

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35089-la-legge-anticorruzione-e-la-riforma-dei-reati-contro-la-pubblica-amministrazione>

Autore: Rinaldi Manuela

La legge “anticorruzione” e la riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione

La legge “anticorruzione” e la riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione

(Legge 6 novembre 2012, n. 190)

Francesco Vittorio RINALDI

SOMMARIO: Introduzione; § 1. Concussione (art. 317 c.p.); § 2. Induzione indebita a dare o promettere (art. 319-quater c.p.); § 3. I criteri discretivi tra concussione e induzione: il recente dibattito giurisprudenziale; § 4. Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.); § 5. Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.).

Introduzione

La legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *"disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 265 del 13 novembre 2012 ed entrata in vigore il 28 novembre 2012, ha innovato la disciplina dei reati dei pubblici ufficiali nei confronti della pubblica amministrazione, con le disposizioni contenute nell'articolo 1, commi 75-83¹.

In particolare, al fine di segnalare le modifiche apportate alla disciplina dettata dal codice penale, occorre aver riguardo alle disposizioni contenute nell'articolo 1, comma 75 della suddetta legge.

La riforma, presentata come momento imprescindibile per il rilancio del Paese², poiché tesa ad implementare l'apparato preventivo e repressivo contro l'illegalità nella pubblica amministrazione³,

¹ Sulla nuova legge per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nelle amministrazioni, BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*- Riv. trim., n. 3-4/2012, p. 5 ss; DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*- Riv. trim., n. 1/2012, p. 232 ss; VIGANO', *La riforma dei delitti di corruzione*, in GAROFOLI-TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo*- Riv. trim., n. 1/2012, p. 227 ss; SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in www.penalecontemporaneo.it; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.neldiritto.it, nonché in www.penalecontemporaneo.it; AMATO, PADOVANI, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012; VINCIGUERRA, FORNASARI, BONINI, BEVILACQUA, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali*, in *Giur. it.*, 12, 2012.

² BALBI, *Alcune osservazioni*, cit. .

corrisponde all'esigenza di innovare un sistema normativo ritenuto da tempo inadeguato a contrastare fenomeni sempre più diffusi e insidiosi⁴ ed è volta a ridurre la "forbice" tra la realtà effettiva e quella che emerge dall'esperienza giudiziaria⁵.

Dal raffronto tra i dati giudiziari e quelli relativi alla percezione del fenomeno *lato sensu* corruttivo, forniti da *Transparency International* e dalla *Banca mondiale*, infatti, si evince che sussiste un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione "praticata" e corruzione "denunciata e sanzionata", con la crescita esponenziale della prima e la forte riduzione della seconda⁶.

Le motivazioni addotte a sostegno dell'esigenza di intervenire sull'assetto normativo dei reati contro la pubblica amministrazione sono essenzialmente due: da una parte si rileva l'inadeguatezza del sistema normativo vigente e dall'altra si valorizza la necessità di adeguare l'ordinamento interno agli impegni assunti a livello internazionale, con la ratifica di talune Convenzioni⁷.

La legge 190 del 2012 costituisce una risposta, per vero secondo alcuni non del tutto soddisfacente⁸, a tali esigenze.

³ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*.

⁴ Per un'analisi della diffusione del fenomeno corruttivo si veda il *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, Roma 2012, 7 e ss, pubblicato a cura del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione*, in www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzioneDEF.pdf.

⁵ AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di "costrizione"*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012.

⁶ GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

⁷ BALBI, *Alcune osservazioni*, cit.; DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma*, cit. .

⁸ BALBI, *Alcune osservazioni*, cit. . Fortemente critico sulla riforma l'A., secondo cui: "la riforma...ben difficilmente segnerà una tappa davvero significativa, e apprezzabile, nell'evoluzione del nostro sistema penale. Quello che fa pensare, alla luce di tutto ciò, è l'inspiegabile consenso sociale addensatosi su di un testo normativo di medio spessore e di modesto impatto. Certo, la definizione mediatica di decreto anticorruzione ha svolto la sua parte, quasi che non esprimersi a favore di esso sembrasse costituire una forma di connivenza nei confronti di politicanti corrotti. Lascia sempre un po' di amarezza pensare che tanta voglia di legalità proveniente dal corpo sociale possa essere così facilmente veicolata su obiettivi più o meno casuali.". Critico anche il giudizio di PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit. ; secondo l'A. infatti: "Se legiferare significasse procedere frigido pacatoque animo, l'attuale vicenda della riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione ne sarebbe un'evidente smentita. Ma soprattutto lo sconcerto prodotto dalla raffica di notizie di reato delle ultime settimane e la giusta attenzione dedicata dalla stampa quotidiana ai conati legislativi, con un occhio sempre sospettosamente rivolto ai processi in corso per smascherare temute "trappole" eventualmente nascoste tra le pieghe delle nuove norme, hanno messo nell'ombra la stranezza-diciamo così- che questa vicenda rivela ad un osservatore un po' più distaccato.". Di opinione contraria, DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma*, cit., secondo cui: "ci pare opportuno ancora una volta ribadire...un complessivo

Essa infatti, persegue un duplice obiettivo: in uno a quello di lanciare un messaggio chiaro al Paese, ridisegnando la strategia di contrasto alla corruzione in senso maggiormente repressivo, la legge risponde anche allo scopo di adeguare il nostro ordinamento agli obblighi assunti sul piano internazionale.

Tali obblighi invero, sono vincolanti sul piano interno, in virtù del richiamo contenuto nel primo comma dell'articolo 117 della Carta Costituzionale, che sancisce che la potestà legislativa è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli “*obblighi internazionali*”.

In particolare, la legge sulla riforma della corruzione si ispira alla *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione* del 31 ottobre 2003, cosiddetta “*Convenzione di Merida*”, ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116 e soprattutto alla *Convenzione penale sulla corruzione* del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (*Convenzione di Strasburgo*), ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110, nonché al rapporto redatto dal *GRECO*, “*Group of States against corruption*”, istituito in seno al Consiglio di Europa, che ha adottato la raccomandazione con la quale l'organo ha invitato gli Stati membri ad adottare un regime sanzionatorio di misure efficaci, proporzionate e dissuasive contro la corruzione⁹, che includano sanzioni privative contro la libertà.

L'Italia tuttavia, aveva già precedentemente dato attuazione, sebbene in parte, alla Convenzione penale sulla corruzione con la legge 300 del 2000.

Tra le Convenzioni internazionali che hanno in passato condizionato l'evoluzione della disciplina italiana sulla corruzione occorre inoltre segnalare la Convenzione dell'OCSE sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e la decisione quadro dell'Unione Europea 2003/568/GAI.

Sulla scorta dell'adesione alla Convenzione di Merida è stata istituita la “CIVIT”, ossia l'Autorità nazionale anticorruzione¹⁰.

apprezzamento per la riforma progettata, che affronta finalmente, seppur in modo parziale in ragione delle difficili contingenze politiche, un nodo essenziale per il futuro del paese: sulla base di un disegno di politica criminale magari non ambizioso, ma quanto meno chiaro e razionale. Di questi tempi, non è poco.”.

⁹ AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, cit. .

¹⁰ GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in www.neldiritto.it, nonché in www.giustizia-amministrativa.it.

Lo *ratio* sottesa alla nuova disciplina si identifica con la volontà di adottare strumenti volti a prevenire ed a reprimere con mezzi adeguati il fenomeno dilagante della corruzione e dell'illegalità nelle amministrazioni, in tutte le sue forme, comprese anche le condotte che si sostanziano nell'esercizio dell'influenza da parte del pubblico agente che faccia valere il proprio peso istituzionale.

Il comune denominatore che caratterizza la nuova disciplina infatti, in linea di continuità con le convenzioni internazionali richiamate, consiste in un generale inasprimento del trattamento sanzionatorio.

La riforma si muove essenzialmente attraverso tre linee direttive.

In primo luogo occorre segnalare l'aspetto, minimale, consistente nel generale innalzamento del trattamento sanzionatorio previsto per alcune fattispecie di reato, al fine di potenziare l'efficacia dissuasiva.

E' stato aumentato infatti, il minimo edittale del reato di peculato, di cui all'articolo 314 del codice penale, prima previsto in tre anni di reclusione, ora portato a quattro anni; allo stesso modo è stata aumentata la pena prevista per il reato di abuso di ufficio, di cui all'articolo 323 del codice penale, prima racchiusa da un minimo di sei mesi fino al massimo di tre anni, ora ricompresa tra uno e quattro anni di reclusione.

Ancora, è stato innalzato il minimo edittale previsto per le fattispecie di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (corruzione propria), di cui all'articolo 319 del codice penale, portato alla pena da quattro ad otto anni di reclusione, a fronte della "vecchia" pena della reclusione da due a cinque anni ed è stata aumentata inoltre la pena prevista per il reato di corruzione in atti giudiziari, di cui all'articolo 319-ter del codice penale, la cui sanzione per il fatto previsto dal primo comma, prima racchiusa tra tre ed otto anni di reclusione, è ora ricompresa tra quattro e dieci anni, mentre, con riguardo all'ipotesi aggravata, di cui al secondo comma, il minimo edittale è stato elevato a cinque anni di reclusione, a fronte dei quattro anni precedentemente previsti.

Occorre segnalare quanto al primo aspetto, inoltre, l'aumento del minimo edittale, da tre a quattro anni di reclusione, previsto per il reato di concussione, di cui all'articolo 317 del codice penale.

Quanto al trattamento sanzionatorio inteso in senso lato, occorre infine rilevare che la legge 190 del 2012 ha posto rimedio alla dimenticanza nella quale era incorso il legislatore precedentemente, con la legge 300 del 2000, che ha introdotto, tra le altre, la norma di cui all'articolo 322-ter del codice

penale, sulla confisca. Il legislatore del 2012 infatti, ha esteso la confisca per equivalente al “profitto”, oltre che al prezzo, anche sulla scorta delle sollecitazioni pervenute dalla giurisprudenza di legittimità¹¹.

Dall’incremento delle pene previste per le fattispecie di reato passate in rassegna consegue, quale principale corollario, il prolungamento del termine di prescrizione¹².

Una seconda linea direttrice si identifica con la “rimodulazione” di talune fattispecie.

Le disposizioni contenute nella legge 190 del 2012, in particolare, hanno modificato le fattispecie di concussione¹³, che è stata fatta oggetto di uno “spacchettamento”¹⁴, quanto alle due condotte precedentemente contemplate dall’articolo 317 del codice penale, che ora contiene il riferimento alla sola condotta della costrizione (e non anche a quella dell’induzione, oggetto di un’autonoma norma incriminatrice, l’articolo 319-quater del codice penale¹⁵) e la corruzione per il compimento di

¹¹ BEVILACQUA, *Il sistema sanzionatorio delineato dalla legge anticorruzione*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali*, in *Giur. it.*, 12, 2012; AMATO, *Nella confisca per equivalente spunta il profitto*, in *Legge anticorruzione/2: l’analisi delle norme penali*, *Guida al Diritto*, 48, 2012. Cassazione, Sezioni Unite, 25 ottobre 2007, n. 10280, Miragliotta; Cassazione, Sezioni Unite, 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa e altri.

¹² Critico sul punto BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., il quale evidenzia che “L’innalzamento dei limiti edittali risulta del tutto svincolato da qualsiasi opzione di teleologia funzionale, ma anche da più “banali” istanze di proporzione rispetto alla gravità del fatto: parossisticamente estranee a qualsiasi dosimetria virtuosa, le scelte sembrano rispondere al solo obiettivo di innalzare i termini prescrizionali alla luce di una indifendibile disciplina generale della prescrizione, disciplina su cui il legislatore onesto dovrà, il prima possibile, inevitabilmente tornare.” .

