

ORIENTAMENTI

Maria Beatrice Magro

Sul vantaggio dell'*extraneus* indebitamente concusso: alla ricerca di parametri nomologici e generalizzazioni affidabili

SOMMARIO: 1. La situazione *ante riformam*: il “sistema” corruzione in Italia e gli obiettivi della legge n. 190 del 2012. - 2. Le irrazionalità della riforma: alla ricerca della *ratio* della punibilità del *tradens*. Primi rilievi critici. - 3. Le irrazionalità della riforma: la costrizione mediante abuso dell’incaricato di pubblico servizio. - 4. La *questio iuris* della punibilità dell’*extraneus* indotto a dare o promettere. - 5. L’induzione indebita secondo la giurisprudenza delle S.U.: il parametro del “vantaggio indebito”. - 7. La proiezione finalistica del “vantaggio indebito” nell’induzione indebita: problemi di compatibilità costituzionale e ripercussioni sul piano dell’elemento psicologico del dolo. - 8. L’induzione e la costrizione come condotte di interferenza psichica. Assenza di parametri nomologici e necessità di generalizzazioni affidabili. - 9. Conclusioni.

1. La situazione *ante riformam*: il “sistema” corruzione in Italia e gli obiettivi della legge n. 190 del 2012

Il fenomeno della corruzione in Italia, negli ultimi anni tutt’altro che assopito, segna un’evoluzione in senso ascendente, rivelando un radicamento nel tessuto sociale talmente profondo da assumere le connotazioni di “sistema”, ovvero di prassi stabile e strutturata. La corruzione, lungi dall’essere scalfita a seguito delle vicende giudiziarie che hanno segnato gli anni ‘90, manifesta un rinnovata vitalità, da attribuirsi anche alle scelte di politica economica ispirate ad una forte *deregulation*, e a cascata, alle contraddittorie linee di politica criminale che hanno caratterizzato gli anni 2000.

Il dato sconcertante che emerge da recenti studi empirici è costituito dalle connotazioni in cui il fenomeno in senso lato “corruttivo” continua a insinuarsi nel tessuto sociale, che sono quelle tipiche *ab origine* della criminalità organizzata, e per contro, dall’affievolirsi della risposta repressiva dell’ultimo decennio¹.

Non occorre scomodare l’analisi economica del diritto - applicata anche al settore pubblico - per prendere atto della incapacità/inefficacia del sistema repressivo di penetrare alle radici di ciò che è ormai un “costume”, una prassi che attinge ad una tanto profonda quanto arcaica e poco democratica conce-

¹ Sul fenomeno corruzione, recentemente, DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007; DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2013, 3, 152; ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell’ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it.

zione dei rapporti tra individuo e potere pubblico e che la sanzione penale non riesce a intaccare. Certo è che anche le strategie di repressione penale partecipano ad una diffusa responsabilità verso questo stato di cose: accanto a limiti strutturali, tipici dello strumento penalistico, altri limiti vengono additati come vere e proprie falle del sistema delle norme penali poste a tutela della Pubblica Amministrazione, cui la riforma introdotta con la l. 6 novembre 2012, n. 190 ha cercato di porre rimedio².

I difetti della legislazione anticorruzione *ante* 2012 sono da tempo al centro di una estesissima produzione scientifica. Sappiamo bene che già la linea di distinzione concussione-corruzione impropria, su cui ruotava tutto il sistema, fosse meno nitida di quanto si voleva far credere: prova ne è che nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale questo *discrimen* ha prodotto una varietà di criteri e di distinguo, spesso assai teorici e fonte di gravi incertezze³.

La distanza tra il modello di tutela vigente e la fisionomia assunta dalla criminalità politico-amministrativa ha finito dunque per incidere profondamente sulla dimensione applicativa dei delitti di corruzione, spingendo la giurisprudenza a forzare il dato normativo, pur di soddisfare le emergenti esigenze di tutela. Un esempio calzante di questo intervento giurisprudenziale di tipo suppletivo è dal fatto che, nell'ambito della vecchia fattispecie di concussione, la condotta di induzione, come forma alternativa di concussione rispetto alla costrizione, ha registrato nel tempo una crescente dilatazione applicativa, finendo con l'abbracciare qualsiasi comportamento dell'agente pubblico idoneo comunque a esercitare una pressione psicologica sulla vittima, convincendola della necessità di una dazione o promessa di utilità o di denaro.

In tal modo, escludendosi ogni riferimento a forme tassative o formali, anche

² CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it.

³ Sulla questione del discrimine tra corruzione, prima della riforma della legge n. 190 del 2012, AMISANO, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 215 ss.; BENUSSI, *In tema di corruzione e concussione*, in *Ind. pen.*, 1985, 409 ss.; CONTENUTO, *Commento agli articoli 317 e 317-bis del codice penale* (1996), ora in ID., *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Roma-Bari, 2002, 539 ss.; FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss.; FORTI, *Sulla distinzione fra i reati di corruzione e concussione*, in *Stud. iur.*, 1997, 725 ss.; PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302 ss.; PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, IV, II, Milano, 165 ss.; PALOMBI, *Ancora sulla distinzione tra corruzione e concussione*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 110 ss.; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, III ed., 2013, 161 ss.; RONCO, *Sulla differenza tra corruzione e concussione: note tra ius conditum e ius condendum*, in *Giust. pen.*, 1998, II, 610 ss.; SESSA, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di Tangentopoli rinnovate esigenze di riforma*, in *Ind. pen.*, 2001, 29 ss.; SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 358 ss.

allo scopo pratico di non paralizzare le denunce da parte del privato, si sono fatte rientrare nella concussione modalità induttive come l'esortazione, il consiglio, la persuasione, la suggestione, e persino il messaggio implicito e il silenzio, senza parlare del riferimento alla annosa questione della "concussione ambientale"⁴. Ne è seguita quindi una interpretazione giurisprudenziale delle espressioni "costringere" o "indurre" contenute nell'abrogato art. 317 come un'endiadi, all'interno della quale ciascuna condotta ha perso ogni connotato di autonomia semantica, e in cui, per di più, sono refluite anche forme assai blande di interferenza sulla libertà di autodeterminazione del soggetto privato, con conseguente impunità del privato, vittima anch'egli della condotta vessatoria.

Di fondo vi è la convinzione che sia necessario distinguere tra il privato vittima e il privato complice, ovvero che vi possano essere forme di manifestazione del fenomeno della "vendita dell'esercizio di funzioni, poteri e qualità pubbliche" in cui il soggetto privato che promette o consegna utilità ad un soggetto pubblico sia meritevole di protezione penale a causa della particolare posizione assunta nella relazione con il potere pubblico: una relazione squilibrata, impari, di soggezione di fronte a chi gestisce politica e amministrazione in modo prevaricatorio. Questo squilibrio relazionale, derivante dalla natura pubblica di uno dei poli soggettivi, può favorire un uso strumentale del potere pubblico, imponendo una particolare protezione della parte privata anche a prescindere da connotazioni propriamente coercitive e/o estorsive della condotta del soggetto pubblico, ovvero qualora si accompagni a modalità comportamentali abusive, di cattivo uso delle funzioni pubbliche. Pertanto, oltre ad un profilo di tutela che attiene al buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione proiettato sull'esigenza che la condotta dei pubblici funzionari sia indirizzata alla realizzazione degli interessi pubblici ispirandosi a principi di correttezza in assenza di vantaggi personali, si enuclea una opzione di tutela del privato cittadino, vittima della arbitrarietà e della prevaricazione di colui che detiene il potere pubblico e amministra cose pubbliche.

Si impone quindi di considerare il privato come soggetto che verte in una condizione di "minorata difesa" in quanto soggetto facilmente condizionabile e ricattabile, obbligando il legislatore a ricercare soluzioni tali da de-

⁴ Si ricorda che secondo la giurisprudenza "non è ravvisabile concussione ambientale in una situazione di sistematico pagamento di tangenti da parte di imprenditori appaltatori di opere pubbliche nella quale, in un contesto di un costante flusso di commesse, siano privilegiati gli imprenditori che si sono opportunamente organizzati a tal fine, con conseguente disattivazione della libera concorrenza", Cass., Sez. VI, 21 settembre 2011, Carrino, inedita.

scrivere – quanto più tassativamente è possibile – condotte di interferenza motivazionale che da un lato esorbitano dalla *vis absoluta* (che configurerebbe la fattispecie comune di rapina aggravata) e che, se corredate dalle tipiche modalità abusive, descrivono vari gradi di influenza psichica tali da non annullare, ma comprimere, la libertà di autodeterminazione del privato.

Sulla base di questo assunto criminologico si è conservato nel tempo, malgrado i diversi interventi riformatori, un sistema punitivo dei reati contro la PA incentrato sulla dicotomia corruzione/concussione, ove la concussione, quale figura originaria di “estorsione qualificata” accoglie non solo l’uso di violenza che produce nell’immediato un male (*vis compulsiva* che tuttavia non riduce il soggetto passivo in uno stato di incapacità di volere o di agire) ma anche la minaccia ovvero la mera prospettazione futura di un male.

Il sistema precedente, così come quello attuale, cristallizza tale sperequazione in termini di potere nella relazione tra soggetto privato e soggetto pubblico: quello privato può essere soggetto ad una pressione psicologica tale da convincerlo della necessità – senza altra soluzione percorribile – a dare o promettere utilità, pur di evitare conseguenze pregiudizievoli (la mancata aggiudicazione di una gara d’appalto, la mancata concessione di un provvedimento favorevole, una sgradita ispezione, etc.).

