cambiato); altri, al contrario, abbiano posto l'accento sul *downgrading* del privato, assimilando la fattispecie ex art. 319-*quater* c.p. alle figure corruttive (tutto è cambiato); e altri ancora, prendendo atto della nube criminologica che avvolge l'apparato pub-

² Sull'irruzione della cultura del giudice-costruttore e della giurisprudenza-fonte nei sistemi continentali, che s'appoggia sulla distinzione fra disposizione e norma, oggi accentuata dalla cd. europeizzazione dell'ordinamento domestico, v. da ultimo DONINI, *Sistema” delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario*, a cura di Mir Puig et al., *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid-Barcelona, 2012, pp. 179 ss.

³ Ad es. continuando a ricondurre nell'alveo dell'art. 319 c.p. la fattispecie cripto-analogica di “asservimento funzionale”, su cui, invece, calzerebbe a pennello l'attuale enunciato ex art. 318 c.p.: Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2014, Terenghi, in *questa Rivista* online, con osservazioni critiche di CECCHINI, *L'asservimento della funzione al confine tra i reati di corruzione funzionale e di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*. Sulle potenzialità applicative della nuova fattispecie ex art. 318 c.p., volendo, v. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2012, 2, 167 ss.

⁴ Come quella ex art. 346-*bis* c.p., che allo stato, per quanto di nostra conoscenza, non ha mai trovato applicazione: o perché “assorbita” da adiacenti vicende corruttive (Cass., Sez. VI, 11 luglio 2013, A.A., in www.leggiditaliaprofessionale.it), o perché incompatibile con la concussione (Cass., VI, 12 dicembre 2013, C.A., in www.leggiditaliaprofessionale.it), o perché fagocitata dal (probatoriamente meno impegnativo) millantato credito: Cass., Sez. VI, 18 aprile 2013, A.E.P., in www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁵ Parla giustamente di una precomprensione ermeneutica di molti studi interpretativi sulla riforma, fortemente condizionati dalla necessità di realizzare l'intento politico di continuità normativa, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180*, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 2014, in corso di pubblicazione.

⁶ Diversa l'opinione di DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2012, 1, 232 ss., 244 s. secondo cui le novelle figure ex artt. 319-*quater*, 317 c.p. si porrebbero in rapporto di specialità con la vecchia incriminazione ex art. 317 c.p.

⁷ Per un esauriente ed equilibrato affresco dei tre orientamenti nati in seno alla sesta Sezione, v. la Relazione n. 19 del 3 maggio 2013 a cura dell'Ufficio del Massimario, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.; per un commento (anche) critico dei predetti orientamenti, sia consentito rinviare a VALENTINI, *Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p. Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite*, in *questa Rivista*, 2013, 557 ss.

blico nostrano, abbiano proposto una soluzione compromissoria (qualcosa è cambiato), indicando un nuovo “criterio” con cui maneggiare i casi difficili⁸.

Certo, talvolta si è andati un po’ troppo oltre, come quando, qualche mese fa, un interprete infatuato della prevenzione generale ha trasformato un raggio qualificato da un abuso di qualità, che sfuggiva pure alle maglie della meno grave fattispecie ex art. 319-*quater* c.p.⁹, in una minaccia costrittiva per “contesto” (notturno) e “posizione” (gerarchica)¹⁰.

Casi estremi a parte, che ci sono e ci saranno sempre, è comunque innegabile che, quando restano immutati gli *enunciati* ma cambiano i *significati*, un po’ tutto diventa possibile e, tutto sommato, plausibile: ci si può rifugiare dietro il confortante paravento della ricognizione lessico-formale, e allora si dirà che tutto è uguale a prima; oppure si può valorizzare il mutamento delle direttrici di tutela (il “salto” vittima-reo del privato, nel nostro caso), apprezzando il

⁸ L’orientamento intermedio, infatti, concepisce l’ingiustizia/giustizia della prospettazione del pubblico agente, vale a dire il tipo di danno/vantaggio che il privato aspira a scongiurare/conseguire, come uno fra i tanti “indici sintomatici” della maggiore (stato-risultato costrittivo) o minore (stato-risultato induttivo) “quantità” di libertà perduta: così, sostanzialmente, MONGILLO, *L’incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2013, 3, 166 ss., 199 ss.

⁹ Ci riferiamo, come è intuibile, al “caso Ruby”: Trib. Milano, Sez. IV, 24 giugno 2013, Berlusconi, in *www.penalecontemporaneo.it*, spec. 113 ss. È infatti pacifico che la scissione della vecchia figura ex art. 317 c.p. abbia determinato l’espunzione, dal raggio applicativo dei *novae*, della sotto-fattispecie di concussione per induzione-frode: v. ad es. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2012, 3-4, 5 ss.; BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 11; GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in *Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2013, p. 8.; 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, 12 ss., 27; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 142; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1235 ss., 1244; SPENA, *Per una critica dell’art. 319-*quater* c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 ss., 14 s. D’altra parte, quand’anche si voglia sostenere, come fa il giudice ambrosiano, che la prospettazione-racconto dell’ex Presidente del Consiglio fosse una “frottola” a cui nessuno avrebbe creduto, la (pacifica, incontestabile) assenza di un qualsiasi “vantaggio indebito” per il funzionario che accolse la sollecitazione osterebbe comunque all’applicazione dell’art. 319-*quater* c.p. Sul punto, v. anche *infra*, § 2.1.

¹⁰ Secondo il Giudice milanese, infatti, gli indici su cui s’appoggerebbe la prova del (soggettivo) stato di costrizione del funzionario, che dimostrerebbero, cioè, la sussistenza di una (implicitissima) minaccia ex art. 317 c.p., sarebbero le tempistiche-logistiche della telefonata (in ora notturna e presso l’abitazione del funzionario) e il profondo *gap* gerarchico intercorrente fra (asserito) prevaricatore e (asserito) prevaricato: Trib. Milano, IV, 24 giugno 2013, Berlusconi, cit., 128 ss. Molto critico, sul punto, anche DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, cit., § 4; più velate, invece, le censure di GATTA, *La sentenza sul caso Berlusconi-Ruby, sotto la lente del giurista: un’occasione per riflettere sul concetto di minaccia penalmente rilevante*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

rinnovato assetto delle sinergie e degli interessi in gioco e traendone le dovute conseguenze: per il futuro, ma anche per il passato¹¹.

L'importante, insomma, è essere metodologicamente coerenti.

Viceversa, chi pretende di abbinare “culto delle forme” e “cultura della sostanza”, per di più preferendo l'uno o l'altra a seconda degli obiettivi che preventivamente s'è proposto di raggiungere (archiviare logiche opportunistico-indulgenzialiste e strizzare l'occhio all'Europa, senza però vanificare decenni di processi e oberare il giudice dell'esecuzione), rischia di apparire troppo poco rispettoso delle regole del gioco e, perciò, non troppo persuasivo.

E questa, purtroppo (per l'ermeneutica penale) o per fortuna (per la tenuta del sistema e il *nullum crimen sine poena*), è esattamente l'operazione in cui si cimentano le Sezioni unite nel tracciare la linea di confine fra concussione e induzione indebita: valorizzando il mutato scenario politico-criminale e la mutata valutazione della posizione dello “indotto”, che poi significa pure mutata valutazione della sinergia fra questi e il pubblico agente, quando guardano al futuro; e trincerandosi dietro un anelastico approccio logico-lessicale, vale a dire enfatizzando la perfetta identità fra vecchie e nuove descrizioni tipiche, quando fanno i conti col passato¹².

2. Nuove valutazioni

Lo chiedevano a gran voce l'Europa e gli organismi sovranazionali, dicono le Sezioni Unite, e il Parlamento ha deciso di accontentarli: abbiamo perciò *innovato* il minisistema, *modificando profondamente* il reato di concussione e inserendo la *nuova* figura di induzione indebita¹³.

Per un verso, infatti, la scelta di circoscrivere la concussione alle sole ipotesi costrittive risponde all'esigenza di stoppare la «eccessiva dilatazione che del concetto di induzione era stata fatta nella prassi applicativa, sino a quasi smarrire i confini rispetto alla corruzione»¹⁴, ed è dunque funzionale allo scopo di chiudere «ogni possibile spazio di impunità al privato» che cede a una pres-

¹¹ Come ad es., sia pure abbinando considerazioni valoriali a criteri logico-formali, fanno MANNA, *La scissione della concussione*, cit., 22 ss.; e RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita. Le aporie di una riforma*, ivi, 35 ss., 49 ss., secondo cui lo “spacchettamento” ha prodotto l'abolizione della vecchia fattispecie di concussione per induzione. Ventila uno scenario del genere anche GAMBARDILLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1285 ss.