¹³ L’attuale **articolo 317 c.p. “concussione”**: “Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni”. Sulla **concussione**: VINCIGUERRA, *La riforma della concussione*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali*, in *Giur. it.*, 12, 2012; AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, cit.; AMATO, *Concussione ambientale? Serve sempre la “pretesa”*, in *Legge anticorruzione/2: l’analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit.; DOLCINI, VIGANO’, *Sulla riforma in cantiere*, cit.; VIGANO’, *La riforma dei delitti di corruzione*, cit.; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit.; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

¹⁴ PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. trim., n. 1/2012, p. 227 ss.

¹⁵ L’**articolo 319-quater c.p. “induzione indebita a dare o promettere utilità”**: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni.” (comma 1). “Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.” (comma 2). Sulla nuova fattispecie di reato: SPENA, *Per una critica dell’art. 319-quater c.p. . Una terza via tra concussione e corruzione?* cit.; AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, cit.; VINCIGUERRA, *La riforma della concussione*, cit.; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit.; DOLCINI, VIGANO’, *Sulla riforma in cantiere*, cit.; VIGANO’, *La riforma dei delitti di corruzione*, cit.; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit.; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit..

un atto di ufficio, di cui all'articolo 318 del codice penale, di cui sono stati mutati la rubrica (“*Corruzione per l'esercizio della funzione*”) ed il contenuto della norma¹⁶.

Infine, una terza linea di intervento è costituita dall'introduzione del reato di “*traffico di influenze illecite*”, ai sensi del nuovo articolo 346-bis del codice penale¹⁷.

Tale fattispecie è stata inserita allo scopo di adeguare l'ordinamento interno agli obblighi imposti dalle convenzioni internazionali¹⁸.

¹⁶ L'articolo 318 c.p. “corruzione per l'esercizio della funzione”: “Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni.”. Sulla corruzione: FORNASARI, *Il significato dei delitti di corruzione (e incidenze “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali, in *Giur. it.*, 12, 2012; PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012; AMATO, *Corruzione: si punisce il mercimonio della funzione*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit.; DOLCINI, VIGANO’, *Sulla riforma in cantiere*, cit.; VIGANO’, *La riforma dei delitti di corruzione*, cit.; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit.; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

¹⁷ L'articolo 346-bis c.p. “traffico di influenze illecite”: “Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni.” (comma 1). “La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale.” (comma 2). “La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.” (comma 3). “Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.” (comma 4). “Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita.”. Sulla nuova fattispecie del traffico di influenze illecite: AMATO, *Arriva la sanzione per il traffico di influenze illecite*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali, in *Giur. it.*, 12, 2012; BONINI, *Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali, in *Giur. it.*, 12, 2012; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit.; DOLCINI, VIGANO’, *Sulla riforma in cantiere*, cit.; VIGANO’, *La riforma dei delitti di corruzione*, cit.; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit.; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

¹⁸ L'articolo 18 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003 (c.d. “Convenzione di Merida”) impone agli Stati ratificanti l'obbligo di incriminare (cosiddetta condotta di *trading in influence*): lett. a) “il fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona” e alla lett. b) “il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte”. L'articolo 12 della Convenzione penale sulla corruzione del 1999 del Consiglio di Europa (Convenzione di Strasburgo) prevede invece che: “Ciascuna parte adotta i provvedimenti legislativi e di altro tipo che si rivelano necessari per configurare in quanto reato in conformità al proprio diritto interno quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, il fatto di proporre, offrire o dare, direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio a titolo di rimunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni delle persone indicate agli articoli 2, 4 a 6 e 9 ad 11, a prescindere che l'indebito vantaggio sia per se stesso o per altra persona, come pure il fatto di sollecitare, di ricevere, o di accettarne l'offerta o la promessa di

Il delitto di traffico di influenze illecite segue topograficamente la fattispecie di millantato credito, dalla quale si distingue tuttavia, per l'effettiva esistenza delle relazioni con il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio.

Nella trattazione che segue si passeranno in rassegna le principali modifiche apportate soprattutto al capo I, del titolo II, del libro II del codice penale, sui reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, con i relativi problemi applicativi che la riformulazione delle fattispecie analizzate genera, ponendo le nuove disposizioni in confronto con la disciplina previgente ed esaminando le relative applicazioni giurisprudenziali.

§ 1. Concussione (art. 317 c.p.)

Tra le principali novità apportate dalla legge 190/2012, occorre segnalare in apertura la modifica del reato di concussione.

Al fine di evidenziare le modifiche di maggior rilievo operate dal legislatore, giova richiamare la precedente formulazione della fattispecie di concussione, disciplinata dall'articolo 317 del codice penale.

La disposizione in questione statuiva che “*il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni*”.

Il nuovo reato di concussione, disciplinato dall'articolo 317 del codice penale contiene la seguente disposizione: “***il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni***”.

Dal confronto con la precedente formulazione dell'articolo 317 del codice penale emergono con evidenza tre rilevanti modifiche.

rimunerazione per tale influenza, a prescindere che quest'ultima sia o meno esercitata o che produca o meno il risultato auspicato”.

In primo luogo, di assoluta importanza risulta essere la novità, apportata dalla legge 190 del 2012, consistente nella scissione della concussione “per costrizione” e della concussione “per induzione”. La riforma, infatti, ha posto in essere lo “*spacchettamento*”¹⁹ tra le condotte originariamente previste nella disposizione contemplata dal codice.

La precedente formulazione poneva le due condotte in relazione di alternatività tra loro, sicché la loro esatta individuazione e perimetrazione non poneva grossi problemi interpretativi, integrando entrambe la medesima fattispecie di reato ed essendo le stesse soggette alla medesima pena della reclusione da quattro a dodici anni.

Come evidenziato infatti, il previgente articolo 317 del codice penale puniva alternativamente la condotta del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, “*costringe o induce*” taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità.

L’attuale articolo 317 del codice penale contempla invece, la sola ipotesi di concussione “per costrizione”, ad esclusione di quella “per induzione”, prevista dal nuovo articolo 319-quater del codice penale, introdotto dalla legge 190/2012, rubricato “induzione indebita a dare o promettere utilità”.

La riformulazione operata dal legislatore appare, stando ad una parte della dottrina, un ritorno al passato, piuttosto risalente, in quanto un’analoga differenziazione era contenuta nel codice Zanardelli del 1889, agli articoli 169²⁰ e 170²¹, che prevedeva in due disposizioni distinte le fattispecie di concussione “per costrizione” e di quella “per induzione”.

Tale dicotomia invero, era stata ripresa dal codice toscano del 1853, che conteneva la disciplina delle due distinte fattispecie agli articoli 181²² e 182²³.

¹⁹ PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit. .

²⁰ **Articolo 169** del codice penale Zanardelli del 1889: “*Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, costringe alcuno a dare o promettere indebitamente a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità, è punito con la interdizione perpetua dai pubblici uffici, con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore alle lire trecento*”.

²¹ **Articolo 170** del codice penale Zanardelli: “*Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, induce alcuno a dare o promettere indebitamente, a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, con la interdizione temporanea dai pubblici uffici e con la multa da lire cento a cinquemila*”.

²² **Articolo 181** del codice toscano del 1853: “*Quel pubblico ufficiale, che, abusando della sua autorità, costringe taluno a somministrare indebitamente a lui, o ad un terzo, denari od altra utilità; è punito, come colpevole di*

La ragione della previsione di due forme distinte di concussione è rappresentata dalla differente gravità, maggiore per la costrizione e minore per l’induzione, delle condotte contemplate dalle due norme²⁴, come si evince dalla Relazione al codice Zanardelli²⁵.

In essa invero si evidenziava che l’induzione evocava l’idea dell’inganno e dunque essa si verificava quando “*il pubblico ufficiale, invece di minacciare a viso aperto, adopera, abusando della sua qualità, artifizii od inganni per indurre taluno a somministrare, pagare o promettere indebitamente...*”²⁶.

Sulla definizione di “induzione” sembra convenire anche la Relazione del codice Rocco del 1930, nella quale si legge che “*la induzione deve per necessità consistere nel trarre taluno in inganno circa l’obbligo, ch’egli abbia, di dare o promettere, o nel condizionare la prestazione della propria attività a una indebita remunerazione*”²⁷.

La diversa gravità delle due condotte di costrizione e di induzione è stata contestata tuttavia, dagli autori dell’attuale codice penale; nella Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice infatti, si legge che “*nel fatto criminoso della concussione l’indurre ha una gravità non minore del costringere... In ogni caso, la volontà dell’offeso cede all’uso di mezzi, che intrinsecamente sono non meno efficaci e odiosi d’una costrizione morale*”²⁸.

concussione, con l’interdizione dal pubblico servizio, e con la casa di forza da tre a dodici anni, alla quale, ne’ casi più leggieri, può sostituirsi la carcere da uno a tre anni.”.

²³ **Articolo 182** del codice toscano del 1853: “*Se un pubblico ufficiale, abusando della sua qualità, ha indotto taluno a somministrare indebitamente a lui, o ad un terzo, denari od altra utilità, od ha profittato dell’errore altrui, per esigere ciò che non era dovuto, o più di ciò che era dovuto; soggiace alla carcere da due mesi a cinque anni, ed all’interdizione dal pubblico servizio.*”.

²⁴ VINCIGUERRA, *La riforma della concussione*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali*, in *Giur. it.*, 12, 2012.

²⁵ *Relazione ministeriale sui libri II e III del progetto di codice penale presentato alla Camera dei Deputati ds S.E. il Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli) nel 22 novembre 1887*, Torino, 55.

²⁶ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Roma, 1929, 129.

²⁷ *Relazione ministeriale sui libri II e III del progetto di codice penale presentato alla Camera dei Deputati ds S.E. il Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli) nel 22 novembre 1887*, cit. .

²⁸ *Ivi* .

L’opinione secondo cui lo scorporamento delle due fattispecie costituirebbe un ritorno al codice Zanardelli risulta essere tradita dalla previsione della punibilità per il privato che dà o promette indebitamente denaro o altra utilità, ai sensi del secondo comma dell’articolo 319-quater.

Tale disposizione invero, sarebbe in palese conflitto con l’idea di frode sottesa all’induzione contemplata dal codice Zanardelli, alla stregua del quale l’induzione postulava l’inganno del privato; in questa ottica infatti, il soggetto indotto sarebbe senz’altro vittima dell’inganno ed occorrerebbe concludere nel senso dell’impossibilità di assoggettarlo a punizione.

Una diversa lettura, più diffusa in dottrina ed in giurisprudenza prima della riforma del 2012, identificava invece l’induzione in una forma di costrizione attenuata, non brutale, non dichiarata, che si fonda sull’intralcio, sull’ostacolo cavilloso, sull’irretire il privato in un reticolo di ragionamenti non apertamente o dichiaratamente costrittivi, ma orientati a far sì che il privato si decidesse a dare o a promettere l’indebito²⁹.

Il Legislatore con la previsione della nuova disciplina sembra aver mostrato adesione a tale accezione, posto che una lettura dell’induzione quale inganno porrebbe la norma di cui all’articolo 319-quater in contrasto con i principi fondamentali in materia di personalità della responsabilità penale, espressi dagli articoli 47 e 48 del codice penale e, più in generale, dall’articolo 27, primo comma, della Costituzione³⁰.

Com’è noto, infatti, la Corte Costituzionale, nella sentenza 364 del 1988 (e nelle successive sentenze 1085/1988 e 322/2007) ha interpretato il primo comma dell’articolo 27 della Costituzione in combinato disposto con il terzo comma dello stesso articolo, come norma che fonda la responsabilità del reo per fatto proprio, colpevole.

Sicché, perché una qualsivoglia condotta di reato possa essere imputata all’agente non è ancora sufficiente che il fatto sia “proprio” del reo, in virtù della sussistenza soltanto del nesso di causalità materiale tra la condotta e l’evento, ma occorre altresì che tale condotta sia anche psicologicamente riferibile al reo e cioè, è necessario che sussista “almeno la colpa”, quale requisito subiettivo minimo di imputabilità, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie, posto che solo la condotta colpevole (anche qualora fosse meramente indicativa di un atteggiamento di indifferenza

²⁹ SPENA, *Per una critica dell’art. 319-quater c.p. . Una terza via tra concussione e corruzione?*, cit. .