Non può nascondersi che questa disciplina descrive una situazione tipicamente italiana, che riflette una radicata concezione personalistica del potere pubblico. Non è infatti un caso che, salvo rare eccezioni, nel panorama comparatistico non si riscontrino fattispecie corrispondenti alla figura della concussione prevista dall’art. 317 c.p.; non è un caso che i codici penali tedesco e francese le condotte di concussione per induzione refluiscano o nella più grave figura della corruzione passiva o nelle fattispecie comuni di estorsione, truffa aggravate eventualmente dalla qualifica del soggetto attivo⁵.

Anche questa soluzione – di sfrondare l’armatura dei reati dei pubblici ufficiali a favore di fattispecie comuni – poteva essere percorribile, oltre a quelle più volte proposte nei progetti di riforma, di prevedere una macrofattispecie di corruzione, eliminando la concussione⁶.

2. Le irrazionalità della riforma: alla ricerca della *ratio* della punibilità del *tradens*. Primi rilievi critici

In ogni caso, il legislatore italiano era ormai stretto dalla necessità di porre mano al sistema precedente e di “modificare senza indugio la sua legislazione,

⁵ FORTE, *Concussione*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, 2008, II, 139.

⁶ DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

escludendo la configurabilità della concussione come possibile esimente per la corruzione internazionale⁷. La preoccupazione degli osservatori stranieri rinveniva il proprio fondamento nel fatto che, mentre negli altri ordinamenti giuridici il confine corre tra condotte costrittive e corruzione, la confluenza nel previgente art. 317 di costrizione e induzione consentiva ai giudici di realizzare una concussione anche quando altrove sarebbe stata configurata una costrizione, con la conseguenza finale di sottrarre alla responsabilità penale il privato e la persona giuridica nel cui interesse avesse agito.

A questo problema ha posto fine il legislatore introducendo la fattispecie di induzione indebita (art. 319-*quater*) che vede come soggetto attivo anche l'*extraneus*. Dunque, l'attuale sistema vigente anticorruzione si muove su tre fenomenologie: la corruzione, ove il privato si colloca su un piano di parità e di correttezza e pertanto risponde penalmente, la concussione, ove il privato è una vittima condizionata dal *metus* incusso dal pubblico ufficiale attraverso la minaccia di danno ingiusto, l'induzione indebita che vede il privato penalmente responsabile ove ceda alle pressioni, lusinghe, suggestioni del soggetto pubblico per realizzare un proprio tornaconto personale⁸.

Sappiamo bene che questo sistema a tre voci tra corruzione, induzione indebita e concussione, ben lungi dal risolvere problemi, abbia fin da subito suscitato imbarazzo e incertezze, obbligando l'interprete a ricercare, sul piano della logica e della razionalità, sottili e a volte labili linee di distinguo, imprescindibili per salvare tutta l'architettura giuridica da pesanti critiche di coerenza e irragionevolezza, sollecitando l'intervento delle Sezioni unite della cassazione. Il *punctum prudens* della questione è che, sul versante della condotta del privato, il *medesimo fatto*, costituito dalla dazione o promessa di utilità ad un soggetto pubblico, si colora quasi irrazionalmente di illiceità penale, a seconda che essa sia riconducibile causalmente ad una condotta di "costrizione" o ad una condotta di "induzione" del soggetto pubblico che abusa dei suoi poteri o della qualità.

Tale così profonda diversificazione del trattamento dell'*extraneus* in situazioni sostanzialmente assimilabili può essere giustificata solo se si attribuisce un diverso significato penalistico alla condotta di dazione o promessa di utilità del soggetto privato, quale determinazione volitiva frutto dell'influenza psichi-

⁷ Così, *Rapporto Greco di valutazione dell'Italia - Tema I incriminazioni - Terzo ciclo di valutazioni*, n. 108; il tema era stato affrontato anche nelle precedenti raccomandazioni del Greco; *Phase 3 Report on Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention in Italy - December 2011*. Sulle raccomandazioni adottate a seguito del monitoraggio del 2009, si v. BONFIGLI, *L'Italia valutata dal Greco*, in *Cass. pen.* 2011, 1167.

⁸ Per i primi commenti, DOLCINI, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in www.penalecontemporaneo.it.

ca esercitata in modo più o meno oppressivo, persuasivo, manipolativo dal pubblico funzionario. Questo *diverso significato penalistico* deve rinvenirsi nel fatto che la decisione consapevole del *tradens*, nell'ambito dell'art. 319-*quater*, deve essere considerata dall'ordinamento più autentica, più personale, meno coartata dal comportamento dell'agente pubblico, e quindi in senso penalistico più riferibile al suo autore, non attivando più istanze di tutela della libertà di autodeterminazione.

Ma quale è il criterio in base al quale la medesima condotta, sul piano naturalistico, possa assumere un così diverso significato giuridico?

Il profilo cruciale sta nell'individuazione dei parametri in base ai quali appurare un *diverso risultato psichico* tipico della fattispecie concussiva o della fattispecie induttiva, cioè l'evento intermedio consistente nel condizionamento della libertà di autodeterminazione dell'intraneo. Questa ricerca di parametri è assai impervia, in quanto il codice non fornisce alcuna indicazione in sede di tipizzazione delle fattispecie di concussione e di induzione, fatta eccezione della prevista punibilità del privato unicamente nel secondo caso.

Elemento indiziante tale maggiore autenticità della determinazione del privato è assegnato - nella prospettiva più recente della giurisprudenza di legittimità delle Sezioni unite - al perseguimento di un proprio tornaconto personale dal parte dell'*extraneus*. La proiezione finalistica del "vantaggio indebito" perseguito dal privato (una sorta di dolo specifico extratestuale?) stigmatizza il disvalore penale della dazione o promessa del privato e si erge a spartiacque tra liceità ed illiceità⁹.

Sono questi i recentissimi approdi cui giunge la giurisprudenza di legittimità che, nell'encomiabile sforzo di ricondurre *ad unum* il contrasto tra diverse posizioni emerse in seno alla Sezione sesta della Corte di cassazione, focalizza sofisticati criteri analitici in astratto chiari (cui accenneremo nel corso dell'indagine), ma in concreto destinati a restare quanto mai vaghi e poco risolutivi, in quanto incentrati su elementi caratterizzati in senso psicologico-naturalistico suscettibili di valutazione estremamente soggettiva. A ben vedere, infatti, anche il criterio del vantaggio indebito non può che fondarsi sul necessario intreccio tra elementi di oggettiva prospettazione ed elementi soggettivi di percezione¹⁰. Ciò non è certo da attribuire all'incapacità dell'interprete di individuare salde nozioni giuridiche che resistano alle accuse di indeterminazione, quanto a causa della naturale conformazione delle due fattispecie, in-

⁹ GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta: le Sezioni Unite tentano una soluzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

centrate, sia sul versante della condotta dell'agente pubblico, che su quello del soggetto privato, su ineffabili variabili psicologiche che influenzano il processo decisionale umano¹¹. Anche la prospettiva del "vantaggio ingiusto", che colora di illiceità la condotta dell'*extraneus*, introduce valutazioni estremamente sfuggenti di natura psicologica, pretendendo di poter ricostruire secondo canoni stereotipati il processo decisionale dell'uomo, ove una asettica comparazione tra costi (la tangente) e benefici (bisogni) dovrebbe orientarsi secondo modelli di razionalità economica. Ciò in teoria, ma nella pratica la decisione umana, anche se condizionata dal comportamento altrui, riflette valutazioni assai variabili a seconda delle particolari condizioni in cui ci si trova: altro è partecipare ad una gara pubblica avendo una azienda economicamente forte, che diversifica i propri settori di investimento, altro è partecipare ad una gara quando l'azienda rischia il fallimento, lavora solo con aziende pubbliche e aggiudicarsi dell'appalto significa rimanere sul mercato.

È proprio la valutazione del *tornaconto personale*, all'interno del processo decisionale dell'uomo (quanto più impenetrabile esista!) ad indiziare un elemento di forte problematicità, potendo dipendere da almeno tre fattori: le caratteristiche psicologiche del soggetto privato, le esperienze e i suoi bisogni, il grado di pressione cui è sottoposto. Oltre a queste vulnerabilità generali, tipiche di ogni individuo, vi sono poi quelle specificatamente correlate alle caratteristiche di personalità del soggetto agente, quali il suo livello di obbedienza all'autorità, la sua tendenza al conformismo, la suggestionabilità (ovvero la tendenza a concordare acriticamente con l'informazione fornita), l'accondiscendenza (tendenza ad assecondare richieste proposte ed istruzioni provenienti da persone percepite come autorità anche se non si concorda con loro)¹². Tutti questi elementi (c.d. *biases*) giocano un ruolo fondamentale nel processo decisionale dell'individuo.

Si obietta che i concetti di costrizione e induzione, affinché vengano ricostruiti in chiave normativa, e non naturalistica, devono avvalersi di parametri risolu-

¹¹ PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'“induzione” come forma di concorso e “condotta-evento” del reato*, Napoli, 2013, 46.