¹² Le Sezioni Unite, insomma, recidono seccamente quella *liaison* fra assetto sincronico e aspetti diacronici che invece, secondo GAMBARDILLA, *La “massima provvisoria” delle Sezioni unite Maldera: le possibili conseguenze intertemporali*, in *questa Rivista* online, 2013, andrebbe sempre mantenuta ben salda.

¹³ §§ 3, 8 e 11.3.

¹⁴ § 13.

sione *resistibile* del pubblico agente¹⁵.

Come dire: prima eravamo ipocriti, trattavamo sostanziali corruttori come vittime per ragioni accertativo-processuali¹⁶; da oggi la musica cambia, da oggi cambiano gli scenari politico-criminali, anche se, invece di omologare *tout court* indotti e corruttori, abbiamo preferito inserire una figura destinata a coprire le ipotesi ibride o, più semplicemente, dubbie¹⁷.

«La nuova normativa ha inteso differenziare nettamente il comportamento, ritenuto più grave, integrato dall’atteggiamento prevaricatore dell’agente nella sua forma più aggressiva della costrizione», dalla forma più blanda e sfumata di condotta attuata «mediante un’attività di persuasione, di suggestione e di inganno»¹⁸: che ieri produceva vittime, e invece, da oggi, complici.

Per altro verso, la sotto-fattispecie espunta e confluita nella disposizione *ex art. 319-quater c.p.*, ancorché riprodottriva dello «stesso paradigma del preveniente art. 317 c.p.», colpisce anche il privato: aspetto, quest’ultimo, «di significativa novità sostanziale»¹⁹.

È il mutamento d’abito dell’indotto, insomma, il dato più dirompende e inedito²⁰: quello che incide sulla *direzione lesiva* della fattispecie induttiva²¹, che ne rivela i *nuovi significati*²², e che ne modifica-arricchisce *la stessa fisionomia oggettiva*.

Dalla fetta di motivazione dedicata al *futuro* sistema anti-corruzione²³, dunque, si evince che la clausola *ex art. 319-quater, co. 2, c.p.* non si limita a “diversamente regolamentare” un fatto che resta identico a prima (non incide solo sul piano della punibilità...), ma ne muta l’essenza e ne stravolge le logiche basiche, traghettandolo verso le ipotesi corruttive (..ma interferisce con struttura e offesa tipiche)²⁴.

¹⁵ § 8.

¹⁶ Così, testualmente, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., § 2.*

¹⁷ Le ipotesi, cioè, in cui non è possibile discriminare con certezza «tra chi è certamente vittima del reato è chi in qualche modo ha contribuito allo stesso»: così, riprendendo le parole dell’ex Guardasigilli, al § 8.

¹⁸ § 8.

¹⁹ § 8.

²⁰ § 11.3.

²¹ «[C]onfinandone il raggio in ambito strettamente pubblicistico», ossia trasformandola da pluri-(buon andamento e imparzialità della PA, libertà di autodeterminazione e patrimonio dell’indotto) a mono-offensiva (solo buon andamento e imparzialità della PA): §§ 11.3, 14.4., 23.4.

²² «La previsione della punibilità del privato è il vero indice rivelatore del significato dell’induzione»: § 14.4.

²³ §§ 1-23.

²⁴ «Il soggetto privato cede alla richiesta del pubblico agente non perché coartato o e vittima del *metus*

In effetti, le Sezioni Unite esordiscono criticando benevolmente i tre orientamenti in cui s'era spaccata la sesta Sezione; tutti evidenzerebbero «aspetti certamente condivisibili», ma nessuno coglierebbe appieno nel segno: nessuno, cioè, offrirebbe un «sicuro criterio» per distinguere fra concussione vittimizzante (317 c.p.) e induzione corresponsabilizzante (319-*quater* c.p.).

Non la tesi che ripropone le vecchie nozioni di induzione e costrizione²⁵, in quanto affiderebbe l'alternativa a una «indagine psicologica dagli esiti improbabili» (intensità della coazione); non la tesi che, preso atto del mutamento essenziale innescato dalla correttezza dell'indotto, ha il pregio d'identificare «oggettivi» e quindi più affidabili «indici» discretivi (conformità/difficoltà a diritto dello scenario prospettato dal p.a.), ma ha il difetto di massimizzarne le prestazioni secondo logiche matematico-binarie; e neppure la tesi secondo cui quegli indici obiettivi vanno integrati col criterio soggettivo-psicologizzante, perché, proponendo tale integrazione solo in casi «*al limite*», sembra insinuare che tutti gli altri debbano essere risolti in base al parametro della intensità della coazione, «replicando così [...] i limiti del primo orientamento»²⁶.

Tutte e tre le proposte interpretative, insomma, vincono ma non convincono: è vero, infatti, che ci vogliono parametri di valutazione più nitidi (della intensità della pressione-coazione), ma è anche essenziale che non siano inflessibili (perché la logica “bianco o nero” non va bene in settori dominati dal “grigio”).

Orbene, seguitano le Sezioni unite, il *discrimen* fra concussione e induzione indebita non può di certo appoggiarsi su ciò che accomuna le due figure: né sull'evento dazione-promessa, quindi, né sull'abuso funzionale, che, si precisa, *continua* a costituire il “cuore” della - oggi sdoppiata - incriminazione (l'altra faccia del *metus*, la causa della compressione del margine di manovra, la ragione motivante la resa del privato), e *conserva* lo stesso significato di prima (violazione di legge e sviamento di potere; strumentalizzazione abusiva della qualità)²⁷.

La linea di confine fra le due figure, ora come allora, non possono che trac-

nella sua espressione più forte, ma nell'ottica di trarre un indebito vantaggio per sé [...] attivando così una dinamica completamente diversa da quella che contraddistingue il rapporto tra concussore e concusso e ponendosi, pur nell'ambito di un rapporto intersoggettivo asimmetrico, in una logica negoziale, che è assimilabile a quella corruttiva»: § 14.5. Sul radicale mutamento della dimensione teleologica della fattispecie induttiva, e sulla sua affinità coi fatti di corruzione, già PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 783 ss., 787 ss.

²⁵ Esemplarmente rappresentata da Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ § 3.

²⁷ §§ 10-11, 13.6

ciarla le differenze descrittivo-lessicali: i verbi “costringere” e “indurre”²⁸, i quali, peraltro, *continuano* a indicare risultati-stati psicologici²⁹ tali e quali a prima³⁰, ma non anche le modalità che li producono³¹.

Visto che, però, oggi c’è un complice al posto di una vittima, bisogna prendere atto della *svolta valutativa* («assoluta novità rispetto al passato») e giustificare la punizione dell’indotto in base ai principi di *garanzia sostanziale* («colpevolezza, proporzione e ragionevolezza»), ossia rintracciare un *disvalore di condotta* che ci consenta di colpirlo³²; e tale ricerca, secondo la Corte, non può che passare attraverso la valorizzazione dei contenuti della prospettazione del funzionario infedele: che se minaccia in senso tecnico vittimizza (costringe, 317 c.p.), e se invece propone di sollevare il privato da *mala secundum ius* arruola mezzi-complici (induce, 319-*quater* c.p.), perché pagare per evitare l’applicazione della legge significa mirare a vantaggi *indebiti*.

Breve: la *esigibilità* del “dovere di resistere” che dà *sensu costituzionale* alla punizione del privato va rintracciata nei contenuti dello scenario prospettato³³.

In particolare, lo *stato-risultato* costrittivo evocherebbe implicitamente, ma inequivocabilmente, il *percorso modale* che ne è causa: la violenza o la minaccia. Anzi, posto che la costrizione non neutralizza mai del tutto il margine di manovra della vittima, va da sé che le modalità violente, nell’economia del reato ex art. 317 c.p., tendano a confondersi con quelle minacciose³⁴, ossia con la (brutale, esplicita, garbata, velata, financo metaforica) prospettazione di mali *oggettivamente* antiggiuridici³⁵. E qui, dice la Corte, c’è senz’altro una vittima, essendo impensabile, «in base ai valori e ai principi che ispirano l’ordinamento penale» di uno Stato di diritto, che «i cittadini ingiustamente prevaricati e coartati dai detentori dei pubblici poteri sprigionino risorse inesigibili di resistenza» per garantire l’integrità degli apparati pubblici e rad-

²⁸ § 11.