³⁰ PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Archivio penale*, 2012, 789.

nei confronti dell’ordinamento e non fosse sorretta dalla piena coscienza e volontà, e cioè, “dolosa”) sarebbe riprovevole e, come tale, meritevole di sanzione. Tale colpa sarebbe esclusa dall’interpretazione dell’induzione quale condotta fraudolenta, volta ad ingannare e a far cadere in errore il soggetto indotto.

Delle elaborazioni giurisprudenziali sul tema del *discrimen* tra “costrizione” e “induzione” ci si occuperà più diffusamente nel prosieguo della trattazione.

L’aspetto comune delle due condotte è rappresentato dall’abuso della qualità e dei poteri, che identifica il nucleo portante³¹ delle fattispecie *lato sensu* concussive, che segna la linea di confine, per vero talvolta piuttosto labile, con la corruzione³² (alla quale la fattispecie di induzione è in parte contigua).

Quanto al discriminio tra le fattispecie di corruzione e concussione (per costrizione e per induzione), sono state prospettate diverse impostazioni.

Una prima impostazione ritiene che sia necessario indagare sull’origine del rapporto e dunque, sulla “paternità dell’iniziativa”³³; occorre stabilire cioè, se l’iniziativa venga presa dal funzionario pubblico o dal privato. Solo nel caso in cui l’iniziativa viene presa dal funzionario pubblico è ravvisabile la fattispecie di concussione. Tale impostazione è stata superata, in quanto non idonea a fornire un valido criterio per distinguere le fattispecie di reato in questione, considerato che nella realtà spesso l’iniziativa corruttiva proviene dal funzionario pubblico.

Una seconda tesi, più diffusa, ravvisa nel differente clima psicologico³⁴ il carattere discrezivo. La corruzione sarebbe dunque caratterizzata dalla sostanziale parità tra le parti (*par condicio*) dell’accordo corruttivo, cosiddetto *pactum sceleris*. Nella concussione invece, la volontà del privato non sarebbe libera, ma coartata dal funzionario pubblico.

³¹ Cassazione, 21 febbraio 2013, n. 8695, Nardi.

³² Cassazione, 9 maggio 2012, n. 21446, in cui la Corte precisa che “l’elemento distintivo del reato di concussione rispetto a quello di corruzione non è tanto l’eventuale vantaggio che deriva al privato dalla accettazione della illecita proposta del pubblico ufficiale, quanto l’esistenza di una situazione idonea a determinare uno stato di soggezione psicologica del privato nei confronti del pubblico ufficiale, esercitata mediante l’abuso della sua qualità o dei suoi poteri.”.

³³ Per una ricostruzione delle differenti impostazioni si veda Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*.

³⁴ GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

L'elemento che caratterizza la concussione si identifica, stando a tale impostazione, nel *metus publicae potestatis* e cioè nel timore e nello stato di soggezione che il pubblico funzionario genera nel privato con la sua volontà prevaricatrice, determinando una coazione assoluta.

Un terzo orientamento, emerso soprattutto in giurisprudenza, ha ritenuto di valorizzare la finalità perseguita dal privato con la dazione o la promessa del denaro o dell'utilità.

Sicché, se il privato dà o promette denaro o altra utilità al fine di conseguire un vantaggio indebito (*certat de lucro captando*) sarebbe integrata la fattispecie della corruzione; allorché invece, il privato si determini a promettere o a dare denaro o altra utilità al solo fine di evitare un danno ingiusto (*certat de damno vitando*) vi sarebbe concussione.

Le diverse impostazioni emerse al fine di discernere tra le fattispecie di corruzione e concussione sono state riproposte in funzione del diverso scopo, di individuare il *discrimen* sussistente tra le condotte di “costrizione” e di “induzione”.

Le difficoltà generate dalla distinzione tra concussione e corruzione hanno condotto parte della dottrina ad auspicare una fusione delle due fattispecie, prevista nel “progetto Cernobbio”³⁵, che stabiliva norme premiali a favore del soggetto che collaborasse, sulla scia delle statuzioni contenute nelle Convenzioni internazionali, in cui non viene contemplata la concussione, che costituisce una fattispecie tutta italiana e dunque, un “*unicum*” nel panorama europeo.

In materia di concussione infatti, le fonti internazionali pattizie sono completamente “mute”³⁶.

Le istituzioni internazionali, tra cui l'OCSE e il GRECO da tempo esprimono preoccupazioni in ordine al pericolo che, “attraverso un uso generico del delitto di concussione da parte della magistratura italiana (inquirente e giudicante), il privato che ha effettuato un'indebita dazione di

³⁵ PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, cit. . DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere*, cit., secondo cui: “...l'argomento cruciale speso dai sostenitori della prospettiva “abolitionistica” è soprattutto di ordine pratico: la constatata difficoltà di tracciare una sicura linea di demarcazione tra concussione e corruzione dovrebbe indurre il legislatore a rinunciare del tutto alla distinzione, alleggerendo così gli oneri probatori della pubblica accusa- che potrebbe accontentarsi della prova dell'illecita promessa o dazione- e riducendo correlativamente l'alea dei processi, sì da agevolarne un esito di condanna per il pubblico funzionario e, assieme, per il privato che si sia astenuto da scelte collaborative.”.

³⁶ DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere*, cit..

*denaro o altra utilità sfugga alla punizione, allegando di essere stato “indotto” al pagamento o alla promessa da condotte abusive del pubblico funzionario*³⁷.

Il fulcro della concussione e dell’induzione indebita a dare o a promettere utilità è rappresentato dalla clausola di illiceità speciale dell’abuso della qualità o dei poteri.

Vi è abuso di qualità quando l’agente per costringere o indurre il destinatario strumentalizza la propria qualifica soggettiva, utilizzata al fine di determinare una condizione di assoggettamento psicologico assoluto (nella costrizione) o di condizionamento (nell’induzione) correlata alla dazione o alla promessa indebita³⁸.

In altri termini, nell’abuso della qualità l’agente approfitta, abusando, della sua stessa condizione soggettiva, quale mezzo adoperato al fine di costringere o indurre³⁹.

In secondo luogo la nuova legge ha introdotto un trattamento sanzionatorio più severo, innalzando il limite edittale minimo.

La precedente disposizione infatti, prevedeva la pena della reclusione da quattro a dodici anni.

L’attuale articolo 317 del codice penale invece, prevede la pena, più consistente nel minimo edittale, della reclusione da sei a dodici anni.

L’inasprimento del trattamento sanzionatorio esprime la volontà del legislatore di perseguire in modo più efficace il reato di concussione, che costituisce il reato più grave contro la pubblica amministrazione, in considerazione del tipo di condotta perpetrata dall’agente e della pregnanza del bene giuridico tutelato dalla previsione della fattispecie incriminatrice, che si identifica con il buon andamento e l’imparzialità dell’azione amministrativa, di cui all’articolo 97 della Costituzione, nonché con la conservazione del prestigio e del decoro dell’amministrazione e dei funzionari pubblici.

L’aumento del *quantum* del minimo edittale invero, concerne la sola ipotesi di concussione per costrizione e non anche quella di concussione per induzione. Tale previsione legislativa risponde

³⁷ *Ivi.*

³⁸ AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”, cit.* .

³⁹ *Ivi.*

all'esigenza di assicurare “*un'equa graduazione delle risposte sanzionatorie in relazione a situazioni oggettivamente diverse*”⁴⁰.

In terzo luogo, occorre segnalare che nel nuovo articolo 317 del codice penale si rinviene il riferimento, quanto ai soggetti attivi del reato, al solo **pubblico ufficiale** e non anche all'incaricato di pubblico servizio.

L'esclusione di quest'ultimo dal novero dei soggetti attivi del reato di concussione si fonda sulla necessità di differenziare le posizioni dei due soggetti, considerata l'impossibilità da parte dell'incaricato di pubblico servizio di esercitare il *metus publicae potestatis*, che costituisce invece effetto dell'abuso di alte prerogative, tipico dell'esercizio delle proprie funzioni, da parte del pubblico ufficiale⁴¹.

Non poche le critiche avanzate dalla dottrina a tal proposito, soprattutto in considerazione del fatto che la condotta dell'incaricato del pubblico servizio che dovesse integrare la fattispecie di concussione dovrebbe d'ora in poi essere sussunta sotto la fattispecie di estorsione aggravata dalla qualità di incaricato di pubblico servizio del soggetto agente, di cui al combinato disposto degli articoli 629 e 61, n. 9 del codice penale, con la conseguenza irragionevole di essere assoggettata ad una pena sensibilmente maggiore rispetto al caso in cui tale condotta sia perpetrata dal pubblico ufficiale⁴².

Sotto tale profilo dunque, a parere di chi scrive, la norma si esporrebbe a censure di incostituzionalità per il contrasto con il combinato disposto degli articoli 3, 13, 25, comma secondo e 27, primo e terzo comma, della Costituzione.

La disparità di trattamento sanzionatorio infatti, sarebbe irragionevole e violerebbe in uno al principio di egualianza (articolo 3 Cost.), anche il principio di offensività in astratto (desumibile secondo alcuni dall'articolo 13 della Costituzione, secondo altri dall'articolo 25, comma secondo,

⁴⁰ DOLCINI-VIGANO, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit. .

⁴¹ Critico sul punto, PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit. secondo cui: “...è anche vero che, visto dalla parte della vittima, la concussione è prevaricazione, e la prevaricazione, può ben realizzarsi con minacce che, pur senza coinvolgere prerogative apicali del funzionario, sono tali nell'odierna realtà della pubblica amministrazione da ingenerare uno stato di integrale soggezione del privato. Le realtà amministrative sono molto differenziate, ma l'effetto del *metus* può essere il medesimo anche nel più piccolo cabotaggio.”.

⁴² Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*.

Cost., inteso come parametro rivolto al legislatore al fine di prevedere la punizione per il “fatto commesso”, che offenda o ponga in pericolo cioè, un bene giuridico tutelato dall’ordinamento), di legalità della pena (non essendo la stessa commisurata al fatto commesso), di personalità della responsabilità penale (articolo 27, primo comma, Cost., quale responsabilità per fatto proprio e colpevole, e cioè, per un fatto che integri una condotta che esprima un atteggiamento di riprovevolezza nei confronti dell’ordinamento) ed il principio, di cui al terzo comma, dell’articolo 27 della Costituzione, della funzione rieducativa della pena.

Il soggetto, pubblico ufficiale, che ponga in essere la condotta integrante la fattispecie di concussione sarebbe punito per lo stesso fatto in modo più lieve rispetto all’incaricato di pubblico servizio.

Dal combinato disposto di tali principi si evince che la differente punizione prevista per il soggetto agente, incaricato di pubblico servizio, che con il medesimo coefficiente di riferibilità psicologica della condotta ponga in essere lo stesso fatto materiale ed offenda il medesimo bene giuridico tutelato dall’ordinamento (seppure perpetrando una condotta riconducibile a previsioni normative differenti) sarebbe irragionevole, e priverebbe la pena della funzione di rieducare il reo, attraverso un trattamento sanzionatorio che sia adeguato e commisurato alla condotta posta in essere dall’agente, posto che, a parità di condotte, il pubblico ufficiale e l’incaricato di pubblico servizio sarebbero sanzionati in modo differente e, quindi, la pena per il pubblico ufficiale non esplicherebbe quella funzione, propria della pena, al contempo repressiva e preventiva, volta cioè, sia al passato, sia al futuro.

In chiusura, occorre definire il problema successorio tra vecchia e nuova fattispecie di concussione per costrizione, al fine di determinare la disciplina applicabile.