¹² Gli studi sulla vulnerabilità del processo decisionale dell'individuo sono propri delle scienze cognitive e comportamentali. Nell'ambito degli studi sulla suggestionabilità del ricorso e della psicologia della testimonianza e delle tecniche di interrogatorio, tali studi hanno dimostrato un forte aumento delle confessioni false o di ricordi falsi quanto più si ricorre a tecniche persuasive o manipolative. La letteratura è per lo più anglosassone. Sulle pressioni verso il conformismo, ASH, *Effects of group pressure upon the modification and distortion of judgments*, in Maccoby, Newcomb, Hartley, *Readings in Social psychology*, New York, 174, 1958. Sulla tendenza all'obbedienza all'autorità, MILGRAM, *Obbedienza all'autorità*, Milano, 1975; sulle tecniche di manipolazione delle credenze e di influenza interpersonale, CIALDINI, *La scienza della persuasione*, in *Le Scienze*, 2001; sulle tecniche di persuasione, PETTY, CACIOPPO, *Teoria del percorso periferico della persuasione*, 1986.

tivi quali l'antigiuridicità del danno minacciato dal pubblico funzionario e l'estraneità del vantaggio indebito alla sfera delle determinanti motivazionali della prestazione illecita, proprie della categoria della inesigibilità. Nel concetto di costrizione, quindi, dovrebbe riflettersi un giudizio di inesigibilità anticipato al piano della tipicità, la cui estensione è governata da criteri regolativi di tipo giuridico tra cui in particolare l'antigiuridicità del danno minacciato e l'assenza di un fine co-determinante di indebito vantaggio nel privato. Se così fosse, il concetto normativo di "induzione" dovrebbe dedursi *a contrario*, ovvero, per il danno *secundum ius* e per l'esistenza (consapevole da parte del *tradens*) di un vantaggio indebito, che renderebbe quindi "esigibile" un dovere di astensione da parte del privato, riecheggiando impostazioni illiberali e eticizzanti dello Stato e del rapporto tra il cittadino e lo Stato che anche la giurisprudenza cerca di rifuggire¹³.

Non si può non ammettere che la valutazione degli interessi indebiti da parte del privato, che accetta, in modo più consapevole di sopportare il costo della tangente, è estremamente evanescente, in quanto inevitabilmente affidata a parametri di tipo soggettivo - naturalistico, e non giuridico. Non solo una certa sollecitazione può essere avvertita in modo più o meno irresistibile, impedendo di elaborare una differenziazione di tipo quantitativo del grado di pressione prodotta dal pubblico ufficiale (dal lato del soggetto pubblico), ma anche la valutazione costi/ benefici e del proprio tornaconto personale (criterio spartiacque, presente nella induzione indebita, ma assente nella concussione) si presta alla medesima critica.

I tentativi di pervenire ad una ricostruzione in chiave normativa, e non descrittivo-naturalistica, dei concetti di costrizione e di induzione, da parte dell'intraneo, e della condotta dell'estraneo indotto o costretto, così da ostacolare quella che viene denominata una "deriva psicologizzante", ad avviso di chi scrive, non risolvono il problema, giacché i coefficienti normativi dirimenti per affermare l'esistenza di "uno stato di costrizione" o di uno "stato di induzione" dedotti ex art. 317 e 319-*quater* finiscono inevitabilmente ad attingere alla sfera delle determinazioni motivazionali del processo decisionale. Se è quindi pur vero che non si tratta solo "non si tratta solo di stabilire quando un soggetto possa dirsi psicologicamente "costretto" a fare qualcosa, secondo le "leggi psicologiche" e le massime di esperienza pertinenti"¹⁴, occorre pure

¹³ PELLISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 282.

¹⁴ MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ss.; NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 93 ss.

evidenziare che soprattutto il coefficiente normativo del “vantaggio indebito” (estraneo alla sfera motivazionale del *tradens* nella concussione, presente nell’induzione indebita) attira pesanti critiche, in primo luogo in quanto parametro normativo non testuale, tacitamente insito nella nozione di induzione, ed in secondo luogo in quanto trasudante di variabili di natura psicologica. Ancora preme evidenziare che proprio il requisito del vantaggio indebito, quale requisito extratestuale che connota finalisticamente il processo decisionale del *tradens*, si presta alle medesime incursioni eticizzanti, a riprova che tali criteri normativi, per quanto raffinati, non possono certo costruire una realtà normativa parallela a quella naturalistica, che non attinge ad un tentativo di conoscenza. Ovvero, come ci dimostra tutta l’evoluzione teorica in tema di causalità e di imputabilità, non si possono costruire categorie che prescindano sordamente dalla conoscenza della realtà e dalla scienza, compreso la scienza dei fatti umani, se non correndo il rischio di costruire dei tremendi strumenti tanto più odiosi quanto più autoreferenziali. La complessità della realtà non giustifica scorciatoie, ovvero costruzioni teoriche che prescindono da essa.

3. Le irrazionalità della riforma: la costrizione mediante abuso dell’incaricato di pubblico servizio

Nel testo originario del 1930 la concussione era formulata con esclusivo riferimento al pubblico ufficiale sul presupposto che l’incaricato di pubblico servizio non disponesse di poteri in grado di costringere il privato a dare o promettere l’indebito. La progressiva espansione di pubblici servizi aveva reso insostenibile una cosiddetta differenziazione sì che la legge 26 aprile 1990 aveva già esteso la soggettività attiva all’incaricato di pubblico servizio, contestualmente modificando l’espressione abuso delle funzioni in abuso dei poteri.

La l. 9 novembre 2012, n. 196 ha ritenuto invece di tornare all’antico espungendo dall’art. 317 la figura dell’incaricato di pubblico servizio e mantenendo del testo la dizione abuso dei poteri.

L’estromissione della previsione dell’incaricato di pubblico servizio tra i soggetti attivi nell’ambito dell’art. 317, di fronte alla persistente validità delle ragioni che determinarono la soluzione estensiva adottata con la legge del 1990, ha come effetto che la condotta di costrizione da questi realizzata debba essere attratta nell’ambito del reato comune di estorsione, punito con una pena potenzialmente più elevata sia nel minimo che nel massimo di quella riservata

al pubblico ufficiale¹⁵. In generale, l'illecito costrittivo dell'incaricato di pubblico servizio è attualmente estraneo alla statuto dei reati contro la pubblica amministrazione e si pone in continuità normativa sotto il profilo strutturale con altre fattispecie incriminatrici di diritto comune quali, a seconda dei casi concreti, l'estorsione, la violenza privata, la violenza sessuale, la truffa aggravata del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, qualora ricorrano artifici e raggiri tali da trarre in inganno il privato, sempre che l'errore verta sulla doverosità della dazione o della promessa¹⁶.

Con riferimento alla figura dell'incaricato di pubblico servizio, la riespansione della fattispecie comune dell'estorsione, quale norma più grave, nel caso di induzione indebita appare in violazione dell'art. 3 Cost., non solo in ragione del raffronto tra le cornici sanzionatorie previste per il soggetto pubblico dalle diverse fattispecie incriminatrici, ma anche in ragione del diverso trattamento previsto per il soggetto attivo privato, ovvero il *tradens*, il quale assurge a autore di reato per aver dato o promesso utilità al pubblico ufficiale per un proprio vantaggio, in quanto da questi indotto, mentre compie un fatto del tutto lecito qualora il destinatario della medesima promessa o dazione sia un incaricato di pubblico servizio. Ebbene, se è ben vero che le scelte di penalizzazione operate dal legislatore non sono sindacabili in sede di controllo di legittimità costituzionale, occorre comunque ammettere che tale differenziazione di trattamento, che corre sul confine tra liceità e illiceità, costituisce un ulteriore elemento di distonia della costruzione giuridica inaugurata con la recente legge.

Ma vi è di più: come si diceva il sistema di delitti anticorruzione inaugurato con la riforma del 2012 obbliga più di prima l'interprete a una pericolosa gincana tra fattispecie comuni e statuto reati dei pubblici ufficiali contro la P.A. Una volta esclusi i casi di coazione assoluta, la concussione include per definizione solo condotte di coazione psichica relativa, salvo l'uso di violenza fisi-

¹⁵ Invero, la concussione non rappresenta un esatto *pendant* dell'estorsione, che descrive condotte di violenza e di minaccia, mentre la concussione solo condotte di costringimento con abuso funzionale riconducibili alla sola minaccia, per cui l'una non è speculare dell'altra. I rapporti tra estorsione e concussione sono di specialità reciproca in cui le due norme si intersecano parzialmente. Ciò lascia ritagliare l'ipotesi teorica della condotta di costrizione violenta di un pubblico ufficiale (e non solo dell'incaricato di pubblico servizio), quale reato di estorsione *tout court* a prescindere da qualunque abuso funzionale posto in essere da questi. Diversamente, qualora vi sia abuso funzionale, la condotta costrittiva della concussione si specifica in modo più pertinente, e i rapporti tra le due fattispecie si allineano: l'una norma esclude l'altra.

¹⁶ In proposito: "Sussiste il delitto di concussione e non quello di truffa se preminente è l'incidenza prevaricatrice dell'abuso della qualità di pubblico ufficiale, mentre nella truffa il rilievo della qualità è indiretto, in quanto la vittima viene indotta alla prestazione attraverso gli artifici e i raggiri", Cass., Sez. VI, 27 ottobre 2011, Di Muro, inedita.

ca nella misura in cui la stessa sia connessa all'esercizio dei poteri o alla qualità, mentre le condotte di violenza fisica o psichica idonee a provocare una *vis absoluta* e che esulano dall'esercizio di poteri o di qualità, tratteggiano i delitti di estorsione o rapina aggravata¹⁷.

4. La *questio iuris* della punibilità dell'*extraneus* indotto a dare o promettere.

Per ripercorrere, assai brevemente, i termini della questione giuridica che ha dato vita ad un animato dibattito giurisprudenziale, occorre richiamare gli aspetti salienti della riforma. Si è posta la questione interpretativa che impone di differenziare, sul piano logico e giuridico, la condotta di costrizione da quella di induzione, avendo la riforma scorporato dalla primigenia figura di concussione, le condotte di costrizione e di induzione, ora distribuite tra art. 317 (concussione) e art. 319-*quater* (induzione indebita), pur conservandosi nella struttura di entrambe le fattispecie, l'elemento dell'abuso della qualità o dei poteri, che le contraddistingue rispetto alla corruzione propria di cui all'art. 319 c.p. e che è stato fortemente valorizzato dalla giurisprudenza quale elemento tipico comune che connota le modalità di realizzazione delle condotte di induzione e di costrizione.