²⁹ Una “coazione psichica”, un “effetto di coartazione”, una *deminutio* della “libertà di autodeterminazione”, una “alterazione del processo volitivo”, *et sim*: §§ 13 ss.

³⁰ Mentre la costrizione continua a essere una grave e intensa forma di pressione, la quale pone il privato in una «condizione di sostanziale mancanza di alternative» e ne manomette in modo «oggettivo e stringente [la] libertà di autodeterminazione», lo status di “indotto” continua a essere connotato da una «maggiore libertà di autodeterminazione», da «più ampi margini decisionali»: §§ 11.2, 12, 13.5, 13.6, 14.4.

³¹ Sono condotte-risultato, insomma, più che condotte-modo: teorizza e collauda queste categorie, non prive di riflessi sul piano pratico, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*², Torino, 2013, pp. 42 ss.

³² § 14.5.

³³ § 14.5.

³⁴ Anche GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e ‘induzione indebita’: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in www.penalecontemporaneo.it, sottolinea come, nella prassi, la condotta concussiva assuma le forme e i contenuti della minaccia.

³⁵ §§ 13-13.4.

drizzare il sistema³⁶. Come dire: poco importa che l'Europa non si curi di distinguere fra mali giusti o ingiusti, perché cogenti principi costituzionali (funzione rieducativa della pena, istanze di ragionevolezza e proporzione), e lo stesso assetto istituzionale dello Stato (democratico e di diritto), ci vietano di punire vittime di prevaricazione. La ridefinizione di costrizione, seguita la Corte, consente poi di tracciare *a contrario* tipicità ed ermeneutica dell'induzione: anch'essa spendibile come condotta-evento, e anch'essa da obbiettivizzare³⁷. Qui il dato testuale (la clausola di riserva *ex art. 319-quater c.p.*) si sposerebbe perfettamente con la *svolta teleologica* impressa dalla punibilità del privato indotto, «vero indice rivelatore del significato» della *nuova* induzione³⁸: la quale, posto che la minaccia implica una vittima, ricorrerà quando non c'è una minaccia, ossia nelle ipotesi in cui il p.a. non prospetta *mali* ingiusti ma propone di comprare *vantaggi* indebiti. Insomma: solo una logica negoziale assimilabile a quella dei fatti corruttivi; solo quando l'indotto «riceve una spinta motivante di natura utilitaristica» e approfitta dell'abuso; solo quando, cioè, i contenuti *oggettivi* della prospettazione *denunciano una finalità acquisitiva*, la punizione può avere un *sensu costituzionalmente passabile*, perché *solo in tal caso* la resa del privato si connota di significati di disvalore³⁹.

Questo ci dicono le Sezioni Unite, sia pure invertendo la sequenza del ragionamento: che la correttezza dell'indotto ha mutato l'essenza e le dinamiche interne della fattispecie induttiva, che oggi non significa più sopraffazione ma mercimonio⁴⁰; e che tale mutamento, per un'ovvia proprietà transitiva, riverbera sul concetto di costrizione, circoscrivendolo ai casi di pressione “contenutisticamente” minacciosa⁴¹.

E allora, va da sé che a decidere dell'alternativa punizione/impunità non possano più essere il registro comunicativo e la pervicacia del funzionario, vale a dire le *forme* della pressione⁴², che potevano andar bene prima, quando “costrizione” e “induzione” erano entrambi contegni vittimizzanti ed esprimevano un disvalore *qualitativamente* omogeneo⁴³: la logica negoziale che attraversa la nuova induzione, insomma, ci obbliga a polarizzare l'attenzione sui contenuti della prospettazione abusiva⁴⁴, ritenendo decisiva l'*oggettiva* conformità/difformità a diritto di quello scenario⁴⁵.

³⁶ § 13.5.

³⁷ §§ 14-14.4.

³⁸ § 14.4.

³⁹ §§ 14.5-14.6.

⁴⁰ § 14.6.

⁴¹ Che poi, come diremo più oltre (§ 2.1.), non significa altro che abuso cd. oggettivo *sub specie* di violazione di legge.

⁴² Le «modalità della condotta», le «forme di pressione» e la relativa «quantità», le «differenti modalità espressive della prevaricazione», la «intensità e la perentorietà» della prospettazione, etc.: §§ 2.1. e 11.2.

⁴³ Trattandosi di contegni fungibili, insomma, la distinzione «poteva rilevare tutt'al più ai soli fini di apprezzare e valutare in concreto la maggiore o minore gravità della condotta del soggetto pubblico, il solo punibile», in fase di commisurazione *ex art. 133 c.p.*: § 11.2.

⁴⁴ § 12.

⁴⁵ §§ 13.5

Il che, in buona sostanza, significa rispolverare il criterio-*slogan* che già utilizzavamo per distinguere i fatti corruttivi (fra i moventi del corruttore..) da quelli concussivi (..e i moventi del concusso), sia pure arricchito e reso più affidabile dal *test* sulla giustizia-ingiustizia di “*lucri captati*” e “*danni vitati*”⁴⁶.

Non solo, però.

I contenuti obiettivamente apprezzabili della prospettazione dall'intraneo sarebbero talmente decisivi da “meritare” un *upgrading* sistematico: non sarebbero più solamente *indici sintomatici* di uno stato psicologico-soggettivo (elementi da cui evincere il processo volitivo del privato, indizi della misura di libertà perduta, circostanze da cui evincere una spinta motivazionale), ma diverrebbero *autentici elementi obiettivi* del fatto⁴⁷.

Trionfa dunque la logica matematico-binaria inaugurata dalla sentenza Roscia⁴⁸? Ci si emancipa davvero e definitivamente dalle tradizionali nozioni psichico-naturalistiche di costrizione e induzione? La Corte riesce e, ancor prima, vuole davvero obiettivizzare la figura «spacchettata», inchiodare l'interprete e neutralizzare il «potere paranormativo»⁴⁹ di cui, sul punto, ha sempre goduto?

Non proprio e non del tutto, ammoniscono le Sezioni Unite.

Dopo avere prioritarizzato e generalizzato il *test* sulla giustizia/ingiustizia di danni e vantaggi; dopo avere, cioè, sposato appieno la lettura para-corruttiva della figura *ex art. 319-quater* c.p. proposta dall'approccio manicheo (o, cosa che è lo stesso, dopo aver ribaltato ordine, gerarchie e natura dei parametri indicati dall'approccio intermedio)⁵⁰, la Corte ci avvisa che la regola di giudizio così delineata non è buona per tutte le stagioni: vale per i casi regolari (facili, nitidi), non anche per quelli eccezionali (opachi, ambigui).

Ci sono «casi più ambigui, *border line*, che si collocano al confine tra concussione e induzio-

⁴⁶ Ricorre una costrizione *ex art. 317* c.p. quando il pubblico ufficiale prospetta «alla vittima un danno ingiusto (*contra ius*)», con ciò ponendola «in una condizione di sostanziale mancanza di alternativa, vale a dire con le spalle al muro: evitare il verificarsi del più grave danno minacciato [...] offrendo la propria disponibilità a dare o promettere una qualche utilità (danno minore) che sa non essere dovuta (*certat de danno vitando*)»: § 13.5. Nell'induzione indebita, viceversa, il privato «presta acquiescenza alla richiesta non certo per evitare un danno *contra ius*, ma con l'evidente finalità di conseguire un vantaggio indebito (*certat de lucro captando*)»: § 14.6.

⁴⁷ Sia pure inespressi/impliciti: § 15.

⁴⁸ Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Che non ravvisava nel vantaggio indebito il “criterio di essenza” della fattispecie *ex art. 319-quater* c.p., ma solo un indice sintomatico-indiziario di uno stato non costrittivo, che peraltro gioca un ruolo integrativo, ausiliario e ancillare rispetto al criterio della “intensità della coazione”: cfr. *retro* e § 1, nt. 8.

ne indebita, per i quali non sempre è agevole affidarsi» ai criteri del danno ingiusto/vantaggio indebito: che, se «isolatamente considerati», evidenziano una scarsa valenza euristica. Perciò, «onde evitare soluzioni confuse, [tali criteri] devono essere apprezzati [...] non nella loro staticità, ma nella loro operatività dinamica, enucleando, sulla base di una valutazione approfondita ed equilibrata del fatto, il dato di maggiore significatività»⁵¹.