Ai fatti costrittivi commessi dal pubblico ufficiale anteriormente alla riforma si applica il trattamento sanzionatorio previsto dalla vecchia disciplina, più tenue, della reclusione da quattro a dodici anni, essendo vietata la retroazione della legge in senso sfavorevole al reo, ai sensi dell’articolo 25, comma secondo, della Costituzione e dell’articolo 2, comma primo del codice penale.

Per quanto riguarda i fatti di concussione per costrizione commessi dall’incaricato di pubblico servizio, parte della dottrina⁴³ ritiene che con la riforma si è operata una vera e propria *abolitio*

⁴³ VINCIGUERRA, *La riforma della concussione*, cit. .

criminis, dal che deriva quale corollario l'applicazione del secondo comma, dell'articolo 2, del codice penale, con la retroazione della disciplina favorevole anche nel caso in cui sia sopravvenuto il giudicato.

§ 2. Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater c.p.)

Un'altra novità, rilevante sotto diversi profili, è costituita dalla scissione delle due condotte di “costrizione” ed “induzione”, prima considerate alternative e disciplinate unicamente dalla disposizione dell'articolo 317 del codice penale.

Come precedentemente osservato infatti, la legge 190 del 2012 ha introdotto l'articolo **319-quater** del codice penale, che contempla la fattispecie di **induzione indebita a dare o promettere utilità**.

La norma in questione sancisce che *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni”* (primo comma) e che *“nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”*.

L'articolo 319-quater si apre con la clausola di salvaguardia (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”), il che è indice del carattere residuale⁴⁴ che riveste tale fattispecie rispetto alla concussione di cui all'articolo 317 del codice penale e rispetto alla contigua condotta di corruzione.

Dalla corruzione l'induzione indebita si distingue per l'abuso della qualità o dei poteri e dunque, per l'assenza del rapporto paritario tra pubblico funzionario e privato.

Nel reato di induzione indebita confluiscono invece, tutte le condotte poste in essere dal funzionario pubblico, abusando della qualità o dei poteri, che si connotano per l'assenza del carattere coercitivo.

La fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità costituisce un reato a forma libera, non vincolato a forme tassative, in considerazione dell'atipicità delle condotte induttive, non

⁴⁴ Cassazione, 22 gennaio 2013, n. 3251, Roscia.

tipizzate dal legislatore⁴⁵; in essa rientra “*ogni comportamento che sia comunque caratterizzato da un abuso dei poteri che valga ad esercitare una pressione psicologica sulla vittima*”⁴⁶.

Il reato di induzione indebita pone molteplici profili di problematicità.

La questione centrale, la cui soluzione influenza gli altri profili disciplinatori si identifica con la delimitazione dei contorni della condotta di “induzione” rispetto a quella di “costrizione”.

Tale operazione, che in passato non richiedeva un particolare impegno esplicativo, oggi risulta determinante per una pluralità di ragioni, che saranno affrontate.

Dei criteri discretivi tra “costrizione” e “induzione”, così come individuati dall’opera interpretativa della giurisprudenza ci si occuperà più diffusamente in seguito.

In questa sede giova dare atto dei due orientamenti emersi a tal proposito, in precedenza enunciati.

Secondo una prima opzione interpretativa il criterio che consente di operare la distinzione tra i due tipi di condotta è costituito dalla diversa intensità della coartazione psicologica⁴⁷, e cioè dalla differente portata del *metus* esercitato sul privato.

In particolare, stando all’opinione riferita, si avrebbe concussione nel caso in cui per effetto della condotta del pubblico agente il privato non sia nelle condizioni di autodeterminarsi liberamente; si avrebbe induzione indebita invece, nel caso in cui la condotta del funzionario sia idonea a suggestionare, condizionare, persuadere, convincere il privato o esercitare su di esso una pressione psicologica e costituisca perciò una “blanda costrizione”⁴⁸. Sicché nel secondo caso il privato conserverebbe una, seppur residua, libertà di autodeterminarsi⁴⁹.

⁴⁵ AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, in *Legge anticorruzione/2: l’analisi delle norme penali*, cit.

⁴⁶ Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), cit. .

⁴⁷ Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*.

⁴⁸ Cassazione, 22 gennaio 2013, n. 3251, Roscia. La Suprema Corte confuta l’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che perviene alla distinzione delle condotte di “costrizione” e “induzione” sulla base del criterio della diversa intensità quantitativa della coazione; in particolare, nella sentenza citata si legge che “*ci si può chiedere se sia ancora sostenibile, in forza di incerti dati traibili dai lavori preparatori o da giurisprudenze espresse per risolvere problematiche diverse da quella attuale, ritenere che l’induzione di cui all’articolo 319-quater debba essere considerata una blanda costrizione, quale deriverebbe da minacce implicite, ovvero meno gravi, quale potrebbe essere*

A fronte di tale ricostruzione ermeneutica, un altro orientamento ritiene che al fine di individuare il *discrimen* tra “induzione” e “costrizione” occorra prendere le mosse dal differente criterio che si sostanzia nell’indagine sulla natura, giusta o ingiusta del male minacciato.

Il tratto comune delle condotte di costrizione ed induzione perseguitate dalle due diverse disposizioni è costituito dall’abuso della qualità e dei poteri, la cui sussistenza segna il confine con la fattispecie di corruzione, nella quale i due soggetti paciscenti, pubblico e privato, si trovano in posizione di parità.

In secondo luogo si osserva che, in continuità con il testo previgente dell’articolo 317 del codice penale, i soggetti passivi del delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità sono il pubblico ufficiale e l’incaricato di pubblico servizio, contrariamente a quanto è invece previsto nella nuova formulazione del medesimo articolo sulla concussione.

In terzo luogo, è necessario assegnare il doveroso rilievo ad una delle innovazioni più significative della riforma, che è costituita dalla previsione della punibilità del privato indotto (per il quale è prevista la pena fino a tre anni di reclusione), sancita nel secondo comma dell’articolo 319-quater del codice penale.

La questione della punibilità del privato indotto tuttavia, non è nuova e fu discussa anche dai compilatori del codice Zanardelli. Nel progetto 17 maggio 1868 si legge che “*la Commissione considerava che... prevede una specie di concussione, la quale ha tutte le sembianze di una estorsione commessa dall’ufficiale pubblico con abuso della sua qualità, ma non prevede ugualmente l’altro caso... che l’ufficiale pubblico, con abuso della sua qualità, può commettere a danno di un cittadino, quando, per fare un atto del suo ministero o astenersi dal farne uno ingiusto, pretenda o riceva dalla parte interessata una mancia o un donativo qualunque. Ora, questa ipotesi, benché si avvicini alquanto alla corruzione, tuttavia è il risultato di tali elementi giuridici da essere più logicamente trasportata nel capo della concussione; anche perché il privato, che subisce... essendo piuttosto una vittima che un corruttore, dev’essere immune da ogni pena*

⁵⁰”.

il lucro cessante rispetto a quello emergente o il danno non patrimoniale rispetto a quello patrimoniale. Occorre cioè domandarsi se può ancora ritenersi legittima una operazione interpretativa, condotta alla stregua degli orientamenti dettati con riferimento al pregresso regime normativo, volta ad operare una distinzione tra le due norme in ragione di una supposta diversa intensità quantitativa della coazione per come ricavata dal tenore oggettivo delle condotte realizzate.”.

⁴⁹ Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.*

⁵⁰ CRIVELLARI, *Codice penale per il Regno d’Italia*, V, Torino, 1894, 764.

La medesima conclusione emerge anche nella Relazione Rocco, in cui si afferma l'equivalenza della previsione alternativa della costrizione e dell'induzione, poiché quando uno è *indotto* “*in ogni caso la volontà dell'offeso cede all'uso di mezzi, che intrinsecamente sono non meno efficaci e odiosi d'una costrizione morale*”⁵¹.

L'introduzione della previsione della punizione del privato risponde all'esigenza di conformare l'ordinamento interno alle disposizioni dettate dagli organismi internazionali, i quali richiedono la punizione anche del privato che si adegua e paga⁵².

Il rapporto *GRECO* in particolare, ha segnalato la necessità di evitare che la previsione della concussione, non conosciuta nelle restanti codificazioni europee, potesse consentire al corruttore di “*sfuggire a sanzioni, presentandosi come vittima di concussione*”⁵³.

La *ratio* sottesa a tale previsione si identifica con la volontà che l'ordinamento lanci un “*messaggio univoco sul piano general-preventivo che i pubblici funzionari non devono essere pagati dai privati per esercitare o per aver esercitato, in un senso o nell'altro, le proprie funzioni. La catena di più o meno interessati adeguamenti e connivenze dei privati rispetto a prassi devianti dei titolari deve essere spezzata con decisione, senza consentire al privato di invocare- in assenza di atti riconducibili al paradigma 'forte' della violenza o della minaccia- la propria difficile situazione economica, la necessità di 'tirare avanti' o simili, per giustificare indebite corresponsioni di denaro o utilità, dalle quali spesso il privato imprenditore finisce per trarre posizioni di indebito vantaggio rispetto ai concorrenti*”⁵⁴.

Critica sulla punizione del privato indotto, parte della dottrina, secondo cui “*la punibilità dell'indotto finisce per creare indirettamente un obbligo a carico del privato di sottrarsi- e isolarsi- alle spire avvolgenti di chi comunque ha il coltello dalla parte del manico... parrebbe quasi di avvertire una certa contraddizione... tra il meritorio intento di "dare un segnale" forte in questo momento di inquietante "antipolitica" e il risultato di coinvolgere, corresponsabilizzare il privato*

⁵¹ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, cit.*

⁵² DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere, cit.*

⁵³ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.*

⁵⁴ DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma in cantiere, cit.*

*scaricando alla fine su di lui- nella sua diversificata umanità- il compito di opporsi all'opera “induttrice” del funzionario pubblico*⁵⁵.

L'assoggettamento a pena del privato potrebbe comportare nella realtà applicativa un indebolimento della tutela, in considerazione della “*riduzione delle chances probatorie*”, a causa dell'interesse delle parti a mantenere il silenzio più assoluto⁵⁶.

Con la previsione della punizione del privato indotto il Legislatore secondo un'impostazione dottrinale ha attribuito alla fattispecie di cui all'articolo 319-quater del codice penale la natura di reato necessariamente pluri-soggettivo, a concorso necessario, e non più di reato mono-soggettivo del solo pubblico funzionario, come prevedeva il “vecchio” articolo 317 del codice penale.

La giurisprudenza di legittimità di recente ha tuttavia affermato sul punto che la riforma non ha modificato la “struttura normativa” del reato di induzione indebita, che anche prima della modifica legislativa costituiva una fattispecie “naturalisticamente pluri-soggettiva”, per la quale la legge prevedeva la sola punizione del soggetto pubblico⁵⁷.

Ne consegue che l'induzione indebita non ha subito alcuna modificazione strutturale, “*poiché era ed è una fattispecie a “tipizzazione plurisoggettiva” perché richiedeva e richiede per la sua consumazione il concorso, rectius, la collaborazione di altro soggetto*”⁵⁸.

Da ciò la Cassazione fa discendere la conseguenza secondo cui tra la vecchia disposizione che contemplava il reato di concussione per induzione e la nuova fattispecie di induzione indebita sussiste continuità normativa⁵⁹.

⁵⁵ PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit. . Secondo l'A. “...la punibilità del privato rappresenta una virata dai risvolti problematici sul piano dei valori in gioco. E' vero che quello dell' “induzione” è un terreno paludososo, in cui il privato, specie quando persegue un proprio legittimo vantaggio... mostra un'inclinazione spontaneamente accondiscendente al pubblico funzionario. Ma è anche vero che le situazioni in concreto possono essere molto diverse fra loro e che anche senza subire esplicite minacce la necessità di non uscire dal giro, di non aggravare una situazione debitoria pericolosa, e così via, può rendere il privato facile preda di un pubblico funzionario tanto più quanto più quest'ultimo sia scaltro ed avvezzo ad esercitare la prassi del detto e non detto. Ebbene, la punibilità dell'indotto finisce per creare indirettamente un obbligo a carico del privato di sottrarsi- e isolarsi- alle spire avvolgenti di chi comunque ha il coltello dalla parte del manico... In conclusione, parrebbe quasi di avvertire una certa contraddizione... tra il meritorio intento di “dare un segnale” forte in questo momento di inquietante “antipolitica” e il risultato di coinvolgere, corresponsabilizzare il privato scaricando alla fine su di lui- nella sua diversificata umanità- il compito di opporsi all'opera “induttrice” del funzionario pubblico”.