L'aspetto più innovativo dell'art. 319-*quater* c.p. resta, comunque, nella disposta punibilità – sebbene in misura ridotta – del soggetto indotto a dare o promettere denaro o altra utilità, il quale non veste più i panni della vittima, ma del correo, al pari del pubblico funzionario, perché appunto destinatario di una mera induzione da parte di quest'ultimo e non già di costrizione o coartazione alcuna¹⁸.

¹⁷ La costrizione consiste nella prospettazione univoca di un male futuro, alternativo alla dazione o alla promessa, esattamente come la minaccia. Essa richiede le modalità della violenza fisica o psichica, sebbene la possibilità concreta che la fattispecie sia integrata con condotte di violenza materiale o fisica è in pratica esclusa, salvo che tale violenza sia connessa all'esercizio dei poteri o della qualità. Tutto ciò che esula dall'esercizio dei poteri o della qualità esula dalla fattispecie di concussione, finisce per ricadere nell'ambito delle fattispecie comuni.

¹⁸ In proposito si rinvia ai primi commenti MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *questa Rivista*, 2013, spec. 24 ss.; SESSA, *La fisiologia dell'emergenza nella più recente normativa anticorruzione: tra eccessi tecnicistici e diritto penale criminogeno*, in *Critica dir.*, 2012, 316 ss.; BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge anticorruzione. Un primo commento*, in www.federalismi.it; GAMBARDILLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1285 ss.; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in Mattarella, Pelissero, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 397; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2013, 137 ss.; IGLIETTA, *La L. 6 novembre 2012 n. 190 e la lotta alla corruzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 17 ss.; SPENA, *Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p. Una terza via tra concussione e corruzione*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2013, 213; DE MARTINO, *Il delitto di induzione*

Occorre quindi ricercare le ragioni di tale diversità di trattamento, a seguito del quale il classico concetto di *metus publicae potestatis* (che descrive la condizione di soggezione del privato rispetto al soggetto pubblico), ha perso la sua unitarietà, declinandosi in due diverse accezioni: mentre nell'art. 317 continua ad indicare il timore di conseguenze negative derivanti dall'esercizio distorto dei poteri del pubblico ufficiale, nel caso dell'art. 319-*quater* il *metus* sfuma per descrivere una acquisita consapevolezza che sia più *opportuno* seguire le indicazioni del pubblico ufficiale; non è quindi un vero e proprio timore di male futuro, ma piuttosto in questa fattispecie il concetto di *metus* esprime una più ponderata valutazione in termini di opportunità che radica una nuova ed più "personale" volontà in capo al soggetto privato.

Invero, ad una prima lettura, era sembrato che i due concetti giuridici di "costrizione" e di "induzione", sebbene etimologicamente autonomi, sostanzialmente sarebbero riconducibili ad un unico denominatore costituito dall'effetto sortito dalla condotta dell'autore sulla psiche del soggetto passivo. Ed infatti, l'interpretazione giurisprudenziale insorta durante la vigenza della precedente formulazione individuava l'espressione "costringere ed indurre" come un'endiadi posto che, sul terreno della integrazione della fattispecie, le due condotte sortivano effetti sanzionatori del tutto equivalenti.

Si era pertanto ritenuto, *prima facie*, che nulla la normativa introdotta dalla legge n. 190 del 2012 abbia innovato nella semantica dei termini, recependo sostanzialmente quel significato desumibile dall'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto il vigore della previgente disciplina, secondo cui, mentre la costrizione si concreta in una condotta perpetrata con modalità tali da non lasciar margine alla libertà di autodeterminazione del soggetto passivo, l'induzione si risolve in un'attività di suggestione, di pressione morale e di persuasione intesa a determinare la volontà del soggetto.

In altre parole, l'intensità della pressione psicologica prevaricatrice esercitata sulla libertà di autodeterminazione del privato, riconducibile all'unico denominatore costituito dal *metus*, che deriva dall'abuso di poteri da parte dell'agente pubblico, differenzierebbe le due fattispecie: a modalità di pressione molto intense e perentorie, tali da limitare gravemente la libertà di determinazione del soggetto corrisponderebbe la costrizione ex art. 317 c.p.; a forme più blande di persuasione suggestione che non condizionino gravemente la libertà di determinazione risponderebbe l'induzione ex art. 319-*quater* c.p., e la punibilità del privato si giustificerebbe proprio in ragione del margine di libertà di non accedere alla richiesta indebita proveniente dal

indebita a dare o promettere utilità, in *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 263.

pubblico agente, ovverosia per non aver resistito alla richiesta medesima¹⁹. Tuttavia tale semplicistica soluzione, che riconferma l'opzione ermeneutica *ante riformam*, difficilmente coglie la *ratio* della punibilità del *tradens* a norma dell'art. 319-*quater*, co. 2, elemento che costituisce il vero *novum* rispetto all'assetto concettuale della previgente disciplina, e la cui portata è tale da destituire di fondamento l'opzione interpretativa sopra accennata, dal momento che appare distonico ritenere che debba incorrere in responsabilità chi abbia subito, sia pure in una forma più blanda che nella fattispecie di costrizione, una forma di pressione psicologica da parte di un soggetto investito di poteri di diritto pubblico in grado di arrecare una grave lesione ai suoi interessi²⁰. Dovrebbe cioè ritenersi che il *tradens*, pur essendosi trovato in una situazione di soggezione, che scaturisce da un rapporto comunicativo non paritario, debba incorrere in una sanzione penale per non aver resistito a tale condotta in quanto disponga di più ampi margini decisionali che l'ordinamento impone di attivare per resistere alle indebite pressioni del pubblico agente. Occorreva quindi individuare altri parametri.

Un diverso orientamento individuava quindi la linea di discriminare tra le due ipotesi delittuose nell'oggetto della prospettazione: danno ingiusto e *contra ius* nella concussione; danno legittimo (giusto) e *secundum ius* nell'induzione indebita. Si osservava a supporto di questa tesi, che già sul piano semantico esiste una netta alterità tra i due termini, perché costringere è verbo descrittivo di un'azione e del suo effetto mentre indurre designa soltanto l'effetto e non connota minimamente il modo in cui quest'effetto venga conseguito. Per quanto attiene alla prefigurazione dei connotati di tale comportamento, posto che l'ipotesi della violenza fisica eccede in maniera così vistosa i poteri del pubblico ufficiale da travalicare l'ambito dell'abuso di cui all'art. 317 c.p., non rimane che ancorare la condotta prevaricatrice in disamina alla minaccia, quale prospettazione di un male ingiusto, laddove l'aggettivo ingiusto indica la non conformità al diritto.

Come dimostra l'elaborazione giurisprudenziale del reato di estorsione, anche nella concussione la minaccia può manifestarsi in modo più o meno esplicito, palese o larvato, reale o figurata, determinato o indeterminato e ammette anche una formulazione in termini di cortesia, quando l'invito alla dazione vale comunque a incutere nella controparte il timore di rischi e peri-

¹⁹ SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione indebita nelle prime sentenze della Corte di Cassazione*, in *La Rivista Nel diritto*, 2013, 887.

²⁰ FIORELLA, *Relazione svolta al Convegno "La Legge "Anticorruzione". Un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigore"*, svoltosi a Roma, il 9 luglio 2013; BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2012, 10.

coli altrimenti inevitabili. Dinanzi a una così ampia definizione, occorre riconoscere che la condotta in grado di integrare la costrizione si caratterizza in base all'esito psicologico prodotto sulla vittima, che accede alla dazione o promessa al solo scopo di evitare il danno più grave rappresentato in alternativa dal pubblico agente, mentre l'induzione racchiude forme di persuasione diverse dalla minaccia che radicano un più autonomo, consapevole e autentico convincimento a dare o promettere al soggetto pubblico, in ragione della realizzazione di un proprio obiettivo personale, che verrebbe altrimenti pregiudicato.

Il fenomeno dell'induzione, come si desume dalla clausola di riserva relativa che compare nel testo dell'art. 319-*quater*, va guardato in una prospettiva di residualità comprendendo tutto quello che esula dall'ottica della costrizione. E poiché l'area di quest'ultima è estesa ad ogni prospettazione di conseguenze pregiudizievoli *contra ius*, il perimetro dell'induzione è circoscritto alla prospettazione di conseguenze giuridiche sfavorevoli al soggetto, ma *secundum ius* come avviene ad esempio nel caso in cui l'ufficiale di polizia giudiziaria minacci un arresto pienamente consentito dalla legge processuale penale. In questa prospettiva, è chiara la *ratio* dell'incriminazione del *tradens*: egli infatti si è risolto a dare o promettere l'utilità anche perché mirava ad evitare conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'applicazione della legge e quindi, in definitiva, per salvaguardare i propri interessi.

Compare quindi sulla scena l'elemento del "vantaggio indebito" come elemento qualificante la sfera delle determinanti motivazionali del soggetto privato alla prestazione illecita nel reato di induzione indebita. In tal modo l'elemento del "danno ingiusto" specifica le modalità di aggressione tipiche della concussione, chiarendo altresì che la libertà di autodeterminazione del privato è tutelata solo da interferenze della pubblica autorità che non siano conformi all'ordinamento. L'elemento del "vantaggio indebito" invece connota in positivo l'effetto psichico della condotta induttiva, tanto che il privato coartato psicologicamente non può essere ritenuto persona offesa dalla condotta abusiva del pubblico ufficiale, ogniqualvolta egli, nonostante l'abuso subito, abbia promesso o versato l'indebito in vista del conseguimento di più o meno vantaggi indebiti. Egli quindi finisce per concorrere, malgrado la sua posizione impari, per un proprio tornaconto, alla messa in pericolo di beni del buon andamento e imparzialità della P.A.