E tali *hard cases*, più in particolare, sarebbero quelli in cui il funzionario spende abusivamente la propria qualità; insinua ma *sans dire* («prospetta implicitamente») scenari genericamente dannosi; oppure propone vantaggi indebiti in alternativa a mali ingiusti.

A queste ipotesi, rispetto alle quali i criteri-elementi del “danno ingiusto” e del “vantaggio indebito” non possono giocoforza funzionare da spartiacque, e ciò - lo anticipiamo subito - per il semplice fatto che o non c’è né l’uno né l’altro (abuso soggettivo, danni “generici”), oppure ci sono entrambi (cd. *thoffer*), la Corte aggiunge quella in cui il pubblico agente prospetta un uso sviato del suo potere discrezionale, e quella in cui, pur proponendo al privato di comprare vantaggi *contra legem*, non lo rende compartecipe della lesione ma lo vittimizza⁵².

Qui, secondo la Cassazione, è essenziale rifuggire la matematica: bisogna cioè apprezzare la sinergia fra la fattispecie obiettiva “ermeneuticamente arricchita” e la sua percezione da parte degli attori, in particolare di quello privato.

«Il “danno ingiusto” e il “vantaggio indebito”, quali elementi costitutivi impliciti rispettivamente della condotta costrittiva di cui all’art. 317 cod. pen. e di quella induttiva di cui all’art. 319-*quater* cod. pen., devono essere apprezzati con approccio oggettivistico, il quale, però, deve necessariamente coniugarsi con la valutazione della proiezione di tali elementi nella sfera conoscitiva e volitiva delle parti. L’accertamento cioè non può prescindere dalla verifica del necessario intreccio tra gli elementi oggettivi di prospettazione e quelli soggettivi di percezione, per evitare che la prova si fondi su dati meramente presuntivi»⁵³.

In *questi* specifici casi, dunque, è essenziale che il giudice investighi le «spinte motivanti che hanno sorretto» l’agire delle parti, perché solo un’indagine del genere consente di stabilire se c’è stato un *condizionamento psichico* e quale è la sua *natura*: solo così, insomma, è possibile avere il polso del «rapporto intersoggettivo» (libero, semilibero, decisamente poco libero) tra i protagonisti della vicenda⁵⁴.

Di qui, un impegnativo catalogo di parametri *obiettivo-circostanziali* “ausilia-

⁵¹ § 16.

⁵² §§ 15 e ss.

⁵³ § 15.

⁵⁴ § 15.

ri” da cui abdurre il *processo motivazionale* del privato, a sua volta *sintomatico* della natura del condizionamento patito (vera soggezione vs. soggezione compiacente) e, quindi, della “quantità” di libertà manomessa (stato costrittivo vs stato induttivo).

E così, occorrerà allargare ulteriormente l’angolo visuale: tenendo conto della posizione ricoperta da chi subisce il *pressing* (privato o pubblico agente), perché è ovvio che, se il “pressato” è anch’esso un soggetto “qualificato”, *sarà meno coercibile-soggiogabile*⁵⁵; ricostruendo l’irripetibile contesto situazionale e le concrete dinamiche comportamentali degli attori, perché è solo la vicenda storica che può restituirci l’*elemento motivazionale prevalente* delle parti⁵⁶; e apprezzando il rango e la natura dei «beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale», perché, nel caso in cui il bene salvaguardato (es. la salute) o sacrificato (es. la libertà sessuale) dal privato sia di speciale rango, è scontato che siamo di fronte a uno *stato psicologico di vera costrizione*, e ciò quand’anche si acquisiscano vantaggi indebiti⁵⁷.

Ora, vista la rinnovata attenzione dedicata alla *prova* delle dinamiche motivazionali e, quindi, dello stato psichico in cui versa il privato, verrebbe da pensare che la Corte, proprio nei casi “eccezionali”, faccia un passo indietro e torni a bomba al - poco prima criticato - criterio della “intensità della coazione”⁵⁸.

La verità, però, ci pare essere un’altra: è che quel criterio psico-attitudinale, la Corte, non l’ha mai voluto abbandonare davvero.

2.1. La Terra di Mezzo e l’ermeneutica dei casi difficili

Cominciamo col dire chiaramente ciò che le Sezioni Unite, nell’onorevole ma debole tentativo di obiettivizzare-normativizzare i nuovi concetti di induzione e costrizione, ventilano solo *en passant*⁵⁹: piazzare “danno ingiusto” e “vantaggio indebito” dentro le tipicità oggettive ex artt. 317, 319-*quater* c.p.,

⁵⁵ § 15.

⁵⁶ §§ 17-20. Parla di un criterio (integrativo) radicato sull’elemento motivazionale prevalente anche GIOIA, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di throffer (minaccia/offerta)*, di prossima pubblicazione in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

⁵⁷ § 21.

⁵⁸ Così MORRA, *Riflessioni sulla concussione alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 12228 del 24/10/2013*, in questa *Rivista* online, 2014, 8 ss.

⁵⁹ Quando, dopo aver affermato che la nozione e i contenuti dell’abuso funzionale restano tali e quali a prima, e che, in particolare, la nozione di “abuso oggettivo” *continua* includere l’ipotesi in cui l’agente prospetta il compimento di un atto/attività oggettivamente (lecita e) doverosa allo scopo di ottenere l’indebito, si precisa: «[p]otrà, tutt’al più, porsi il problema [...] se tale tipo di abuso determini nel soggetto privato una pressione psicologica di tipo costrittivo o piuttosto sia idoneo a generare una induzione indebita» ex art. 319-*quater* c.p. (§ 10.2).

non significa altro che spezzare in due il requisito dell'abuso oggettivo: che è sempre stato inteso *sia* come rottura dello schema legale (ti danneggerò esercitando il mio potere fuori dai casi previsti o violando la legge), *sia* come sviamento di potere (adotterò un atto conforme a diritto, vincolato o discrezionale, infliggendoti un male *secundum ius*).

Con l'espulsione della sotto-fattispecie induttiva dall'enunciato *ex art. 317 c.p.*, insomma, se ne sarebbe andata anche "buona parte" dell'abuso funzionale: che d'ora in avanti, se assumerà le forme dell'eccesso di potere-sviamento, dovrebbe significare solo induzione indebita⁶⁰.

Ma allora, visto che sono ottant'anni che l'elemento dell'abuso oggettivo "contiene in sé" sia la minaccia di mali ingiusti (oggi come ieri rilevante *ex art. 317 c.p.*), sia la prospettiva di vantaggi indebiti (che oggi, diversamente da ieri, rilevarebbe invece *ex art. 319-quater c.p.*), perché mai dedicare pagine e pagine alla ricostruzione del concetto di minaccia, inventarsi il binomio-surrogato "minaccia-non minaccia", affidargli il *discrimen* e addirittura innestarlo nel fatto tipico⁶¹? Non era più semplice prendere atto che la scissione della vecchia disposizione, e l'estensione della punibilità al privato, hanno prodotto la scissione del significato del vecchio abuso oggettivo, traghettando lo sviamento di potere nell'induzione (si cede per guadagnare vantaggi indebiti evitando mali giusti: correttezza), e circoscrivendo la concussione all'ipotesi di violazione di legge (si cede per evitare mali ingiusti: vittimizzazione)?

Certo è che, quand'anche le Sezioni Unite avessero optato per questa - meno spettacolare - lettura, invece che cimentarsi in una manipolazione tipizzante; quand'anche, cioè, avessero preferito invertire gli addendi e dirci che, a essere mutato, non è il significato di induzione ma quello di abuso di poteri, sarebbe comunque rimasto il *rebus* dell'abuso di qualità: che, non implicando né violazioni di legge (l'agente pubblico non annuncia soprusi...), né sviamenti di potere (...né svede vantaggi indebiti), parrebbe non trovare più spazio nell'area *ex artt. 317, 319-quater c.p.*

Lo stesso dicasi allorché il funzionario prospetta scenari *contentutisticamente sfuggenti* (generiche ritorsioni o indefinite benevolenze) o *incipiti* (se cedi eviterai un male ingiusto ma, al contempo, otterrai un vantaggio indebita). Pure qui, all'evidenza, i criteri-elementi male ingiusto e vantaggio indebita non ci aiutano a discriminare-collocare: o perché sono *compresenti* (il funzionario promette entrambi gli epiloghi), oppure perché sono *sostanzialmente assenti* (il funzionario non precisa se il male deriverà dall'applicazione o dalla violazione della legge).