⁵⁶ *Ivi.*

⁵⁷ Cassazione, 21 febbraio 2013, n. 8695, Nardi.

⁵⁸ *Ivi.*

Allo stesso esito perviene la dottrina prevalente⁶⁰. Occorre dunque, definire il problema successorio tra vecchia fattispecie di concussione per induzione ed il nuovo delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, applicando la disciplina contenuta nel comma quarto (e non nel comma secondo, che disciplina i casi di *abolitio criminis*), dell'articolo 2, del codice penale, con l'applicazione retroattiva ai fatti commessi anteriormente alla riforma del trattamento sanzionatorio di cui al nuovo articolo 319-quater del codice penale, in quanto più favorevole, salvo che sia stata pronunciata sentenza passata in giudicato.

Va evidenziata l'attenuazione del regime sanzionatorio rispetto alla vecchia disciplina della concussione per costrizione o per induzione, che assoggettava il reo alla pena da quattro a dodici anni di reclusione.

La nuova fattispecie di induzione indebita prevede invece, la più tenue pena della reclusione da **tre** ad **otto** anni per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio e della pena **fino ad anni tre** di reclusione per chi dà o promette denaro o altra utilità.

Quanto alla **concussione ambientale**, essa si identifica con una figura di costrizione “sfumata nella forma”, determinata da comportamenti “surrettizi” del soggetto pubblico, che si concretizzano in una suggestione tacita, ammissioni o silenzi, tali da formare nella vittima la convinzione di adeguarsi a una “prassi ineluttabile”, diffusa in un determinato contesto, tale da indurla alla dazione o alla promessa illecita⁶¹.

Tale fattispecie viene ricompresa nella nozione di “costrizione” o di “induzione” a seconda che si propenda per la tesi che al fine di individuare il criterio discrezivo tra le due fattispecie fa leva sull'intensità della coazione o per l'opposta tesi che si fonda sull'ingiustizia o meno del male minacciato.

⁵⁹ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.*, in cui si legge che “la diversa caratterizzazione della nuova ipotesi di reato rispetto alla fattispecie, precedentemente contenuta nell'art. 317 c.p., di concussione “per induzione”, renda tutt’altro che scontato il riconoscimento del menzionato rapporto di continuità normativa tra le due previsioni incriminatrici, anche al di là delle eventuali intenzioni del legislatore. Per contro la conservazione della condotta di induzione nelle fattispecie di nuovo conio legittima anche conclusioni di segno diametralmente opposto, potendosi sostenerne che la relativa nozione accolta in precedenza nell'art. 317 c.p. già presentava una accezione sufficientemente lata da comprendere il significato che il legislatore sembra avergli attribuito nella fattispecie di nuovo conio, nella quale è stato replicato anche il requisito per cui comunque la condotta del pubblico agente deve connotarsi per l'abuso di poteri o di qualità.”.

⁶⁰ PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, *cit.* ; , VIGANO', *Sulla riforma in cantiere*, *cit.* ; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, *cit.* .

⁶¹ AMATO, *Concussione ambientale? Serve sempre la “pretesa”*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al diritto*, 48, 2012.

Aderendo alla prima impostazione, la concussione ambientale integrerebbe senz’altro una forma più lieve, più tenue e “larvata” di costrizione e dunque, sarebbe riconducibile all’induzione.

Se si accorda preferenza alla seconda opinione invece, la concussione ambientale potrebbe essere ricondotta nell’ambito della concussione di cui al nuovo articolo 317 del codice penale, qualora si dimostri che il soggetto privato sia stato costretto a dare o promettere il denaro o l’altra utilità per evitare di subire un male ingiusto.

§ 3. I criteri discretivi tra costrizione e induzione: il recente dibattito giurisprudenziale

La modifica operata dal legislatore in tema di concussione ha prodotto lo “spacchettamento” tra le fattispecie di concussione per costrizione e quella di induzione indebita a dare o promettere utilità.

Come annunciato, nei recenti arresti della Corte di Cassazione sono state prospettate due differenti impostazioni.

La prima tesi⁶² opera la distinzione tra le due fattispecie in base all’indagine sull’intensità della coartazione esercitata dal pubblico funzionario.

La seconda impostazione⁶³ invece, reinterpreta le nozioni di “induzione” e di “costrizione”, ritenendo che si versi in quest’ultimo caso nell’ipotesi in cui il privato sia vittima della minaccia di un male ingiusto da parte del funzionario pubblico.

La prima impostazione fa leva sul criterio della diversa intensità quantitativa della coazione, la quale si ricava dal diverso mezzo usato per la realizzazione dell’evento.

⁶² Cassazione, 21 febbraio 2013, n. 8695, Nardi (Rel. Carcano), con nota di VIGANO’, *La Cassazione torna sulla distinzione tra concussione e induzione indebita*, in www.penalecontemporaneo.it; Cassazione, 8 aprile 2013, n. 16154, Pierri; Cassazione, 21 aprile 2013, n. 17285, Vaccaro.

⁶³ Cassazione, 22 gennaio 2013, n. 3251, Roscia (Rel. Paternò), commentata da CISTERNA, *Il pubblico ufficiale è responsabile di concussione se la vittima è “costretta” e non “indotta” a pagare. Nella nuova figura prevista dal legislatore disposta anche la punizione del privato*, in *Guida al diritto*, 7, 2013; Cassazione, 15 febbraio 2013, n. 7495, Gori- Camilloni (Rel. Serpico), con nota di VIGANO’, *Concussione e induzione indebita: il discriminio sta nell’ingiustizia del male prospettato al privato*, in www.penalecontemporaneo.it ; LEO, *Le prime decisioni della Cassazione sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: il reato di “induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319-quater c.p.)*, in www.penalecontemporaneo.it; Cassazione, 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi (Rel. Aprile), con nota di GATTA, *Ancora sui rapporti tra concussione e induzione indebita a dare i promettere utilità*, in www.penalecontemporaneo.it, AMATO, *La differenza tra concussione e induzione indebita è nel vantaggio avuto dal destinatario della pretesa. Il privato anche se non in condizione paritaria resta libero di accedere alla domanda illecita*, in *Guida al diritto*, 19, 2013.

In particolare, secondo tale tesi, vi è concussione nel caso in cui il privato versi in stato di soggezione per effetto della condotta del pubblico funzionario e per tale motivo perda la propria libertà di scelta e la capacità di autodeterminarsi liberamente; sicché, egli si determina a dare o promettere denaro o altra utilità in quanto costretto.

Nella concussione dunque, l'iniziativa del privato è più netta ed è finalizzata alla “*coartazione psichica dell'altrui volontà, che pone l'interlocutore di fronte ad un aut-aut ed ha l'effetto di obbligare questi a dare o promettere, sottomettendosi alla volontà dell'agente (voluit quia coactus)*”⁶⁴.

L'induzione invece costituisce una blanda costrizione, che deriva da minacce implicite, ovvero meno gravi e rappresenta l'effetto di una “*più tenue azione di pressione psichica sull'altrui volontà, che spesso si concretizza in forme di persuasione o di suggestione ed ha come effetto quello di condizionare ovvero di “spingere” taluno a dare o promettere, ugualmente soddisfacendo i desiderata dell'agente (coactus tamen voluit)*”⁶⁵.

Al primo orientamento ha aderito la Cassazione nella pronuncia del 21 febbraio 2013, n. 8695, la quale sostiene che “*l'unica differenza è nel mezzo usato per la realizzazione dell'evento, nel senso che la dazione o la promessa dell'indebito è nella «concussione» effetto del timore mediante l'esercizio della minaccia e, nella «induzione», invece, effetto delle forme più varie di attività persuasiva e di suggestione tacita e di atti ingannevoli*”⁶⁶.

Tale impostazione è stata sottoposta a critiche, in quanto, secondo altra parte della giurisprudenza l'utilizzo del criterio distintivo tra costrizione e induzione che si fonda sul maggiore o minore grado di coartazione morale esporrebbe la norma a censura di illegittimità costituzionale per contrarietà con il principio di legalità, ed in specie di tassatività e determinatezza.

In particolare, un'altra parte della recente giurisprudenza di legittimità sostiene che il criterio del quale si discorre “*ha creato in passato non poche difficoltà interpretative, talvolta tradottesi in una tendenza a dilatare la portata applicativa della previgente disposizione codicistica, che hanno*

⁶⁴ In Cass. 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi, nella quale la Corte, sottopone a critica il criterio distintivo che si fonda sul maggiore o minore grado di coartazione morale, mostrando adesione all'impostazione contraria.

⁶⁵ *Ivi.*

⁶⁶ In Cass. 21 febbraio 2013, n. 8695, Nardi.

portato la dottrina a dubitare della legittimità costituzionale di una norma apparentemente carente dei requisiti di tassatività nella descrizione della condotta”⁶⁷.

Proprio per superare le censure di illegittimità costituzionale che l'adesione a questa prima impostazione comporta, è stato prospettato un secondo orientamento, che si fonda sulla “qualità” di tale pressione: minaccia o no di un male ingiusto⁶⁸.

Il secondo filone interpretativo, al quale ha aderito altra parte dei giudici della Cassazione, nelle pronunce del 22 gennaio 2013, n. 3251 (Roscia), del 15 febbraio 2013, n. 7495 (Gori- Camilloni) e del 12 marzo 2013, n. 11794 (Melfi), ha fissato la linea di demarcazione sulla base dell'interpretazione dei termini “costringe” e “induce” contenuti nelle due disposizioni.

La Suprema Corte invero, è pervenuta all'elaborazione di una seconda tesi, che si fonda sull'indagine sul carattere ingiusto o meno del danno sulla base di un duplice argomento: letterale e sistematico.

Quanto al primo, la Cassazione ha evidenziato come “*il verbo costringere è verbo descrittivo di un'azione e del suo effetto, mentre indurre connota soltanto l'effetto e non connota minimamente il modo in cui questo effetto venga raggiunto*”⁶⁹.

All'argomento di carattere letterale, si affianca quello sistematico; la Corte cita infatti altri articoli del codice penale nei quali si fa riferimento all'induzione ed alla costrizione, ed in particolare, gli articoli 377-bis, 507, 558 e 612 del codice.

La Cassazione sostiene che il differente significato dei termini “costringere” e “indurre” può evincersi dal richiamo ad altre fattispecie di reato disciplinate dal codice penale.

In specie, quanto all'induzione il giudice di legittimità rileva che “*nell'art. 377-bis l'induzione si ottiene “con violenza o minaccia o con offerta o promessa di denaro o altra utilità”, nell'art. 507 l'induzione si realizza mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni, nell'art. 558 l'induzione al matrimonio avviene attraverso l'inganno e via dicendo.*

⁶⁷ In Cass. 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi.

⁶⁸ AMATO, *La differenza tra concussione e induzione indebita è nel vantaggio avuto dal destinatario della pretesa. Il privato anche se non in condizione paritaria resta libero di accedere alla domanda illecita, cit.*

⁶⁹ Cassazione, 22 gennaio 2013, n. 3251, Roscia.

*Violenza o minaccia o propaganda o inganno sono modi alternativi e a volte incompatibili fra loro, ma tutti percorribili per ottenere il medesimo risultato*⁷⁰.

A questi due argomenti si affianca la necessità di operare un'interpretazione costituzionalmente orientata, e cioè, occorre interpretare le norme preferendo l'opzione ermeneutica che le ponga al riparo da censure di illegittimità costituzionale, in specie sotto il profilo della violazione del principio di legalità.