A tali considerazioni d'altronde si correla il rilievo sistematico secondo il quale deve essere considerato rilevante il fatto che il legislatore abbia previsto non uno art. 317-*bis*, ma l'art. 319-*quater* accostando cioè la fattispecie disamina al fenomeno della corruzione in cui entrambe le parti - private e pub-

bliche - agiscono vista della realizzazione di un vantaggio, ma la linea di demarcazione rispetto alla fattispecie di cui all'art. 319-*quater* può tuttora essere individuata nel tradizionale criterio secondo il quale, ove si evidenzi l'incontro assolutamente libero e consapevole delle parti in posizione paritaria, si versa nell'ipotesi di corruzione, mentre, ove l'agente pubblico si collochi, in forza dei suoi poteri e delle sue qualità, su un piano di preminenza, si versa nell'ipotesi dell'induzione indebita o della concussione²¹. Queste considerazioni di carattere sistematico fanno ritenere che la fattispecie di induzione si distacchi dal paradigma concussivo e si lasci attrarre verso le più contigue fattispecie che puniscono gli scambi corruttivi caratterizzati da un rapporto, non già di supremazia e soggezione, ma di parità tra i soggetti coinvolti, che rende il privato un correo a tutti gli effetti, assimilabile più al corruttore che al concusso. Il fatto induttivo, sebbene fondato sullo squilibrio relazionale costituito sull'abuso della qualità o dei poteri, una volta separato dalla costrizione, perde ogni collegamento con la concussione, avvicinandosi ai reati di corruzione²².

Inoltre, è del tutto ragionevole la più severa punizione dell'agente pubblico che (nella concussione) prospetta un danno ingiusto, e non già, come nell'induzione indebita, una conseguenza sfavorevole derivante dall'applicazione della legge (c.d. danno giusto); dall'altro lato, si rilevava come fosse parimenti ragionevole punire il privato nella sola ipotesi (induzione indebita) in cui, aderendo alla pretesa dell'indebito avanzata dall'agente, perseguisse un tornaconto personale (ovvero evitare un danno giusto). Se la decisione di pagare è stata assunta solo per scongiurare un danno *contra ius*, il privato merita di essere considerato soggetto passivo anche se dispone di alternative più costose economicamente e umanamente. Tali diversità si colgono sul piano degli interessi protetti: mentre nell'ambito dell'art. 317 c.p. trovano tutela tanto interessi collettivi facenti capo alla P.A. quanto la libertà di autodeterminazione del privato coartato da un profondo *metus publicae potestatis*, nell'ambito dell'art. 319-*quater* la tutela di beni individuali deve essere per definizione estranea, visto che il privato è soggetto a pena e la fattispecie si polarizza

²¹ Il reato di concussione e quello di induzione indebita si differenziano dalle fattispecie corruttive in quanto i primi due illeciti richiedono entrambi la condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea a seconda di contenuti che assume a costringere o a indurre l'*extraneus*, comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la *par condicio contractualis* ed evidenzia l'incontro assolutamente libero e consapevole delle volontà delle parti.

²² RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *questa Rivista*, 2013, 42; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, II, Padova, 2013, 860; PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo delitto di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, 48, XI.

esclusivamente su beni di natura superindividuale.

5. L'induzione indebita secondo la giurisprudenza delle S.U.: il parametro del "vantaggio indebito"

Le Sezioni unite, con sentenza del 12 marzo 2014, sono intervenute sul contrasto di posizioni, focalizzando l'attenzione su quell'orientamento che individua nel "danno ingiusto" e nel "vantaggio indebito" gli elementi costitutivi, impliciti e differenziali, rispettivamente, della condotta costringitiva e di quella induttiva.

Riepiloghiamo brevemente i passi più salienti della pronuncia, ove si tratteggia il *discrimen* tra costrizione e induzione in ragione dell'effetto psichico prodotto sul soggetto privato. «La fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* è caratterizzata da una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale che rilascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Nella concussione invece si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che mettendo atto una condotta di tipo costringitivo mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del soggetto, senza tuttavia annullarla del tutto, il quale senza alcun indebito vantaggio è posto davanti a un'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione con la promessa dell'indebito. (...) Il *discrimen* tra il concetto di costrizione e quello di induzione non è affidato alla dicotomia male ingiusto/male giusto, ma dev'essere ricercato nella dicotomia minaccia/non minaccia».

Aggiunge a chiarimento la Corte al § 13.4: «È il caso di precisare che la minaccia non necessariamente deve concretizzarsi in espressioni esplicite e brutali, ma potrà anche essere implicita, velata, allusiva, più blanda ed assumere finanche le forme del consiglio, dell'esortazione e della metafora, purché tali comportamenti evidenzino, in modo chiaro, una carica intimidatoria analoga alla minaccia esplicita, si sia cioè una "esteriorizzazione" della minaccia, come forma di condotta positiva».

Così delimitato l'ambito di operatività del vigente art. 317 c.p. come fattispecie nell'ambito della quale ricondurre la minaccia, rientrerebbero invece nel nuovo art. 319-*quater* c.p. tutte le altre forme di pressione nei confronti del privato, diverse dalla minaccia in senso stretto, che prospettano conseguenze sfavorevoli non contrarie alla legge o conseguenti alla sua stessa applicazione. Ed invero, una volta ricondotte nell'ambito del fenomeno costringitivo anche forme più blande di interferenza motivazionale collocandole comunque nello schema della minaccia di un male ingiusto, occorre ricercare l'elemento giu-

ridico caratterizzante l'induzione non già sul versante della condotta dell'agente pubblico, quanto sul fronte di colui che è destinatario della condotta di interferenza psichica, ovvero l'agente privato, isolando, nel processo decisionale di questi, un elemento normativo di grande valenza costituito dalla prospettiva finalistica da questi perseguita nel momento in cui si determina alla dazione o promessa di utilità: il vantaggio indebito.

In altre parole, nell'induzione indebita il privato finisce per prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, prospettiva finalistica da egli razionalmente perseguita che lo pone in una posizione di complicità con il pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione. È quindi la causale del processo decisionale a spostare l'ago verso l'induzione indebita²³.

Secondo questo orientamento, il *discrimen* tra le nozioni di costrizione e di induzione non è tanto un connotato di natura psicologica ovvero la maggiore o minore valenza coercitiva della condotta dell'agente pubblico, quanto un connotato di carattere giuridico e cioè la conformità al diritto o meno delle conseguenze minacciate e il perseguimento, in capo all'*extraneus*, di un proprio interesse personale a fronte del vantaggio indebito dell'*intraneus*. In altre parole, il criterio di differenziazione si concentra su un elemento extratestuale, non tipizzato dalla norma, costituito dalle finalità specifiche perseguite del *tradens* che esprime il disvalore penale della nuova incriminazione. Il requisito del vantaggio indebito assurge quindi a parametro normativo - di natura soggettiva - su cui viene fondato razionalmente il diverso trattamento del privato indotto rispetto a quello costretto.

Aggiunge la Cassazione: «Il verbo “indurre” spiega una funzione di selettività residuale rispetto al verbo “costringere” presente nell’art. 317 nel senso che copre quegli spazi non riferibili alla costrizione ovvero i comportamenti del pubblico agente pur sempre abusivi e penalmente rilevanti che non si materializzano però nella minaccia di un male ingiusto e non pongono il destinatario di fronte a una scelta inevitabile e ineluttabile tra due mali parimenti ingiusti».

L'induzione costituisce quindi una forma complessa e articolata di influenza nella sfera psichica della persona destinataria della condotta che copre quegli spazi non riferibili alla costrizione e «non pongono il destinatario di fronte a una scelta inevitabile e ineluttabile tra due mali parimenti ingiusti». Le modalità della condotta induttiva pertanto possono concretizzarsi nella persuasione, suggestione, allusione, nel silenzio, nell'inganno (sempre che quest'ultimo

²³ SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 15.

non verta sulla doverosità della dazione o della promessa, del cui carattere indebito il privato presta perfettamente conscio: diversamente si configurerebbe reato di truffa) vagamente opportunamente collegati e combinati tra di loro «purché tali atteggiamenti non si risolvano nella minaccia esplicita da parte del pubblico agente di un danno antiggiuridico senza alcun vantaggio indebito per l'*extraneus*».

I criteri del danno antiggiuridico e del vantaggio indebito si pongono quindi in chiave alternativa e descrivono, in linea di massima, il confine tra la concussione e l'induzione indebita, nel senso che nella concussione deve essere presente il primo e mancare il secondo, mentre nella induzione indebita deve certamente sussistere il requisito del vantaggio indebito per l'*extraneus*.

Questo orientamento, partendo dalla valorizzazione delle modalità di realizzazione delle condotte costrizione e induzione, arricchite in entrambi i casi dalle caratterizzazioni modali dell'abuso di qualità e dell'abuso di poteri, individua il *discrimen* tra le due fattispecie in due elementi taciti, non espressamente previsti nelle norme, del danno ingiusto (elemento tuttavia insito tipicamente del concetto di minaccia, che si qualifica come prospettazione di male ingiusto) e nel vantaggio indebito, quale componente extratestuale che connota la dimensione soggettiva del dolo del *tradens* in termini finalistici. In tal senso, di particolare significato sistematico è il riferimento all'art. 322-bis, co. 2, n. 2, c.p. che, richiamando l'art. 319-*quater*, co. 2, c.p., ne fornisce una sorta di "interpretazione autentica" ove limita la punibilità al privato che agisca «per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria».