Quid iuris, dunque? Dove collochiamo queste sotto-fattispecie orfane?

⁶⁰ Avevamo già proposto questa suggestione in VALENTINI, *Ancora sulla frattura*, cit., 563 ss.

⁶¹ §§ 13.3-15.

Risposta della Corte: le collochiamo nel limbo dei casi difficili⁶²; e, in quell'affollatissima Terra di Mezzo, ci mettiamo pure una costellazione di casi *apparentemente* facili: vicende, cioè, che sarebbero pianamente inquadrabili in base al criterio male ingiusto/vantaggio indebito.

Secondo le Sezioni Unite, infatti, ben potrebbe accadere che l'esercizio *sviato* di poteri discrezionali significhi costrizione⁶³; che, quand'anche il privato persegua un *vantaggio indebito*, ci sia concussione *ex art. 317 c.p.*⁶⁴; e che debba essere punito pure chi unge gli ingranaggi per ottenere l'evasione di una *legittima richiesta*⁶⁵.

Nel gestire gli *hard cases*, perciò, il metro contenutistico-obiettivizzante andrebbe sdrammatizzato e financo abbandonato: occorrerebbe invece (ri)concentrarsi sulla «natura del condizionamento psichico subito»⁶⁶, a sua volta rivelata dai motivi che reggono l'agire dei protagonisti: i quali, oggi come ieri, saranno evincibili – non più, e non solo, dai contenuti obiettivi dello scenario, ma – dall'irripetibile vicenda concreta: dal contesto situazionale che genera la prospettazione abusiva⁶⁷, dalla contingente dinamica relazionale fra privato e funzionario⁶⁸, dal rango dei beni che entrano di volta in volta in gioco⁶⁹, etc.

In quella dimensione parallela, insomma, ciò che conta sono le dinamiche psicologiche: sono i profili motivazionali a dirci se la coazione è stata intensa (c'è timore, la resistenza è inesigibile: art. 317 c.p.) o moderata (c'è mera soggezione, la resistenza è esigibile: 319-*quater* c.p.); il che val quanto dire che gli aspetti contenutistici della prospettazione diventano uno fra i tanti indici sintomatici delle *finalità* alla base della “resa” del privato.

Riassumendo.

1) Quando il caso è *hard*, costrizione e induzione tornano a essere eventi puramente psichici che evocano una – maggiore o minore – lesione della libertà di autodeterminazione.

Poi certo, possiamo pure “fattualizzarli”⁷⁰ e tentarne una normativizzazione⁷¹ in modo da ren-

⁶² §§ 17 ss.

⁶³ § 20.

⁶⁴ § 21.

⁶⁵ § 19.1.

⁶⁶ § 15.

⁶⁷ Distinguendo la prospettazione del tutto estemporanea e pretestuosa da quella che s'inserisce nell'ambito di una legittima attività amministrativa: § 20.

⁶⁸ Valorizzando le modalità comportamentali e la “disponibilità al dialogo” degli attori: §§ 17 e 19.1.

⁶⁹ Attribuendo un valore decisivo al rango (es. la salute) del bene protetto cedendo alla pressione (oggettivamente) induttiva: § 21.

⁷⁰ Ossia considerarli elementi di esigibilità che, essendo anticipati a livello del fatto, vanno maneggiati

derli il meno sfuggenti possibile, ma resta il fatto che l'operazione "obiettivizzante" non riguarda i *concetti* di induzione e costrizione ma la relativa *prova*.

ii) La prova di tali stati-eventi passa necessariamente attraverso la prova dei moventi, "utilitaristici" (319-*quater* c.p.) oppure "salvifici" (317 c.p.), della *dé-bacle* del privato, non dissimilmente da quanto accade quando si tratta di provare la tipicità soggettiva del dolo eventuale⁷², e identicamente a quanto accadeva quando utilizzavamo il criterio del vantaggio per distinguere fra corruzione e concussione⁷³.

Che la dimostrazione dei moventi del privato coincida con la dimostrazione dello stato "induttivo" e "costrittivo", e che quella prova debba appoggiarsi su elementi fattuali-circostanziali che si aggiungono e spesso falsificano il criterio del male giusto/ingiusto, è assunto che la Corte, ipotizzando i casi difficili, ribadisce continuamente: nei casi di abuso soggettivo, ad es., bisognerebbe contestualizzare la vicenda e «apprezzare e valutare ogni particolare delle modalità comportamentali» dei protagonisti, perché solo così è possibile verificare se privato versa «in una condizione di pressoché totale soggezione [oppure agisce] per acquisire la benevolenza del pubblico agente, [istaurando] una dialettica utilitaristica eziologicamente rilevante sotto il profilo motivazionale». Lo stesso vale nei casi di minaccia generica e *throtter*: pure qui, il giudice dovrà addentrarsi nella *quaestio facti* e identificare quale è stato il vero motivo della dazione-promessa, se, cioè, il privato abbia o meno agito al fine di «assicurarsi, quale ragione principale o determinante della sua scelta, il lucroso contatto». Anche nelle ipotesi che sarebbero facilmente "gestibili" con criterio dei contenuti della prospettazione, infine, la musica non cambia: va approfonditamente valutata la complessiva dinamica relazionale al fine di appurare l'obiettivo ultimo dell'attore privato: utilitaristico-acquisitivo («ingraziarsi la benevolenza del funzionario», «conseguir[e] un trattamento indebitamente favorevole»), oppure "salvifico" (preservare un «interesse di rango particolarmente elevato», sacrificare diritti fondamentali in condizioni di "vulnerabilità esistenziale" che rendono impensabile un

con "affidabili" criteri di tipo giuridico: MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, cit., 27 ss. Da questo punto di vista, dunque, costrizione e induzione parrebbero assimilabili agli *objektiv gefasste Schuld-elemente*, in quanto, pure atteggiandosi a elementi obiettivi del fatto, indicano un atteggiamento interiore (del privato): sul concetto, ancorché collaudato in altra *sedes materiae*, v. di recente PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di Pavarini, Stortoni, Bologna, 2013, pp. 117 ss.

⁷¹ Per un recente tentativo di normativizzare il concetto di costrizione, in modo da renderla "misurabile" e processualmente praticabile, attraverso l'ausilio delle neuroscienze, cfr. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, pp. 89 ss.

⁷² Che implica, appunto, un'analisi del processo motivazionale, ossia una "infiltrazione" della colpevolezza nel fatto soggettivamente tipico: sul punto, da ultimo, DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 ss., spec. 51 ss. Volendo, potremmo pure dire che la prova dello stato induttivo/costrittivo finisce per coincidere con la prova/mancata prova della colpevolezza dolosa (dolo di complicità) dell'*extraneus*.

⁷³ Affermando che la finalità acquisitiva che muove il privato è incompatibile con lo stato di timore ex art. 317 c.p.: cfr. per es. Cass., Sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, in *Cass. pen.*, 1996, 1130; Id., Sez. VI, 10 ottobre 1996, Fusco, in *Mass. Uff.*, n. 207507.

mood negoziale, etc.)⁷⁴.

Dopo circa quaranta pagine spese a obiettivizzare le nozioni di induzione e costrizione tentando di ridurre all'osso il margine di manovra dell'interprete, dunque, la Corte glielo riconsegna tale e quale a prima: nel mondo a rovescio, l'essenza delle nostre figure torna a essere limpidamente psicologica; psicologico, perciò, resta pure il *discrimen*: se nel tuo intimo speravi di ottenere (oggi, domani, in un imprecisato futuro) trattamenti preferenziali, allora eri sufficientemente libero per essere punito; se, invece, il tuo unico o principale obiettivo era salvarti da (attuali o potenziali) ritorsioni, oppure salvarti *tout court*, allora sei stato vittima di una prevaricazione.

Ovvio, quindi, che la soluzione finisca per essere affidata all'intuito del giudice, chiamato nuovamente a misurare grandezze che nessuna mano umana può misurare.