Per quello che concerne la costrizione invece, la Corte sostiene che il termine ha carattere descrittivo e deve ritenersi che si riferisca alla minaccia, che “*nel linguaggio giuridico è la prospettazione di un danno ingiusto, come sancisce l'articolo 612 del codice penale*”. Il verbo costringere infatti, “*corrisponde al fatto di chi impiega violenza o minaccia fisica o morale o, in altri termini, usa violenza o minaccia per piegare qualcuno a un'azione non gradita*”, ma, poiché “*l'uso della violenza fisica eccede in maniera vistosa i poteri dell'agente... non si adatta al fenomeno dell'abuso di qualità o poteri*”, corrispondendo invece alla condotta punita dal diverso reato di estorsione aggravata dalla qualità dell'agente⁷¹.

Ove si volesse operare la distinzione tra le condotte di costrizione e induzione sulla base di una supposta diversa intensità quantitativa della coazione, si dovrebbe ritenere che “*l'interprete sia abilitato a costruire una gerarchia tra le minacce al di là del loro valore legale di minaccia come annuncio di danno iniura datum, sicché in definitiva simile lettura sarebbe di per sé lesiva del principio di legalità conferendo all'interprete un potere paranormativo diretto a tipizzare un precezzo indeterminato*

⁷².

E' necessario dunque, integrare il tradizionale criterio di distinzione, valorizzando un elemento obiettivo, che conferisca ai due concetti un maggiore tasso di determinatezza, poiché il criterio che fa leva sull'esistenza o meno di un margine di libera scelta in capo al privato, risulta “*spiccatamente soggettivo*”⁷³ e piuttosto evanescente.

⁷⁰ Ivi.

⁷¹ Ivi

⁷² Ivi.

⁷³ Cassazione, 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi.

Sicché la Cassazione in diverse pronunce mostra adesione alla diversa tesi che identifica il criterio discrezionale tra le due fattispecie nel tipo di vantaggio che il destinatario della pretesa indebita consegue per effetto della dazione o della promessa di denaro o di altra utilità.

Il privato è vittima di costrizione se il pubblico agente, “*pur senza l’impiego di brutali forme di minaccia psichica diretta, lo ha posto di fronte all’alternativa ‘secca’ di accettare la pretesa indebita oppure di subire il prospettato pregiudizio oggettivamente ingiusto*”⁷⁴; egli dunque si determina a dare o promettere per evitare il pregiudizio minacciato.

Tale ricostruzione ermeneutica interpreta il termine “costringe” ricomprendendovi la sola violenza morale, relativa (e non quella assoluta, che integrerebbe altra fattispecie di reato), che si risolva in una minaccia, esplicita o implicita, la quale per definizione “*si manifesta attraverso la prospettazione di un danno ingiusto*”⁷⁵.

Al contrario, il privato è indotto e dunque, è punibile quale coautore nel reato “*se il pubblico agente, abusando della sua qualità o del suo potere, formula una richiesta di dazione o di promessa ponendola come condizione per il compimento o per il mancato compimento di un atto, di un’azione o di una omissione, da cui il destinatario della pretesa trae direttamente un vantaggio indebito: egli dunque non è vittima ma compartecipe... perché egli è stato “allettato” a soddisfare quella pretesa dalla possibilità di conseguire un indebito beneficio, il cui perseguitamento finisce per diventare la ragione principale della sua decisione*”⁷⁶.

Integra il reato di induzione indebita, di cui all’articolo 319-quater, la condotta del pubblico ufficiale che “*prospetti conseguenze sfavorevoli dall’applicazione della legge per ricevere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità. Si tratta, cioè e pur sempre, della prospettazione di un male, ma nella specie, questo non è ingiusto*”⁷⁷.

Ciò spiega dunque il motivo per il quale il privato viene ritenuto meritevole di pena.

La seconda impostazione prospettata dalla Cassazione sembra rispolverare il criterio interpretativo utilizzato da una parte della giurisprudenza al fine di distinguere tra concussione e corruzione,

⁷⁴ *Ivi.*

⁷⁵ Cassazione, 15 febbraio 2013, n. 7495, Gori.

⁷⁶ Cassazione, 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi.

⁷⁷ Cassazione, 15 febbraio 2013, n. 7495, Gori.

consistente nell'indagine espletata sull'intenzione perseguita dal privato che si determina a dare o promettere al funzionario pubblico denaro o altra utilità. Secondo tale tesi nella concussione il privato *certat de damno vitando* e cioè, effettua la promessa o la dazione al solo fine di evitare un danno ingiusto; nella corruzione, viceversa, il privato *certat de lucro captando*, cioè si determina alla dazione al fine di conseguire un vantaggio anche non patrimoniale, che si sostanzi nell'incremento del proprio patrimonio, inteso in senso lato, o nella minor spesa.

Ebbene, tale criterio viene riproposto da una parte della giurisprudenza di legittimità al diverso fine di differenziare la condotta di costrizione, nella quale il privato *certat de damno vitando*, da quella di induzione, in cui l'indotto *certat de lucro captando*, e cioè persegue un vantaggio in una logica “*quasi negoziale*”⁷⁸.

Dalla preferenza accordata a tale seconda teoria deriva quale conseguenza che la concussione ambientale, ricondotta dai fautori della prima impostazione senz'altro ad una forma di blanda costrizione, e dunque, all'induzione, può essere ricondotta invece, nell'ambito della condotta di costrizione e dunque nell'ambito della concussione di cui al nuovo articolo 317 del codice penale, poiché “*la minaccia ben può essere anche implicita e posta in essere in modo indiretto, purché venga prospettato un danno ingiusto e il contegno sia in grado di coartare la volontà del soggetto passivo*”⁷⁹.

La questione della distinzione tra costrizione e induzione è stata di recente rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza della Sezione Sesta del 9 maggio 2013, n. 20430.

§ 4. Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.)

Un'altra novità non marginale apportata dalla legge anticorruzione si identifica con la riformulazione dell'articolo 318 sulla corruzione impropria⁸⁰.

⁷⁸ Cassazione, 12 marzo 2013, n. 11794 (Melfi).

⁷⁹ *Ivi.*

⁸⁰ BALBI, *Alcune osservazioni*, *cit.*, PALAZZO, *Concussione*, *cit.*, DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma*; FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze "minori" su altri delitti contro la P.A.)*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 12, 2012; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, *cit.*; AMATO, *Corruzione: si punisce il mercimonio della funzione*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012, PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012.

La legge 190 ha modificato la rubrica e il contenuto della norma.

Al fine di evidenziare le differenze con la vecchia disciplina, giova richiamare la formulazione del testo previgente dell'articolo 318 del codice penale.

La norma prima della riforma, rubricato “**Corruzione per un atto d’ufficio**” disponeva che “*Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del proprio ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni*” (primo comma) “*se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto di ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno*” (secondo comma).

Il primo comma contemplava la corruzione impropria antecedente, mentre il secondo comma conteneva la disciplina della corruzione impropria susseguente.

Il quadro normativo previgente aveva due evidenti limiti: da un lato, si riscontrava “*un’indiscutibile ipertrofia incriminatrice*”⁸¹, quanto alla “*difficilmente difendibile rilevanza penale attribuita alla corruzione impropria passiva susseguente*”⁸²; dall’altro, vi erano vuoti di tutela nelle ipotesi di corruzione *in incertis actis*, connotate dall’assenza di un atto.

La legge 190 del 2012 ha posto rimedio al secondo limite, introducendo talune rilevanti novità.

Prima di procedere all’indagine sul contenuto del nuovo articolo 318 del codice penale è opportuno premettere l’analisi su taluni obblighi internazionali, che hanno ispirato la riforma.

Il legislatore invero, ha riformulato il reato di corruzione impropria proprio allo scopo di recepire gli obblighi posti dalla *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione*, cosiddetta “Convenzione di Merida” del 2003 e dalla *Convenzione penale sulla corruzione* del Consiglio di Europa, detta “Convenzione di Strasburgo” del 1999, ratificate rispettivamente con legge 116 del 2009 e 110 del 2012.

L’**articolo 15** della Convenzione di Merida impone l’incriminazione del fatto di “*promettere, offrire o concedere a un pubblico ufficiale, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio,*

⁸¹ BALBI, *Alcune osservazioni, cit.* .

⁸² *Ivi.*

per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali” (**lett. a**), nonché il fatto del pubblico ufficiale che consiste nel “*sollecitare o accettare, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio, per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali*” (**lett. b**).

La Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999 invece, prevede all'**articolo 2** l'obbligo di incriminare la condotta di “*corruzione attiva di pubblici ufficiali nazionali*” definita come “*il fatto di promettere, offrire o di procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito a un pubblico ufficiale, per sé o per terzi, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni*”; il successivo **articolo 3** prevede l'obbligo di incriminazione della “*corruzione passiva di pubblici ufficiali nazionali*”, definita come “*il fatto di sollecitare o ricevere, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, o di accettarne l'offerta o la promessa, allo scopo di compiere o di astenersi dal compiere un atto nell'esercizio delle proprie funzioni*”.

Completata l'indagine sulle disposizioni contenute nelle Convenzioni internazionali, occorre analizzare le modifiche apportate al codice penale.

Il nuovo articolo **318** del codice, la cui rubrica reca l'intestazione “**Corruzione per l'esercizio della funzione**” dispone che “*Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni.*”.

Dal confronto tra la disposizione interna previgente e quella introdotta con la riforma è agevole osservare in primo luogo che il legislatore della riforma ha colpito il fenomeno della cosiddetta “*iscrizione a libro paga*”⁸³, sganciando il reato dall'esistenza di un atto.

Un primo profilo di novità dunque, si identifica con la scomparsa del riferimento ad un atto, il quale soprattutto in giurisprudenza, stante l'esigenza di interpretare la norma coerentemente con il principio di tassatività, era inteso in senso formale e implicava l'identificazione di uno specifico provvedimento oggetto di compravendita, rendendo piuttosto gravoso l'onere probatorio in capo all'accusa.

⁸³ PALAZZO, *Concussione, cit.* .

La nuova fattispecie si incentra sulla ricezione indebita di denaro o altra utilità da parte del funzionario pubblico (sia pubblico ufficiale, sia incaricato di pubblico servizio, cui è estesa la punibilità ai sensi dell'articolo 320 del codice penale) “per l'esercizio della funzione o dei suoi poteri”.

Il legislatore ha determinato dunque, la fusione delle due precedenti fattispecie della corruzione impropria antecedente e susseguente.

L'esercizio della funzione può prospettarsi dunque, al contempo quale “*scopo del pagamento o della promessa (corruzione antecedente), ma anche come presupposto di essi, per essere la funzione già stata esercitata (corruzione susseguente)*. Il «per» del nuovo articolo 318 del cp deve certamente essere letto indifferentemente in chiave finale o in chiave causale”⁸⁴.

Secondo un primo orientamento l'articolo 318 del codice penale avrebbe semplicemente operato una riformulazione “sintetica” del vecchio articolo sulla corruzione impropria.

Atra parte della dottrina invece, sostiene che la formulazione generica del nuovo articolo 318 del codice penale sia ampia e idonea a ricoprendere nel proprio ambito sia l'attività conforme ai doveri d'ufficio e alle finalità istituzionali, sia quella che si svolga in violazione di tali doveri o frustrando lo scopo per cui il potere è attribuito⁸⁵.

Nella nuova fattispecie viene ricompresa dunque, la generica messa “a libro paga” del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, in cambio della sua disponibilità all'asservimento ai *desiderata* del soggetto privato⁸⁶, che possa porre in concreto una distorsione dell'esercizio del potere⁸⁷.

Si punisce il mercimonio della funzione, caratterizzato dalla ricezione del denaro o di altra utilità o dall'accettazione della promessa per l'esercizio della funzione o dei poteri pubblici, con il vantaggio di alleggerire l'onere probatorio in capo al pubblico ministero, non più costretto ad individuare uno specifico atto.