Alla luce del criterio tratteggiato dalle Sezioni unite, la fattispecie di induzione indebita comprende forme di convincimento più manipolative, per definizione diverse dalla minaccia, che possono graduarsi da una scala che include il suggerimento, l'inerzia, il silenzio, che determinano il medesimo effetto psichico, costituito dalla consapevole determinazione volitiva a dare o promettere l'utilità, ma stavolta orientata in capo all'agente privato in ragione del perseguimento di un proprio vantaggio.

Queste forme di persuasione si radicano in modo più penetrante nella psiche in quanto attivano un autonomo processo decisionale in capo al soggetto privato che riflette una valutazione dei propri interessi personali, che deve invece essere assente nella concussione affinché possa ancora parlarsi di *metus publicae potestatis*. Costui effettua una valutazione in termini di costi e benefici, ove la dazione o promessa costituisce il costo da pagare per ottenere il duplice risultato, evitare la prospettazione di un male giusto e contestualmente,

ambire ad un proprio interesse personale, in ciò manifestando una autodefinizione più efficiente, in termini di razionalità economica, e quindi più autentica e, conseguentemente, collusiva con il pubblico ufficiale. Nel reato di cui all'articolo 319-*quater* è descritto il fatto del soggetto privato il quale, influenzato in modo più tenue dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, disponendo di più ampi margini discrezionali, si autodetermina in modo più autentico e consapevole in ragione del perseguimento dei propri interessi.

6. La proiezione finalistica del “vantaggio indebito” nell'induzione indebita: problemi di compatibilità costituzionale e ripercussioni sul piano dell'elemento psicologico del dolo

Le condotte di costrizione e di induzione si connotano, in entrambe le fattispecie, per l'abuso della qualità o dei poteri. Può allora concordarsi che l'abuso descrive le modalità comuni di realizzazione tanto della condotta di costrizione e che di quella di induzione, costituendo l'antecedente causale dell'evento finale costituito dalla determinazione volitiva in capo all'*extraneus*. L'abuso dei poteri, elemento che arricchisce la condotta costrittiva, nell'interpretazione della giurisprudenza, arricchisce sul piano psicologico la condotta del soggetto attivo di natura pubblica, quale uso dei poteri rientranti nella competenza tipica del soggetto agente ma finalizzati a uno scopo diverso da quello cui i poteri sono stati conferiti, di natura illecita, quale è certamente l'ottenimento dell'indebito; l'abuso si individua nella deviazione dell'esercizio del potere dalla sua casa tipica verso un obiettivo diverso ed estraneo gli interessi della pubblica amministrazione²⁴ e si identifica, sostanzialmente, nella costrizione, così cogliendo maggiormente l'incidenza motivazionale della condotta sul privato, condizionato dal *metus publicae potestatis*²⁵. Sulla base di tale interpretazione, lo specifico della concussione è rappresentato dalla costrizione, cioè da una minaccia che si salda all'abuso funzionale e che sortisce l'evento psichico di piegare la libertà del soggetto privato, che a sua volta si riverbera sulla conseguente dazione o promessa.

L'abuso della qualità ricorre invece in ogni strumentalizzazione della posizione di preminenza del pubblico agente sul privato in cui sia solo implicita la possibilità di un utilizzo dei poteri così da indurre nel privato la rappresentazione della necessità di assecondare la richiesta del pubblico ufficiale.

²⁴ Cass., Sez. VI, 18 maggio 2011, Cataluddi e altri, in CED Cass. n.40809.

²⁵ La giurisprudenza ha chiarito che non è necessario che l'atto intimidatorio rifletta una specifica competenza del soggetto, bastando che egli abbia un'astratta capacità di influenzare l'*iter* della pratica, Cass., Sez. VI, 24 novembre 2011, Rossi, inedita.

La distinzione tra abuso di poteri e abuso della qualità sembra quindi rinviare ad uno sfruttamento effettivo della funzione nella primo caso, mentre solo potenziale nel secondo, rinviando ad un livello di diversa graduazione di interferenza motivazionale sulla psiche del soggetto privato.

Se dalla parte dell'agente pubblico, la costrizione mediante l'abuso di qualità o di poteri introduce un elemento finalistico estraneo alla norma, altrettanto anche la nozione di induzione abusiva sembra arricchirsi di un ulteriore elemento distintivo, non alternativo a quello dell'intensità di coazione psicologica, consistente nel legare l'ambito di distinzione tra art. 317 e art. 319-*quater* alla causale della dazione o della promessa, ma questa volta dalla parte del privato. Mentre nella concussione domina l'idea del male ingiustamente prospettato attraverso la violenza e la minaccia, nell'induzione prevale l'idea del vantaggio che a sua volta giustifica la punibilità del privato. Connotandosi per l'essere *indebita*, l'induzione si caratterizza in ragione della proiezione verso una successiva attività funzionale, che costituisce la causale dell'evento finale costituito dalla dazione o dalla promessa, rimarcando la contrarietà di tale evento finale alle norme che disciplinano l'ufficio o il servizio, in quanto dazione non dovuta a nessun titolo. Nella concussione invece l'avverbio "indebitamente" qualifica non già l'oggetto della pretesa, la quale può anche non essere oggettivamente illecita, quanto le modalità della richiesta e della sua realizzazione proprie dell'abuso funzionale²⁶.

Si è quindi osservato che l'induzione - dal versante dell'*intraneus* - comprende condotte di interferenza psichica sul processo motivazionale connotate dall'esercizio strumentale di un'attività oggettivamente lecita e doverosa, ma finalizzata ad ottenere un'indebita utilità.

Invece, dal versante dell'*extraneus*, la condotta penalmente rilevante di dazione indebita o promessa indebita a seguito di induzione assume un senso penalistico solo attraverso la sua proiezione verso un atto di ufficio favorevole al privato poiché la sua vantaggiosità determinerebbe l'acquiescenza alla dazione. Tale elemento finalistico, l'obiettivo ultimo perseguito, colorerebbe di illiceità la condotta del *tradens* come un dolo specifico, tuttavia non è espresso dalla norma incriminatrice.

A prescindere dalle zone d'ombra, nelle quali il pendolo tra concussione e induzione indebita continuerà ad oscillare in tutta la sua ambiguità, i profili di perplessità concernono, a monte, l'inserimento di un elemento tacito extratestuale nella fattispecie di cui all'art. 319-*quater*, che non consiste in un evento intermedio, ma che attiene alla proiezione finalistica della condotta penal-

²⁶ Cass., Sez. VI, 8 novembre 2011, Borrelli, inedita.

mente rilevante da parte dell'agente privato che, a bene vedere, la norma testualmente non prevede²⁷.

Si pone quindi il problema di compatibilità costituzionale ai sensi dell'art. 25 Cost. di quell'interpretazione correttiva che individua un elemento costitutivo della fattispecie, di natura extratestuale, in quanto desumibile in via interpretativa dal concetto di induzione, allo scopo di elaborare una interpretazione delle due disposizioni normative - artt. 317 e 319-*quater* - conforme ai fondamentali canoni di ragionevolezza del sistema. I rilievi problematici si manifestano nella misura in cui tale inserimento extratestuale, se sul versante dell'agente pubblico sortisce un effetto in *bonam partem* individuando la meno grave fattispecie di induzione indebita, tuttavia dalla prospettiva dell'agente privato funge da elemento costitutivo di una nuova fattispecie incriminatrice che tratteggia la linea di confine tra condotta penalmente rilevante e condotta non solo lecita, ma persino meritevole di protezione (si pensi alla costituzione di parte civile del privato vittima di concussione), con evidente effetto in *malam partem*.

Se certamente il finalismo del perseguimento del vantaggio indebito in capo al soggetto privato salva da pesanti critiche di irragionevolezza il sistema, fornendo una giustificazione razionale alla scelta di punire ex art. 319-*quater* quella identica condotta che l'art. 317 considera lecita, d'altra parte non si può nascondere che tale forzatura del testo normativo appare poco compatibile con i fondamentali canoni garantisti di legalità, se considerata nella prospettiva di analisi della nuova incriminazione del soggetto privato. Si potrebbe quindi ritenere che l'interpretazione correttiva debba trovare comunque limite nel principio di legalità e che debba comunque muoversi nella cornice tratteggiata dalla norma.

Ma oltre a queste considerazioni di carattere generale, altre attengono alle conseguenze sul piano teorico pratico cui conduce tale ordine argomentativo. Sappiamo che, sul versante del soggetto privato, l'art. 319-*quater* introduce una nuova fattispecie incriminatrice che punisce l'*extraneus*, indotto dal soggetto pubblico, che consegna o promette utilità a questi, in quanto motivato dai propri interessi personali. L'elemento psicologico di costui è il dolo di corrispondere un'indebita dazione o promessa a seguito della altrui condotta induttiva, ma con la precisa consapevolezza di non porsi su un piano paritario

²⁷ È il caso degli atti discrezionali rispetto ai quali non è possibile stabilire *ex ante* la doverosità dell'esito della decisione così da qualificarli giusti o ingiusti, conformi o contrari doveri d'ufficio; ma vi sono anche situazioni in cui l'atteggiamento del pubblico ufficiale trova una apparente giustificazione nella scrupolosa osservanza delle norme che regolano l'ufficio del servizio. Sono cioè tutte quelle situazioni *borderline* in cui la rappresentazione del danno può convivere con la rappresentazione del vantaggio, e non è facile dire quale di questi obiettivi abbia effettivamente ispirato la dazione o la promessa.

di libera contrattazione, né di essere succube di una coercizione. Il privato cioè non deve sentirsi né costretto, né pienamente libero, ma persuaso dalla condotta dell'agente pubblico a dare o promettere, in quanto questa scelta, autonoma e consapevole, realizza maggiormente i suoi migliori interessi²⁸.