Per la verità, anzi, il potere paranormativo di cui gode l'interprete *in subiecta materia* ne esce potenziato, visto che, se è vero che non cambia il fanta-criterio con cui scegliere (intensità della coazione), è anche vero che "aumenta la scelta": la già imprevedibile altalena fra concussione e corruzione, infatti, si arricchisce di un'alternativa "in più"⁷⁵. Peraltro, l'ermeneutica dei casi difficili proposta dalla Corte finisce per avallare decisioni-capestro come quella partorita nel noto processo milanese: dove, per colpire un fatto che *certamente* sarebbe stato induttivo ieri, ma che altrettanto *certamente*, oggi, non significa né induzione *ex art.* 319-*quater* c.p. (perché non c'era un correo ma una vittima), né concussione *ex art.* 319 c.p. (perché c'era una vittima, certo, ma di un raggio qualificato o, al più, di una induzione *non* costrittiva), ci s'inventa un onnivoro e super-psicologico concetto di minaccia (v. *retro*, § 1). Fatti del genere, insomma, non avrebbero avuto scampo col criterio dei contenuti della prospettiva: abolizione secca⁷⁶.

Ebbene, il doppio sistema abbozzato dalle Sezioni Unite, a nostro avviso, ha gambe deboli; ciò non solo perché, da noi, esiste/resiste ancora un principio di riserva di legge, ma anche e soprattutto perché non esistono elementi costitutivi tipici "a intermittenza": se male ingiusto e vantaggio indebito facessero davvero parte delle fattispecie obiettive *ex artt.* 317, 319-*quater* c.p., dovrebbero *sempre* gravitare nell'orbita del tipo, non potrebbero, cioè, "apparire" e "scompare" a seconda del vento. La loro presenza/assenza, insomma, deciderebbe sempre della sussistenza/insussistenza del fatto (v. § 3.1).

⁷⁴ §§ 17-22.

⁷⁵ In questo senso, già SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1243 ss.

⁷⁶ Anche un convinto sostenitore della perdurante punibilità di Silvio Berlusconi nel "processo Ruby" ha finito per convenire sulla plausibilità di questo scenario: VIGANÒ, *L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla distinzione tra concussione e induzione indebita*, in www.penalecontemporaneo.it.

Il vero punto, però, è che neppure la stessa Corte sembra credere fino in fondo a quell'innesto ermeneutico, visto che, prima di lasciarsi scappare che “male ingiusto” e “vantaggio indebito” sono requisiti costitutivi tipici, ci dice *chiaro e tondo* che il significato dei termini induzione e costrizione resta tale e quale a prima⁷⁷; che la punibilità dell'indotto impone di rintracciare «indici» («parametri», «criteri») discriminanti più significativi delle «modalità espressive della prevaricazione» (delle «forme della pressione», del «formale atteggiamento delle parti», sulle «modalità della condotta»)⁷⁸, così da dotare di maggiore «concretezza probatoria» i concetti di induzione e costrizione⁷⁹; e che tali “indici” vanno identificati proprio nei contenuti della prospettazione: i quali, denotando la presenza/assenza di moventi opportunistici, *indiziano* lo stato induttivo/costrittivo⁸⁰.

“Tipizzazioni” a parte, insomma, la Corte ci dice questo: *ieri* il grado della coazione psichica era indiziato dal registro comunicativo, *oggi* dai contenuti della comunicazione. Cambia il dato oggettivo (processualmente verificabile) con cui “misurare” la “quantità” di libertà perduta, ma non cambia il suo valore probatorio (meramente indiziario).

Da questo punto di vista, perciò, la sensazione è che la “operazione obiettivizzante” si esaurisca in un dotto esercizio di stile: in una nuova *maschera obiettiva* per vecchi e immutati *volti soggettivi*.

Se invece le Sezioni Unite avessero chiamato le cose col loro vero nome; se, cioè, si fossero limitate a dirci che i contenuti della prospettazione sono e restano indici sintomatici del “*quantum*” di libertà manomessa, nessuno avrebbe denunciato la quadratura del circolo: trattandosi di meri indizi di uno stato psichico, infatti, è ovvio che possano essere superati da *contro*-indizi che emergono dalla concreta vicenda (modalità comportamentali, contesto dell'abuso, rango dei beni salvaguardati, registro comunicativo, etc.). Poi certo, la svolta politico-criminale impressa dalla correttezza dell'indotto avrebbe comunque consigliato-imposto di rivederne l'ordine e le gerarchie⁸¹: affermando che *prima* va praticato il *test* sulla giustizia/ingiustizia del male (che dà “senso costituzionale” alla punizione del privato), e *solo dopo* va apprezzato tutto il resto (onde corroborare/falsificare le conclusioni così provvisoriamente raggiunte). Una lettura del genere, per di più, avrebbe pure agevolato l'obiettivo della totale continuità normativa, visto che, a cambiare, sarebbe stato “solo” il ventaglio dei parametri probatori del “fatto” e il relativo ordine preferenziale: alla ricerca di un movente utilitaristico

⁷⁷ Continuano, cioè, a essere stati-eventi psichici che si differenziano per la “quantità” di libertà di scelta che residua in capo al privato: emblematici, fra gli altri, i §§ 3, 8, 10.2, 12, 13, 13.5., 14.1., 14.4., 15.

⁷⁸ §§ 11.2, 12, 13.5.

⁷⁹ Cristallino, sul punto, il § 12.

⁸⁰ § 13.5., 14.1, 14.2, 14.4., 14.5., 14.6.

⁸¹ Ribaltando la sequenza proposta dalla tesi intermedia, secondo cui, come già anticipato, i contenuti dello scenario sono un indice sintomatico meramente ausiliario-ancillare rispetto al criterio della “intensità della coazione.

capace di radicare una presunzione *vincibile* di esigibilità della “resistenza all’abuso”.

E il rischio (o la virtù) connaturale a ogni maschera, si sa, è non essere più riconosciuti da osservatori poco attenti (cfr. ancora § 3.1.).

3. Vecchie descrizioni

La bora del rinnovamento soffia solo sul futuro; non appena ci si volta all’indietro, invece, calma piatta: neppure una timida brezzolina primaverile.

Nella porzione di motivazione dedicata agli *effetti retrospettivi* della riforma, infatti, domina incontrastata la logica della conservazione e dell’immobilismo⁸²; qui non c’è più traccia di “nuovi assetti”, “assolute novità”, “profonde modificazioni”, “nuove norme”, “inedite figure”: qui tutto è uguale e identico a prima.

Una crisi culturale dell’Estensore? È stato sostituito? Una svista dell’ultima ora?

Niente di tutto questo: è solo un’altra (e siamo a tre) dimensione parallela.

A differenza dell’interprete chiamato a sistematizzare il futuro, infatti, quello che “gestisce il passato” deve disinteressarsi di rotte politico-criminali, dimensioni ermeneutiche, profili valutativo-valoriali, significati normativi e costruzioni dogmatiche; tutto sommato, qui non contano neppure le *strutture* tipiche, che possono pure essere arricchite di requisiti costitutivi (*retro* § 2.1.) senza che ciò significhi necessariamente innovazione e discontinuità.

Ciò che conta, per il giudice che guarda al passato, sono solo enunciati testuali e descrizioni tipiche: che, appunto, non sono cambiati di una virgola.

È la ragionieristica e avalutativa ricognizione morfologico-lessicale, dunque, il percorso che consente di continuare a punire il passato senza cedere alla (troppo opportunistica) polverizzazione del nuovo illecito induttivo⁸³: che mu-

⁸² Sul punto, rinviamo ancora ai rilievi di DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., § 1.*

⁸³ Chiaro che, se spezzassimo la (nitida) unitarietà dell’induzione indebita, considerandola una fattispecie convivono due distinte norme (un autonomo reato monosoggettivo di induzione indebita e un autonomo reato monosoggettivo di dazione indotta), sarebbe molto *easy* sostenere la continuità normativa: la “nuova” induzione *ex art. 319-quater, co. 1, c.p.*, oltre a conservare la vecchia struttura tipica, conserverebbe anche la medesima indole dogmatica (illecito monosoggettivo o, se si preferisce, “naturalisticamente” plurisoggettivo) e, tutto sommato, pure i medesimi significati di prima. Propendono per questa lettura “atomizzata”, tra gli altri, DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit., 245; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss., 18; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 141; PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen., 2012, suppl. al n. 11, 5, 8 ss.*; SEMINARA, *Delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2013, pp. 381 ss., 396 ss.; SPENA, *Per una critica dell’art. 319-*

ta d'indole dogmatica (da mono a plurisoggettivo)⁸⁴ e direzione teleologica (da pluri a mono-offensivo), ma che, essendo *descritto* esattamente come prima, conserva il raggio applicativo di prima.

Stesso discorso, ovviamente, vale per la dimezzata figura *ex art.* 317 c.p., anch'essa immutata «quanto alla posizione del pubblico ufficiale»⁸⁵ e - aggiungiamo noi - del privato costretto.