In secondo luogo, è scomparso con la riforma il riferimento alla “retribuzione”.

⁸⁴ PADOVANI, *La messa a “libro paga”*, cit. .

⁸⁵ *Ivi.*

⁸⁶ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, cit. .

⁸⁷ DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma*, cit. .

Il termine, adoperato nella formulazione originaria della corruzione propria, comportava il rischio di un'interpretazione della norma che identificasse il disvalore insito nella condotta di corruzione impropria non nell'offesa alla pubblica amministrazione, bensì alla sua gratuità.

Occorreva dunque dimostrare oltre all'esistenza di un atto dell'ufficio, anche l'esistenza di un sinallagma tra corrotto e corruttore, che avesse come fine lo svolgimento dell'atto stesso.

Si poneva conseguentemente il problema di verificare la proporzione tra la dazione o la promessa e l'atto da adottare o adottato, con l'esclusione dell'attitudine corruttiva dei cosiddetti “*munuscula*”.

Con la soppressione del riferimento alla retribuzione e dunque, al carattere sinallagmatico dell'accordo corruttivo, deriva quale conseguenza che anche la dazione o la promessa dei “*munuscula*” e di regalie d'uso che sia connessa all'esercizio della funzione potrà essere perseguita.

Infine, si evidenzia l'ulteriore profilo consistente nell'innalzamento del trattamento sanzionatorio, sia nel minimo, sia nel massimo edittale; la pena prevista dal nuovo articolo 318 del codice penale si identifica con la reclusione da **uno** a **cinque** anni, al cospetto della pena precedentemente prevista, della reclusione da sei mesi a tre anni (e fino ad un anno per la corruzione impropria susseguente).

§ 5. Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)

L'ultimo tra gli aspetti di maggior rilievo che si è ritenuto di analizzare è rappresentato dall'introduzione con la legge 190 del 2012, della nuova fattispecie di “*traffico di influenze illecite*”, disciplinata dall'articolo **346-bis** del codice penale⁸⁸, nell'ambito del capo II, del titolo II, del codice penale, relativo ai delitti dei privati contro la pubblica amministrazione.

Il reato in questione è stato introdotto per soddisfare una duplice esigenza; in uno alla necessità di far fronte alla metamorfosi qualitativa del fenomeno corruttivo, il quale spesso si esplica attraverso l'intermediazione di un soggetto terzo all'accordo corruttivo, il legislatore ha inteso adeguarsi agli obblighi internazionali, ed in specie, alla *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione* di Merida del 2003 e alla *Convenzione penale sulla corruzione* di Strasburgo del 1999.

⁸⁸ AMATO, *Arriva la sanzione per il traffico di influenze illecite*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012; BONINI, *Traffico di influenze illecite*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 12, 2012; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., PALAZZO, *Concussione*, cit., DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma*; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

La Convenzione di Merida, ratificata con legge 116 del 2009 all'**articolo 18** impone agli Stati ratificanti l'obbligo di incriminare (cosiddetta condotta di *trading in influence*): **lett. a)** “*il fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona*” e alla **lett. b)** “*il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte*”.

L'**articolo 12** della *Convenzione penale sulla corruzione* del 1999 del Consiglio di Europa (*Convenzione di Strasburgo*), ratificata con legge 110 del 2012 prevede invece che: “*Ciascuna parte adotta i provvedimenti legislativi e di altro tipo che si rivelano necessari per configurare in quanto reato in conformità al proprio diritto interno quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, il fatto di proporre, offrire o dare, direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio a titolo di rimunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni delle persone indicate agli articoli 2, 4 a 6 e 9 ad 11, a prescindere che l'indebito vantaggio sia per se stesso o per altra persona, come pure il fatto di sollecitare, di ricevere, o di accettarne l'offerta o la promessa di rimunerazione per tale influenza, a prescindere che quest'ultima sia o meno esercitata o che produca o meno il risultato auspicato*”.

Le due norme configurano l'obbligo di incriminare condotte prodromiche rispetto ad accordi corruttivi e sono preordinate proprio al fine di scongiurare il rischio che si addivenga alla stipulazione del *pactum sceleris*.

Esse si connotano quindi, per un'anticipazione di tutela e perseguono l'obiettivo di assoggettare a pena anche il terzo che agisce quale mediatore nell'accordo corruttivo.

Le disposizioni contenute nelle convenzioni citate, al contrario di quelle interne, come si evidenzierà nel prosieguo attraverso la comparazione con la fattispecie del millantato credito, di cui all'articolo 346 del codice penale, non prevedono la distinzione delle condotte a seconda che l'influenza esercitata sia reale o supposta.

Prima di passare all'analisi della nuova fattispecie prevista dal codice penale italiano, giova compiere un'indagine comparatistica.

Storicamente, la patria del traffico di influenze illecite è la Francia, dove già nel 1889, sull'onda emotiva di un *affaire* che concerneva la vendita di influenza ad aspiranti alla legione d'onore, venne inserito l'antesignano di una norma *ad hoc*; attualmente la disciplina è contenuta negli articoli 432-11, 432-2, 433-1, 433-25 del codice penale francese del 1994⁸⁹.

Anche il codice penale spagnolo del 1995 prevede, agli articoli 428-431, una previsione articolata del delitto di traffico di influenze illecite, ispirata anch'essa all'anticipazione della tutela. Aspetti simili presenta anche la disposizione di cui all'articolo 335 del codice penale portoghese del 1982⁹⁰.

Quanto all'Italia, da tempo la dottrina, partendo dallo studio sul millantato credito ha “*con lento e fecondo “lavorio” propiziato il terreno per una tipizzazione del traffico di influenze illecite*”⁹¹.

Già dal 1968 infatti, Pedrazzi proponeva questa soluzione, sottolineando il vantaggio di impostare in termini “*nuovi e più giusti*” la relazione tra i due partecipanti al negozio illecito. L'autore rilevava che “*quando si punisse la compravendita di influenza, e non la millantazione di un credito che si presume non esistere, viene meno ogni ragione per fare differenza tra venditore e compratore... Punendo ambedue i partecipi si scoraggiano le denunzie, che solitamente provengono dall'acquirente deluso nelle sue aspettative, e si rende più aleatoria la repressione*”, ma “*finché questo stesso inconveniente non induce a modificare il trattamento della corruzione attiva, non c'è ragione di adottare una diversa soluzione in tema di traffico di influenza*”⁹².

Inoltre, l'autore scriveva che “*allo stato attuale del costume non si può seriamente pensare di mettere fuori legge l'istituto inveterato della raccomandazione*”⁹³.

Più recentemente, occorre segnalare le proposte avanzate da una parte della dottrina nell'ambito della Commissione Nordio⁹⁴, con le quali si suggeriva l'introduzione di due reati, l'*intromissione indebita*, reato proprio e il *traffico di influenza*, reato comune.

⁸⁹ BONINI, *Traffico di influenze illecite*, cit. .

⁹⁰ FORNASARI, *Millantato credito*, in Bondi- Di Martino- Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 411-413; SEMERARO, *I delitti di millantato credito e di traffico di influenza*, Milano, 2000, 135-236 e ivi riferimenti all'approccio statunitense; Id. *Trading in influence and lobbying in the Spanish criminal code*, in *Decennium Moztanicense*, Rijeka, 2008, 297-311.

⁹¹ BONINI, *Traffico di influenze illecite*, cit. .

⁹² PEDRAZZI, *Millantato credito, Trafic d'influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968.

⁹³ Ivi.

Con la prima fattispecie si puniva “*se il fatto non costituisce un più grave reato, il pubblico funzionario che in qualsiasi modo si adopera o si intromette per far assegnare concessioni o autorizzazioni, appalti di opere o servizi, impieghi, vantaggi derivanti dalla pianificazione territoriale, finanziamenti o emolumenti a sé od a suoi prossimi congiunti od a soggetti con i quali ha relazioni di impiego o professionali o societarie. Se le concessioni, le autorizzazioni, gli appalti di opere o servizi, gli impieghi, i vantaggi derivanti dalla pianificazione territoriale, i finanziamenti o gli emolumenti di cui al comma precedente sono conseguiti, la pena è... ”.*

Con la seconda fattispecie invece, si puniva “*chiunque fa dare o promettere per sé o per altri denaro o utilità di qualsiasi altra natura come prezzo per l'esercizio indebito della propria influenza presso un pubblico funzionario è punito... Se, fuori dei casi di concussione o di corruzione, il denaro o l'utilità sono dati o promessi per fare ottenere una decisione favorevole da un pubblico funzionario, la pena è... ”.*

Le soluzioni proposte, concepite quali “*risposta alla piaga della raccomandazione*”⁹⁵ hanno aperto la strada all'introduzione del reato di traffico di influenze illecite.

Fino ad oggi, la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva sottolineato come il fenomeno del “*trading in influence*”, letteralmente “commercio nell'influenza”, vale a dire “*l'utilizzo della carica pubblica per fini privati*”⁹⁶, “*fosse al di fuori della tipicità delle norme incriminatrici della corruzione contemplate dall'ordinamento*” poiché essa presupponeva “*un nesso tra il pubblico ufficiale e l'atto di ufficio oggetto di mercimonio*” e non poteva essere dilatata “*fino al punto da*

⁹⁴ Commissione ministeriale di studio per la riforma del codice penale istituita con decreto interministeriale 23 novembre 2011. Le proposte sono pubblicate in VINCIGUERRA, *Due anni alla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale. Un consuntivo*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2004, 103.

⁹⁵ VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 114. A favore della tipizzazione del traffico di influenze: TAGLIARINI, *Millantato credito*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976; SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenze*, cit.; SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 585; PAGLIARO- PARODI GIUSTINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, X ed., Milano, 2008, 473-474. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*. Artt. 336-360 cod. pen., III ed., Milano, 2008, 116-118; MANNA, *Le nuove prospettive di politica criminale all'epilogo della nuova legislatura*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2012, 269; GROSSO, *Inevitabili amnistia ed indulto per risolvere l'attuale emergenza carceraria*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2012, 207; FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in www.penalecontemporaneo.it; PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1173; BALBI, *Alcune osservazioni*, cit..

⁹⁶ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), cit. .

*comprendervi, con una operazione analogica non consentita in materia penale...anche la mera venalità della carica*⁹⁷.

La nuova fattispecie è volta a sanzionare le condotte propedeutiche rispetto a successivi accordi corruttivi e si connota dunque, per un'anticipazione della tutela.

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

La norma è stata collocata nel codice penale immediatamente dopo la fattispecie del millantato credito, disciplinata all'articolo 346.

In una prima bozza il reato di traffico di influenze illecite era stato collocato nell'articolo 346 del codice penale, in sostituzione del millantato credito⁹⁸, allo scopo di recepire in maniera puntuale le disposizioni contenute nelle Convenzioni internazionali richiamate.

Nella versione definitiva tuttavia, è stata fatta una diversa scelta, la quale non si sottrae a critiche, ed è stata prevista una norma apposita, che si affianca all'articolo 346 del codice, il quale continua ad esistere quale autonoma fattispecie.

L'articolo 346 del codice penale dispone infatti, che “*chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da*

⁹⁷ *Ivi.*

⁹⁸ DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma, cit.* .

309 euro a 2065 euro.” (primo comma); “*la pena è della reclusione da due mesi a sei anni e della multa da 516 euro a 3098 euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore da un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare.*” (secondo comma).

Il bene giuridico tutelato attraverso la previsione del millantato credito e del traffico di influenze illecite è costituito dal prestigio della pubblica amministrazione, che è offeso quando un pubblico funzionario “*viene indicato come corrotto o corruttibile perché disposto ad accettare una remunerazione per compiere un atto contrario ai doveri di ufficio ovvero per ritardare od omettere un atto del suo ufficio*”⁹⁹ (nell’ipotesi di millantato credito); allo stesso modo il prestigio dell’amministrazione viene leso da colui che fa dare o promettere indebitamente, per sé o per altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale “*come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*

” (nel traffico di influenze illecite).