Sotto il profilo tecnico, si pone la questione della configurazione del dolo dell'*intraneus* sull'elemento extratestuale costituito dal "vantaggio indebito", ovvero la necessità che il privato abbia piena consapevolezza e volontà di perseguire ed ottenere tale proprio tornaconto. Questo delicato congegno interpretativo postula risolto un problema non secondario: ossia che il privato abbia precisa contezza della natura illegittima del danno prospettato dal soggetto pubblico o viceversa che sia del tutto consapevole della natura illegittima del vantaggio che intendeva conseguire accedendo all'induzione del pubblico ufficiale. In molti casi la vicenda processuale si muove secondo linee che rendono manifesti gli obiettivi dell'agire dell'*intraneus* ma altre volte non è così scontato che l'*extraneus* sia in grado di conoscere esattamente della conformità o meno a diritto dell'attività pubblica oggetto della condotta criminosa²⁹.

Ci si chiede: l'elemento tacito del vantaggio personale, essendo di natura extratestuale, rientra nei contenuti del dolo? Qualora il privato non sia consapevole di trarre un vantaggio, o comunque abbia erroneamente creduto di non trarre alcun beneficio dalla dazione o promessa, ma sia consapevole di essere stato comunque suggestionato da forme di pressione psichica non riconducibili alla minaccia, si può addurre l'errore di fatto, anche se poi ne abbia comunque tratto un indebito vantaggio? Ma a monte: quando il soggetto privato si *percepisce* "costretto" e quando solo "indotto", a conclusione di un processo decisionale nel quale ha ponderato bisogni e obiettivi? Invero, la valorizzazione di questa componente valutativa all'interno del processo di formazione della volontà del privato rischia di aprire un altro salvacondotto - che si voleva blindare con la riforma - e così di annullare, di fatto gli obiettivi della riforma, con l'unica conseguenza di rendere la posizione del privato talmente incerta da disincentivare ogni tipo di denuncia.

Il problema è che tale incertezza non è solo propria del privato, che si atteggia ora a vittima ora a reo, ma investe la posizione dell'*intraneus*, e ciò per le medesime ragioni, in quanto vi può non essere piena consapevolezza dell'effetto sortito sulla psiche del privato e sulle conseguenze più o meno vantaggiose per questo connesse alla dazione o promessa di utilità. Sul versan-

²⁸ Per questi profili, SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, cit., 19.

²⁹ CISTERNA, *Un congegno interpretativo molto delicato che non considera la percezione del privato*, in *Guid. dir.*, 2013, 28.

te dell'elemento psicologico del pubblico agente, è infatti necessario che il dolo, oltre a comprendere volontà e consapevolezza di indurre il privato alla dazione o premessa, abusando della qualità o dei poteri, debba ricoprire anche la conoscenza del vantaggio indebito perseguito dal privato.

Questo elemento - sotto il profilo psicologico - differenzia di fatto la condotta dell'agente pubblico, individuandola ora come minacciosa (e quindi punibile *ex art. 317*) o non minacciosa (e quindi punibile *ex art. 319-quater*). Ovvero: entrambe le fattispecie, dal versante del soggetto pubblico, richiedono una piena rappresentazione e volontà della natura coercitiva o induttiva della condotta che limita fortemente la rilevanza del dolo eventuale e che è, dalla parte dell'agente, di difficile padronanza, posto che essa postula la piena conoscenza della condizione psichica in cui verte il privato e delle condizioni del suo processo decisionale.

In definitiva, qualunque parametro normativo, compreso quello della esigibilità/estraneità del vantaggio indebito finisce per focalizzare l'attenzione sulla *percezione* (dal lato dell'agente pubblico e dal lato dell'agente privato) dell'effetto sortito dalla condotta dell'agente pubblico sulla psiche dell'*intraeus*.

7. L'induzione e la costrizione come condotte di interferenza psichica. Assenza di parametri nomologici e necessità di generalizzazioni affidabili

Andiamo alla radice dei concetti di induzione o di costrizione. Entrambi descrivono condotte di tipo comunicazionale che si inseriscono in una relazione intersoggettiva ove interagiscono, sotto il profilo psichico, uno o più soggetti; più precisamente definiscono condotte di interazione psichica, ovvero condotte che incidono sul processo motivazionale e decisionale di altri soggetti, da cui scaturisce un'azione volontaria che costituisce l'evento finale.

Sotto questo profilo, la costrizione e l'induzione presentano il medesimo schema logico in quanto condotte che producono una alterazione del processo volitivo altrui. La costrizione abusiva, come l'induzione abusiva, innesca causalmente un processo volitivo (primo evento intermedio di tipo psichico) che produce a sua volta l'evento alternativo della dazione o della promessa dell'indebito (secondo evento finale). Da un punto di vista giuridico, tali condotte si differenziano fortemente in ragione del tipo di effetto psichico sortito e dell'evento finale prodotto.

La relazione tra la condotta di tipo comunicazionale di interferenza psichica e l'evento finale ricalca un complesso schema causale tipico di molti reati contro il patrimonio (truffa, circonvenzione di incapaci, estorsione), contro

l'amministrazione della giustizia (art. 377-*bis*), contro la famiglia (maltrattamenti in famiglia seguiti da suicidio), violenza privata, di alcune condotte tipiche di concorso morale (l'istigazione o la determinazione), in cui il risultato di una determinata condotta di valore comunicativo nell'ambito della relazione tra due soggetti si colloca, in prima battuta, quale evento intermedio, a livello psichico sul destinatario della condotta comunicativa, mentre la decisione assunta da questi assume rilevanza come evento di secondo grado, ed assume le forme di una azione volontaria.

Più precisamente, la condotta di interferenza psichica determina un evento non direttamente, ma indirettamente, in quanto abbia generato un preciso fenomeno psichico che costituisce l'evento della condotta di condizionamento psicologico e sulla base del quale questi abbia posto in essere la condotta causativa dell'evento³⁰. Pertanto, il meccanismo di derivazione dell'evento finale "passa" attraverso la psiche di un altro soggetto, che tuttavia nell'induzione indebita, non esprime una determinazione volitiva indifferente per l'ordinamento giuridico, ma al contrario, assume anch'egli una propria – sebbene più attenuata – responsabilità penale.

Ed infatti, in taluni casi la condotta posta in essere dal destinatario della comunicazione non assume rilevanza penale, anzi egli assume le vesti della vittima o di danneggiato, ma talora l'evento finale consiste in una determinazione volitiva che acquista rilevanza penale.

L'induzione, come la costrizione, rende quindi necessario dimostrare il duplice evento psichico – l'influenza psichica motivante prodotta sul destinatario e il conseguente effetto della dazione o della promessa volontaria – come conseguenza dell'attività del pubblico ufficiale. La struttura logica di questo collegamento è assai complessa innanzitutto a causa della presenza di sotto-eventi o eventi intermedi di tipo psichico, indagine che solleva problemi in ordine alla utilizzabilità dei normali e comuni parametri di accertamenti del nesso causale, posto che l'evento finale è costituito dall'assunzione di una decisione volontaria umana. Occorre quindi chiarire se tale collegamento di tipo psicologico possa essere ricondotto allo schema della causalità, sia pure psichica, e non naturale. Deve innanzitutto chiedersi se il concetto di causalità naturale possa avere una funzione per questo tipo di indagine di natura psicologica per tutte le tipologie di interazione psichica.

In seconda battuta, occorre interrogarsi se tale nesso di condizionamento possa essere appurato con l'aiuto di adeguate generalizzazioni, dovendo prendere atto dell'assenza di leggi scientifiche che governano il comporta-

³⁰ Sul tema, RISICATO, *Causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 29.

mento umano; non va infatti sottaciuta la difficoltà di rinvenire una legge di copertura di spiegazione dell'evento di tipo scientifico, se non avvalendosi di massime di esperienza sufficientemente affidabili, in quanto tratte dalle scienze del comportamento umano, quali la psicologia, la biologia, etc.

Due sono gli orientamenti che si contendono il campo.

Su un primo versante si collocano coloro che negano la sussistenza di leggi propriamente scientifiche da utilizzare ai fini dell'accertamento della causalità psicologica, perfino giungendo a negare alla causalità psichica lo statuto di collegamento di natura causale (la causalità psichica sarebbe un mero espediente dottrinario, una *fictio*, che non corrisponde nella realtà)³¹. Si ritiene che, nel campo delle relazioni interpersonali e della psiche umana, le normali leggi del mondo fisico, quali ipotesi di spiegazione scientifica di un fenomeno causale, difficilmente possano avere applicazione. Sia in ambito monosoggettivo, che in ambito plurisoggettivo del concorso morale, la c.d. causalità psichica sembra mettere in crisi una concezione unitaria dello statuto della causalità, così come elaborato dai recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinari, soprattutto, mettendo in discussione la possibilità di utilizzare il paradigma nomologico-deduttivo tipico della causalità naturalistica per la difficoltà di ricorrere a generalizzazioni.