«La fattispecie legale è lo strumento di “selezione” o di “de-selezione” dei fatti penalmente rilevanti. L'interprete [...] deve procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte, quelle precedenti e quelle successive, al fine di stabilire se vi sia o no uno spazio comune alle dette fattispecie, *senza la necessità di ricercare conferme o smentite al riguardo nei criteri valutativi del bene giuridico tutelato e della modalità di offesa*, inidonei ad assicurare approdi interpretativi sicuri. È il solo confronto strutturale a consentire, *in via autonoma*, l'individuazione della continuità o della portata demolitoria che l'intervento legislativo posteriore ha eventualmente spiegato»⁸⁶.

Ora, a parte che un paio di auto-citazioni a sproposito⁸⁷, ed a parte che non è affatto vero che le questioni intertemporali siano impermeabili ad apporti valutativi⁸⁸, ciò che colpisce del ragionamento non sono gli argomenti “ausiliari” (*id est* ulteriori a quello testuale) utilizzati per corroborare l'affermazione di *totale continuità normativa*, essendo innegabile che pure la vecchia disposizione *ex art.* 317 c.p. tipizzava la prestazione dell'indotto; che ricognizione testuale e inquadramento dogmatico sono operazioni che avvengono su piani diversi; e che la nuova induzione si pone - per lo meno parzialmente - in linea con la vecchia anche dal punto di vista assiologico⁸⁹.

quater c.p., cit., 1 ss. Giustamente critici, sul punto, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., § 2; e MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di corruzione*, cit., 23 ss.

⁸⁴ O, se si preferisce, da impropriamente a propriamente plurisoggettivo.

⁸⁵ La perdurante punibilità delle “costrizioni” dell'i.p.s., espunto dal ventaglio dei soggetti attivi, sarà invece assicurata dalle norme *ex artt.* 61 n. 9, 609-bis 610, 629 c.p.: § 23.3.

⁸⁶ § 23.1.

⁸⁷ Le Sezioni Unite (§ 23.1), a conforto della primazia del criterio logico-formale, citano i precedenti “Rizzoli” (Cass., Sez. un., 12 giugno 2009, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 177 ss.) e “Giordano” (Id., Sez. un., 26 marzo 2003, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1503 ss.), che però non avevano delegittimato completamente il test valutativo-valoriale; anzi, in entrambi quegli arresti si afferma il risultati ottenuti applicando il parametro logico devono essere integrati/confermati dalla ricostruzione della dimensione teleologica (bene giuridico) delle fattispecie che si avvicendano.

⁸⁸ Esetetiche, pratico-processuali, valoriali, sistematiche, dogmatiche, *lato sensu* culturali: in argomento, anche ma non solo con riferimento alle modificazioni mediate o “esterne” alla fattispecie tipica, sia consentito rinviare a VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, pp. 258 ss., 287 ss., 309 ss., 351 ss.

⁸⁹ Continuando a tutelare il (solo) buon andamento/imparzialità dell'azione amministrativa: § 23.4. Per

Quello che colpisce e dà da pensare, piuttosto, è che sono gli stessi argomenti che le Sezioni Unite avevano già utilizzato per dimostrare la *totale discontinuità valutativa*⁹⁰.

E così, la correttezza dell'indotto, che per il giudice del passato non cambia le carte in tavola («non investe direttamente la struttura tipica del reato, ma interviene, per così dire, “al suo esterno”»), per l'interprete del futuro è la punta più avanzata della svolta politico-criminale («l'aspetto più innovativo»); lo stesso dicasi per la dimensione offensiva della nuova induzione: nel primo caso se ne enfatizza l'omologia con la vecchia («finanche sotto il profilo assiologico, la nuova incriminazione è in linea con quella previgente»), nel secondo l'esatto contrario («i beni giuridici tutelati dalle due nuove norme non sono integralmente sovrapponibili»). Infine, pure i mutati corredi sanzionatori, in un primo momento considerati indicativi di un «nuovo assetto normativo», vengono completamente ignorati quando si deve gestire il passato.

È la coerenza metodologico-argomentativa (§ 1), insomma, ciò che la Suprema Corte non esita a sacrificare sull'altare della continuità: il salatissimo dazio che l'ermeneutica penale deve pagare alla politica criminale.

3.1. Sulla tabuizzazione delle ipotesi abolitive

Dicevamo poc'anzi (§ 2.1): se prendessimo sul serio la tipizzazione ermeneutica di “male ingiusto” (317 c.p.) e “vantaggio indebito” (319-*quater* c.p.), dovremmo prendere atto che, nei casi di abuso soggettivo (il funzionario non annuncia nulla) e in quelli di prospettazione *foggy* (il funzionario non annuncia nulla di preciso), il fatto ha cessato di sussistere e, perciò, la vecchia norma è stata parzialmente abolita⁹¹.

un identico catalogo di “argomenti per la continuità”, ci permettiamo di rinviare ancora a VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, cit., 29 ss. Sulla totale continuità assiologica fra vecchia e nuova induzione, anch'essa, per la verità, ragionevolmente sostenibile, v. invece M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-335-bis c.p.)*, Milano, 2013, p. 235.

⁹⁰ § 11.3.

⁹¹ Per gli abusi costrittivi e induttivi che non presentano, rispettivamente, gli elementi specializzanti “male ingiusto” e “vantaggio indebito”. Il che, in sostanza, varrebbe quanto dire che tutti i vecchi fatti di concussione per costrizione non costituiscono più reato, visto che, se costrizione significa minaccia, e se l'essenza della minaccia sta nella prospettazione di mali antiggiuridici (§§ 13.3 ss.), lo stesso dovrà valere per il delitto ex artt. 612 c.p. e, perciò, anche per quelli ex artt. 609-*bis*, 629 c.p. La Cassazione, del resto, già escludeva la sussistenza di una minaccia penalmente rilevante là dove l'agente non prospettasse mali *contra ius*, oppure prospettasse mali indeterminati: cfr. per es. LATTANZI, *Codice penale annotato*, Milano, 2009, p. 1766 ss. Miglior sorte, invece, potrebbe toccare ai vecchi patti induttivi aventi a oggetto generici favori/favoritismi: che sarebbero astrattamente riconducibili al novellato art. 318 c.p. (o, se si vuole, all'art. 319 c.p.), ma solo al prezzo di una atomizzazione della figura corruttiva (punibile il corrotto-induttore, non punibile l'indotto-corruttore), essendo impensabile che il privato, considerato vittima al momento del fatto, si trovi *d'emblée* a vestire i panni del corruttore e patisca la relativa pena.

Allo stesso tempo - gioie e dolori del ragionamento *puramente* strutturale - nell'ipotesi in cui il funzionario pubblico prospetti *sia* un vantaggio indebito *che* un male ingiusto, dovremmo considerare realizzate entrambe le fattispecie⁹².

Ora, la nostra idea è che, nonostante le invarianze lessicali, l'*ingresso* dell'indotto nell'area della punibilità abbia comunque generato l'*uscita* di certe sotto-fattispecie dalla vecchia induzione; e tale "fuoriuscita", si faccia bene attenzione, riposa anzitutto su ragioni *valutative*: non nel senso che ha a che fare con beni giuridici e direzioni lesive, ma nel senso che dipende da *valutazioni costituzionali*.

Non c'è bisogno di scomodare fattispecie tipiche, insomma, per convincerci che non tutto ciò che era induzione ieri può continuare a esserlo oggi: sono anzitutto *valori superiori* (ragionevolezza e personalità della responsabilità penale, idea rieducativa) a imporci di espellere dalla norma *ex art. 319-quater c.p.* certe classi di fatti, perché quei valori *ci vietano di colpire pure vittime*.

Perciò, ricade certamente al di fuori della portata del nuovo illecito la sotto-fattispecie di induzione per frode-inganno, essendo impensabile punire la vittima di un raggio⁹³.

Non solo, però.

Visto che esistono anche la presunzione di non colpevolezza e il diritto penale del fatto; visto che la giustizia punitiva di uno Stato di diritto laico e democratico, per poter intervenire, ha bisogno di qualcosina in più di intime speranze e moventi⁹⁴, ci pare ragionevole proiettare fuori dalla fattispecie *ex art. 319-quater c.p.* anche i casi di abuso soggettivo, di scenario "generico" e di *thoffer*, trattandosi di vicende che non restituiscono indici *certi* in ordine al processo volitivo dell'estraneo, oppure ne restituiscono di *discordanti*.