Le due fattispecie tuttavia, si differenziano per l’esistenza, nel traffico di influenze illecite, e per l’inesistenza, nel millantato credito, delle relazioni, solamente vantate dall’agente.

Sul confronto tra i due reati si tornerà in un secondo momento, al fine di evidenziare le maggiori perplessità che la diversa disciplina genera.

A tal fine è opportuno preventivamente analizzare la struttura del traffico di influenze illecite.

La fattispecie in questione consiste in un reato comune; soggetto attivo del delitto di cui all’articolo 346-bis del codice penale può essere chiunque. Il secondo comma della norma attribuisce rilievo penale anche alla condotta di “*chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale*”, al contrario del millantato credito, in cui il soggetto passivo è considerato vittima di un raggiro e, perciò, viene ritenuto non punibile.

La norma si apre con la clausola di riserva “*fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter*”. L’inciso, che costituisce un presupposto negativo del fatto tipico, “*rivelà la volontà del legislatore di conferire alla nuova incriminazione una funzione residuale di “chiusura del sistema” nei casi in cui non siano applicabili le fattispecie della corruzione “ordinaria”, nelle due*

⁹⁹ GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit. .

diverse forme della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, e della corruzione in atti giudiziari”¹⁰⁰.

La clausola mira infatti a scongiurare il rischio di duplicazioni sanzionatorie nel caso in cui la mediazione sia andata a buon fine¹⁰¹ e per effetto della stessa si pervenga alla stipulazione del *pactum sceleris*.

La presenza della clausola di riserva dimostra che la *ratio* della norma è proprio quella di punire le condotte prodromiche alla corruzione, nel caso in cui il patto corruttivo non si perfezioni ed anzi non caratterizzate neanche dall'intervenuto contatto tra il pubblico agente ed il privato, posto che in tal caso potrebbe essere ravvisato piuttosto un tentativo di corruzione¹⁰².

In una prima stesura la norma conteneva il riferimento oltre che agli articoli 319 e 319-ter, anche all'articolo 318 del codice penale, che nella nuova formulazione disciplina il reato di corruzione per l'esercizio della funzione.

Tale riferimento tuttavia, è stato (giustamente) soppresso.

La nuova fattispecie, sulla spinta degli obblighi contenuti nelle Convenzioni internazionali, infatti, reprime le mediazioni strumentali a conseguire un indebito vantaggio; tale strumentalità “può evincersi soltanto nell'ipotesi di captazione del denaro, da parte del mediatore, funzionale a remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio”, e non anche nell'altra ipotesi in cui il denaro “sia semplicemente il prezzo della mediazione, ovvero dell'attività di un professionista che metta in contatto un privato con un pubblico funzionario non necessariamente per il perseguimento di obiettivi poco commendevoli”¹⁰³.

Si persegue l'attività di mediazione illecita, strumentale cioè alla realizzazione di un fatto illecito.

¹⁰⁰ Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.* .

¹⁰¹ BALBI, *Alcune osservazioni*, *cit.* .

¹⁰² AMATO, *Arriva la sanzione*, *cit.* .

¹⁰³ BALBI, *Alcune osservazioni*, *cit.* .

Si tratta invero di un anticipo di tutela rispetto alla conclusione di accordi corruttivi e, perciò, “essendo i profili di offesa della corruzione piuttosto vaghi, un ulteriore arretramento della tipicità avrebbe accentuato oltremodo il conflitto con il principio di offensività”¹⁰⁴.

Sicché, deve ritenersi ragionevole la scelta di eliminare dall’*incipit* dell’articolo 346-bis il richiamo all’articolo 318 del codice penale.

Da ciò consegue, stando ad una parte della dottrina, che potrebbe avversi concorso di reati tra le due fattispecie¹⁰⁵.

In relazione alla condotta, sono due le ipotesi descritte dal primo comma: da una parte viene punita la condotta di chi, sfruttando relazioni esistenti con il pubblico funzionario, **fa dare o promettere indebitamente** a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio come **prezzo** della propria **mediazione illecita** verso il pubblico funzionario, al fine di influenzare l’attività di quest’ultimo; dall’altra parte invece, si punisce il fatto di chi indebitamente **fa dare o promettere** a sé o ad altri denaro o altro vantaggio patrimoniale per **remunerare** l’agente pubblico¹⁰⁶.

Entrambe le condotte devono essere poste in essere “*in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*”.

Viene dunque esclusa la rilevanza penale di tutte le attività lecite di pressione (*lobby*).

L’utilizzo dell’espressione “*in relazione*” sembra alludere sia al futuro compimento della condotta, sia ad una condotta già compiuta¹⁰⁷.

La prima parte di ciascuna delle due condotte è costituita dallo **sfruttamento di relazioni esistenti**, presupposto della dazione o della promessa indebita, quale prezzo della mediazione o remunerazione per il compimento dell’illecito.

¹⁰⁴ *Ivi.*

¹⁰⁵ Si veda la Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.* . *Contra: BONINI, Traffico di influenze illecite, cit.*, in cui si legge: “Vi è peraltro da chiedersi, venuto meno il rimando all’articolo 318 pure presente in precedenti formulazioni della norma, come saranno regolati i nessi tra traffico di influenze illecite e corruzione per asservimento della funzione di cui al nuovo art. 318 c.p.: si potrà avere un concorso di reati? Non sembrerebbe questa, francamente, una soluzione plausibile; ma la clausola alimenta il dubbio.”.

¹⁰⁶ GAROFOLI, *La nuova disciplina*, *cit.* .

¹⁰⁷ VIGANO’, *La riforma dei delitti di corruzione*, *cit.* .

La descrizione della fattispecie appare sotto questo profilo, difettare quanto a determinatezza¹⁰⁸ e, per tale motivo, di difficile prova¹⁰⁹.

Tuttavia, la determinatezza assoluta delle fattispecie penali è un obiettivo realisticamente conseguibile solo attraverso elementi quantitativi espressi in forma numerica, che non possono invadere l'intero campo del diritto penale¹¹⁰; sicché deve ritenersi coerente con il nostro sistema costituzionale la previsione di una norma che contenga elementi elastici o vaghi, ma che siano suscettibili di essere interpretati alla luce del contesto normativo.

Il primo comma dell'articolo 346-bis, contempla la clausola di illiceità speciale¹¹¹ “indebitamente” che accompagna la condotta di dazione o promessa, cui viene attribuita una funzione determinante ai fini dell'incriminazione.

L'avverbio non risulta pleonastico ma costituisce al contrario un ammonimento rivolto al giudice a che questi valuti con particolare attenzione la sussistenza della antigiuridicità della seconda parte della condotta. Tale previsione, in particolare, irrobustisce l'oggetto del dolo.

Parimenti, occorre dare rilievo all'aggettivo “illecita”, riferito alla mediazione. Si esclude dunque, la rilevanza penale dell'attività di *lobbying* lecita, riconosciuta come legittima in tutto il mondo, in base al diritto consuetudinario.

Si ritiene lecita l'intermediazione basata unicamente sul “*prestigio professionale*”, e cioè, “*sulla competenza tecnica, sulla positiva esperienza acquisita e sulla perizia e solerzia dimostrate (know how), e per converso illecita l'interposizione che trovi anche parzialmente causa in un ascendente extraprofessionale del mediatore (know-who)*”¹¹².

Il secondo comma estende la punibilità a chi dà o promette denaro o altro vantaggio.

¹⁰⁸ Nello stesso senso: la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.*, in cui si legge “...le problematiche di tipo interpretativo sin qui segnalate sembrano essere indici evidenti della difficoltà di coniugare il contenuto della nuova norma con i necessari principi di determinatezza e tassatività della fattispecie penale.”.

¹⁰⁹ Si ricorda a tal proposito il monito di FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 (1800), Darmstadt, 1966, 12-13, secondo cui “ciò che il giudice non può provare, neppure il legislatore può assumere come oggetto dei suoi divieti.”.

¹¹⁰ PALAZZO, *CORSO DI DIRITTO PENALE. PARTE GENERALE*, IV ed., Torino, 2011, 145.

¹¹¹ BALBI, *ALCUNE OSSERVAZIONI*, *cit.* .

¹¹² SEMERARO, *I DELITTI DI MILLANTATO CREDITO*, *cit.* .

La previsione della punibilità del privato, sollecitata dalla dottrina, risponde allo scopo di adeguarsi alle fonti internazionali ed è idonea a connotare il reato in questione, quale fattispecie necessariamente plurisoggettiva, poiché consta del concorso della condotta di due soggetti, e cioè, il mediatore (che fa dare o promettere indebitamente denaro quale prezzo della mediazione illecita o quale remunerazione) ed il privato, compratore di influenza.

I commi terzo e quarto prevedono due circostanze aggravanti, “*se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*” (comma terzo) e “*se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie*” (comma quarto).

Il quinto comma invece, prevede una circostanza attenuante, nel caso in cui i fatti siano “*di particolare tenuità*”.

Quanto ai rapporti con il millantato credito, la nuova norma è intervenuta a colmare proprio le lacune di tale fattispecie, la quale si fonda sulla “vanteria” e sull’ostentazione della possibilità di influire sul pubblico ufficiale, che vanga fatto apparire “*come persona “avvicinabile” ovvero “sensibile” a favorire interessi privati in danno degli interessi pubblici di imparzialità, economicità e di buon andamento degli uffici*”¹¹³.

Il millantato credito costituisce una speciale figura di truffa, a consumazione anticipata, collocata a metà strada tra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, “*in ragione del suo carattere offensivo anche del prestigio della pubblica amministrazione, derivante dall’idoneità del fatto a convogliare un’immagine di venalità dei pubblici funzionari*”¹¹⁴.

Le due fattispecie si pongono in relazione di alternatività tra loro; il discriminio tra esse è rappresentato dalla “esistenza” delle relazioni, che nella struttura della nuova norma devono essere oggetto dello sfruttamento.

La norma tuttavia non chiarisce quale sia il grado di relazione necessario affinché l’esistenza possa ritenersi realizzata; l’aggettivazione indistinta induce a ritenere che si possano ricomprendersi nel

¹¹³ AMATO, *Arriva la sanzione*, cit. .

¹¹⁴ DOLCINI, VIGANO’, *Sulla riforma*, cit. .

concetto di “relazione” anche dei rapporti occasionali, sporadici e non solo stabili e consuetudinari¹¹⁵.

L'esistenza della relazione, essendo un elemento oggettivo del reato, deve essere provato dalla pubblica accusa.

Qualche perplessità suscita il fatto che il reato di traffico di influenze illecite, che dovrebbe essere caratterizzato da “*un reale pericolo di distorsione dell'esercizio delle pubbliche funzioni*” è punito con una pena (da uno a tre anni nell'ipotesi base del primo comma, pena applicabile a chi dà o promette denaro o altro vantaggio) “*assai meno severa di quella prevista per il millantato credito, che secondo questa lettura offenderebbe al più l'immagine della pubblica amministrazione*”¹¹⁶.

Un'altra incongruenza è rappresentata dalla previsione della punibilità di colui che dà il denaro; tale previsione non appare conforme alle fonti internazionali, con riferimento alla fattispecie di millantato credito, di cui all'articolo 346 del codice penale. Le Convenzioni internazionali non distinguono, infatti, tra mediazione veritiera e mendace¹¹⁷.

Un ultimo profilo di criticità che la nuova fattispecie pone, come è stato già osservato, è costituito dalla descrizione della condotta, che potrebbe essere censurata sotto il profilo della determinatezza.

Al fine di vagliare l'effettivo impatto della nuova fattispecie sulla realtà applicativa occorrerà attendere le prime pronunce della giurisprudenza.

¹¹⁵ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *cit.* .

¹¹⁶ DOLCINI, VIGANO', *Sulla riforma*, *cit.* .

¹¹⁷ BALBI, *Alcune osservazioni*, *cit.* .