Le moderne teorie psicologico-cognitive e le neuroscienze, affermano che ogni deliberazione volitiva è il frutto di una complessa serie di motivazioni, allo stato più o meno consapevole, in cui hanno un ruolo decisivo anche valutazioni che rimangono solo allo stato potenziale e in cui fondamentale è l'incidenza del fattore emotivo, che al contrario, proprio nelle situazioni di maggiore conflittualità ed incertezza, funziona da vera e propria guida verso quella scelta più corrispondente alle proprie inclinazioni, così che è davvero difficile avvalersi dei parametri propri della causalità lineare per decifrare la decisione umana. Se è così, dovremmo concludere che non è logicamente possibile formulare ipotesi comportamentali suffragate di scientificità e accertabili attraverso la individuazione di un giudizio controfattuale, con conseguente abbandono del dogma causale e in generale dell'archetipo anacastico della condicio *sine qua non*³². La prova della causalità psichica finirebbe per essere una *probatio diabolica*, perché si tratta di un meccanismo causale che si fonda sull'interazione tra psiche e coscienza tra conscio e inconscio che

³¹ Sulla riconducibilità della causalità psichica nell'ambito degli artt. 40 e 41 c.p. si è espressa la dottrina italiana più risalente: CERQUETTI, *Tutela penale della pubblica amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996, 84; MARIONI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, 130, nonché STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975, 313.

³² DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 221.

non risponde a logiche lineari³³. Le dinamiche psicologiche, pur esistendo la possibilità di effettuare generalizzazioni, difficilmente sono suscettibili all'interno di generalizzazioni a carattere statistico come quelle appartenenti al mondo fisico, essendo innumerevoli le variabili soggettive (carattere, sensibilità, contesto, livello di emotività, suggestionabilità). Tali processi si sviluppano interamente all'interno del soggetto vittima, e in quanto irripetibili, ossia non necessariamente riconducibili a sequenze dotate di regolarità, sembrano quindi indimostrabili e insuscettibili di un accertamento scientifico o di una prova processuale. Ne segue quindi che in sede di giudizio controfattuale, solo in termini altamente ipotetici è possibile supporre quale sarebbe stato il comportamento umano³⁴.

In un'altra prospettiva si collocano coloro che suggeriscono l'adozione di paradigmi prognostici di ricognizione senza fare leva su leggi scientifiche di copertura, ma fondandosi su massime di esperienza ovvero su generalizzazioni sufficientemente fondate empiricamente³⁵.

La irripetibilità degli accadimenti psicologici farebbe quindi propendere per l'utilizzo di parametri di tipo prognostico più che causale, che fanno uso di massime di esperienza, prive di ogni assunto di veridicità, ma comunque fondate sotto il profilo empirico e quindi abbastanza affidabili, in quanto attingono alle scienze dei fatti umani, quali la psicologia, le neuroscienze, le teorie cognitivo-comportamentali, etc. Le massime di esperienza sono sostanzialmente delle generalizzazioni che consentono di non fare uso del dogma causale, che non sarebbe in grado di spiegare l'eziologia delle conseguenze di condotte capaci di generare processo di interazione psichica.

Le massime di esperienza costituiscono uno degli strumenti conoscitivi di cui si avvale il giudice nella ricostruzione giudiziale del fatto. Si tratta dunque di generalizzazioni empiriche tratte con procedimento induttivo dall'esperienza comune, indipendenti dal caso in disamina, che forniscono al giudice informazioni su ciò che normalmente accade, secondo un diffuso consenso nella cultura media e nel contesto spazio-temporale della decisione. Esse non possono essere semplicemente caratterizzate dal senso comune che, se nella vita

³³ PEDRAZZI, *Inganno e errore nei delitti contro il patrimonio*, 119.

³⁴ Sui fatti psichici, la causalità psichica e i risultati psichici, nonché i problemi probatori che il loro accertamento reca con sé, CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 767; ID., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 128, 134; *La prova dei fatti psichici*, a cura di De Francesco, Piemontese, Venafro, Torino, 2010; CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in *ius17unibo.it*.

³⁵ RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 815, favorevole ad un approccio funzionale ed *ex ante*.

quotidiana può risultare utile, a livello giuridico il suo utilizzo può risultare rischioso e nocivo. Ed infatti, le massime di esperienza possono celare incognite pericolose, poiché esse potrebbero anche essere il frutto di generalizzazioni empiricamente non verificate che il giudice in tanto può utilizzare in quanto esse non si risolvano in semplici congetture o in criteri meramente intuitivi e non siano addirittura contrastanti con conoscenze e metodi riconosciuti e non controversi.

La giurisprudenza peraltro sembra ormai aver raggiunto la consapevolezza dei rischi insiti nel richiamo alle massime di esperienza, richiedendo che il giudice discerna tra massime di esperienza affidabili e massime che non lo sono. Le prime sono il risultato di generalizzazioni del senso comune che hanno superato il vaglio empirico. Esse consentono quindi di riconoscere la necessaria verosimiglianza (nel senso di probabilità sulla base dell'*id quod plerumque accidit*) alla ipotesi iniziale per concludere a favore di quest'ultima e sono soggette ad un rigoroso processo di falsificazione, esattamente come le leggi scientifiche. Anzi, il tentativo di smentita è reso ancora più impellente dalle caratteristiche di queste ultime, che non sono "sperimentabili" e non sono "generali", perché le regole del comportamento umano ammettono eccezioni. Man mano che le generalizzazioni tratte dal linguaggio ordinario vengono rimpiazzate dalle generalizzazioni tratte dalle scienze, come l'economia, la psicologia, la linguistica, le massime di esperienza divengono meno banali e sempre più affidabili.

Le massime non affidabili sono quelle che mancano di una verifica empirica: sono le congetture che nascono dal caso concreto in funzione della decisione. La differenza essenziale tra le leggi di carattere universale e le generalizzazioni empiriche sta nel fatto che la legge universale regge giudizi controfattuali, mentre ciò non è possibile con le generalizzazioni empiriche, il che comporta che esistono una pluralità di spiegazioni possibili di uno stesso fatto, ed ecco perché l'"analisi situazionale" è l'una risorsa che può fornire un ausilio nell'applicazione della generalizzazione empirica per mezzo di una scienza che definiamo psico-sociale, ovvero che analizza il comportamento umano, le sue naturali distorsioni cognitive e emotive.

Le massime di esperienza non esprimono una regolarità di successione tra fenomeni ma consentono di effettuare previsioni in ordine a ciò che normalmente accade, giungendo quindi ad un tipo di evidenza che non è corroborata dal punto di vista naturalistico-descrittivo, ma è logico-argomentativa, normo-valutativa, cioè su un piano che trascende quello fattuale e descrittivo, ma che è intriso di giudizi di valore, che ricorre a parametri come quelli della plausibilità, credibilità, logicità, tendenza alla suggestionabilità, tendenza al

conformismo, etc.

8. Conclusioni

Come si è detto nelle pagine precedenti, nel delitto di induzione indebita il destinatario della comunicazione di tipo induttivo conserva una margine di autonomia decisionale che gli consente di effettuare una valutazione più libera e quindi più autentica e responsabile in vista della massimizzazione dei suoi bisogni. Qualora opti per sopportare il costo della dazione o la promessa di utilità in favore del soggetto pubblico, in ragione del perseguimento dei propri interessi, soggiace in modo più consapevole alla condotta del pubblico ufficiale. Alla base del processo decisionale, vi è una piena consapevolezza delle condizioni fattuali e una determinazione che, sebbene sollecitata dal soggetto pubblico, riflette una autonoma determinazione in termini di razionalità economica, ovvero di costi/benefici. In altre parole, l'induzione descrive condotte di interferenza psichica tali da suscitare nel soggetto destinatario una più personale, autentica e convinta determinazione volitiva, all'esito di una ponderazione costi-benefici. In sostanza il *tradens* si autodetermina a dare o promettere utilità o danaro, in quanto intravede un vantaggio personale quale effetto indiretto della condotta sollecitata dal soggetto pubblico, e tale vantaggio si interseca con quello proprio del pubblico ufficiale. Il privato indotto si trova in una condizione psicologica diversa rispetto al privato costretto: partecipa consapevolmente al processo motivazionale che confluisce nella realizzazione del reato, "sceglie" più consapevolmente di dare o promettere al soggetto pubblico, in quanto da quella dazione o promessa ne beneficerà.

Ma quale è la massima di esperienza affidabile, cioè empiricamente fondata, sulla base della quale sarà possibile affermare che, in quella situazione, il privato abbia conservato quel margine di autodeterminazione e attivato un processo decisionale mirato al raggiungimento di un vantaggio ingiusto? A quali parametri nomologici deve affidarsi il giudice nell'accertamento del nesso psichico e del requisito del vantaggio indebito?

Nell'impossibilità di selezionare *ex ante* il novero delle possibili condotte condizionanti, e d'altra parte, per ridurre il rischio di indeterminatezza legato alla natura *ex post* dell'accertamento della relazione causale, si suggerisce di utilizzare il metodo della sussunzione in leggi stavolta individuate in massime di esperienza, elastiche, ma affidabili, in quanto corroborate da un sapere che proviene dalle scienze dei fatti umani, le quali segnalano i possibili errori, euristiche, pregiudizi, che condizionano la decisione umana sulla base di studi empirici accreditati che si avvalgono di metodologie scientifiche, con l'avvertenza poi di contestualizzare il nesso psichico utilizzando parametri di

credibilità razionale o di probabilità logica. Le generalizzazioni tratte dalle scienze umane, cristallizzate in massime di esperienza, nel formulare un giudizio logico - valutativo, consentono di ricorrere a indici indizianti, a parametri fattuali che funzionino da indicatori, interni ed esterni, dell'effetto dell'influenza motivazionale sortita dalla condotta con valenza comunicativa sul comportamento delle vittime, pur senza giungere ad una conclusione inferenziale priva di incertezze. Solo questa attenta e concreta "analisi situazionale", in cui viene valutato il livello di emotività, di sensibilità, di conformismo, di suggestionabilità, potrà fornire una valida guida nella ricerca di un confine tra induzione e costrizione, tra stato di indotto e stato di costretto, senza incorrere nel rischio di giudizi troppo intuitivi.