Contra SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, cit., 21, secondo cui l'art. 319-quater, co. 2, c.p. si porrebbe in rapporto di continuità normativa con la corruzione propria attiva e, perciò, 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"».

⁹² Non ci pare così peregrino, infatti, concepire "male ingiusto" e "vantaggio indebito" come elementi eterogenei e, perciò, affermare che le due figure siano avvinte da una relazione di specialità bilaterale per aggiunta (concorso formale di reati): sulle conseguenze disciplinari della specialità sincronica v., per tutti, G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, pp. 59 ss. e *passim*.

⁹³ Soluzione, questa, condivisa sostanzialmente da tutti, anche da coloro che concepiscono la figura *ex art. 319-quater c.p.* come una fattispecie a più norme (*retro* nota n. 9).

⁹⁴ Ci vogliono - per lo meno - scopi che scolpiscono il "fatto": cfr. ancora DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180*, Cifarelli, *Maldara e a., e alla l. n. 190 del 2012*, cit., § 11, ivi anche per una critica complessiva della riforma *ex lege* n. 190 del 2012, tacciata di avere eccessivamente valorizzato il disvalore d'intenzione.

Ma dove mettiamo questa nutrita costellazione di casi?

Dove sistemiamo induzioni vittimizzanti ma non costrittive, abusi soggettivi “muti”, minacce e promesse generiche e “costrinduzioni”?

Fuoriuscite dall’art. 319-*quater* c.p., fuoriescono anche dal minisistema e, magari, dal sistema penale? Dobbiamo prendere atto, insomma, che lo «spacchettamento» ha generato ipotesi di *discontinuità valutativa*?⁹⁵

Ecco, è proprio per evitare scenari *naïfs* e per non concedere nessuno spazio all’art. 2, co. 2, c.p., che la Corte *prima* teorizza l’ermeneutica dei casi difficili (§ 2.1.) e chiede all’interprete di gigantizzare il concetto di minaccia ogni qualvolta una diversa soluzione produrrebbe iniquità⁹⁶, con ciò salvando capre e cavoli⁹⁷; e *poi*, per chiudere definitivamente la partita, ripiega dietro il confortevole paravento della ricognizione lessicale (§ 3).

Va da sé che un’operazione del genere desti non poche perplessità: perché implica una revisione ora per allora della nozione di costrizione, la quale divora retroattivamente fatti pacificamente induttivi; e perché converte fenomeni generali e astratti (l’espulsione di ripetibili classi di fatti dalla norma *ex art. 319-*quater* c.p.*) in questioni di mero fatto (di prova del dolo di complicità)⁹⁸.

Certo, è vero che ci sono vecchie induzioni che, tutto sommato, possono essere ospitate dentro la nuova costrizione⁹⁹; è vero che, quando quel “transito” non è possibile, resta comunque la valvola *ex art. 119 c.p.*¹⁰⁰; ed è anche vero che, dove non arriva il *mini-sistema*, può arrivare il *sistema* (ad es. con gli artt. 323, 609-*bis*, 610, 612, 629, 640, 644 c.p.).

A nostro sommo avviso, però, nessun gioco di prestigio può celare l’abolizione secca della sotto-fattispecie *generale e astratta* d’induzione fraudolenta, là dove la prestazione dell’indotto *non* abbia contenuto patrimoniale

⁹⁵ Così DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., §§ 4 ss.

⁹⁶ Chiama il giudice, cioè, a ricercare la «la soluzione applicativa più giusta»: § 16.

⁹⁷ Così facendo, in effetti, le Sezioni unite riescono a preservare la bilateralità-unicità della fattispecie induttiva i) senza rischiare di mandare assolto il funzionario, essendo chiaro che, «se il reato (*ex art. 319-*quater**) è unico, quello dell’indotto e quello del p.u. che lo induce, non possiamo mandare assolto l’uno perché sarebbe vittima, e punito l’altro perché comunque autore, applicando questa fattispecie»: DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., § 4); e ii) senza rischiare di punire vittime, ché lo vietano i principi costituzionali penali.

⁹⁸ Sul punto, v. ancora le disvelanti riflessioni di DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., § 7.

⁹⁹ A cominciare dalla prospettazione garbata o scherzosa di mali antigiuridici.

¹⁰⁰ Che consente di preservare l’unicità del fatto oggettivo e non punire il solo indotto per “ragioni soggettive”. Ventila questo possibile scenario, ma limitatamente ai casi futuri, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, cit., spec. §§ 3, 7, 10 e nt. 31.

(non può entrare in gioco l'art. 640 c.p.) né sessuale (e neppure nell'art. 609-bis, co. 2, c.p.).

Peccato, dunque, che la Corte abbia per l'ennesima volta glissato sul punto¹⁰¹.

4. Una coda dirompenza

Per come la vediamo noi, l'*unica vera svolta* impressa dalle Sezioni Unite è contenuta in una specie di *obiter dictum* finale: quello in cui si disegna il criterio con cui distinguere l'induzione indebita dai fatti corruttivi.

Qui, dopo aver ribadito che l'essenza della corruzione, ciò che la differenzia dai fatti di prevaricazione ex artt. 317, 319-*quater* c.p., è (guarda caso) una condizione psichica di *totale* libertà di manovra¹⁰², la Corte ne cataloga gli indici sintomatico-indiziari: sono l'assenza di una iniziativa del funzionario (artt. 318 ss.), e il carattere estemporaneo o garbato della sua proposta (art. 322 c.p.).

Parimenti e all'inverso, gli indici sintomatici della minorata libertà che connota la nuova figura induttiva sarebbero l'*iniziativa* del funzionario (art. 319-*quater* c.p.), e l'*insistenza* o la *perentorietà* della sua prospettazione (artt. 56, 319-*quater* c.p.)¹⁰³.

Le *forme-modalità* della prospettazione e il *registro comunicativo*, marginalizzati e declassati a indici ancillari quando si tratta di distinguere fra concussione e induzione indebita, tornano dunque a farla da padrone lungo il crinale che separa induzione - tentata, e quindi anche consumata - e corruzione: quasi le due figure esprimano un disvalore sostanzialmente omogeneo e, perciò, siano tutto sommato fungibili¹⁰⁴.

Ebbene: affermare che c'è *sopraffazione* quando il pubblico agente prende l'iniziativa e reitera le sue proposte illecite usando toni categorici, e c'è invece *libertà* quando, cortesemente, sorridendo e magari utilizzando metafore, lascia trapelare la sua disponibilità al mercimonio, significa decretare la *trasformazione* della concussione ambientale in corruzione ambientale.

Significa, insomma, che nelle ipotesi d'illiceità sistemica, nelle quali un abuso

¹⁰¹ Limitandosi a rispolverare *en passant* la vecchia distinzione fra l'ipotesi in cui l'estraneo sa di non essere tenuto a dare (319-*quater* c.p.), e quello in cui egli sia indotto in errore sulla doverosità della prestazione (640 c.p.): § 14.5.

¹⁰² §§ 24.1, 24.2.

¹⁰³ Le fattispecie corruttive sarebbero caratterizzate da un «accordo liberamente e consapevolmente concluso» fra i pattisti, mentre l'induzione indebita dalla «soggezione psicologica» in cui versa l'*extraneus*: § 24.2.

¹⁰⁴ Esattamente come quando induzione e costrizione erano entrambi contegni vittimizzanti-fungibili e, perciò, la distinzione fra l'una e l'altra poteva essere affidata al volatile criterio dell'atteggiamento formale: § 11.2.

funzionale manca “per definizione”¹⁰⁵ ed i funzionari comunicano attraverso mezzi detti, occhiolini e sospiri concludenti¹⁰⁶, non ci sono più vittime (317 c.p.) e nemmeno mezzi-correi (319-*quater* c.p.): ci sono solo corruttori da stigmatizzare (artt. 318 ss. c.p.).

Vincono le politiche giudiziarie di conservazione, si diceva all’esordio, ma vincono “al fotofinish” anche l’Europa e le sue spinte general-preventive. Almeno, così, nessuno potrà dirci di aver rispettato solo formalmente gli obblighi punitivi di fonte sovranazionale che affollano il tessuto sub-costituzionale.

VICO VALENTINI

¹⁰⁵ Perché è l’ambiente stesso a essere “abusivo”, è l’ambiente, cioè, che “condiziona” il privato: cfr. per es. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, p. 372

¹⁰⁶ V. per es. Cass., Sez. VI, 11 novembre 2008, Fornaiolo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 242399.