



**LE DISPOSIZIONI PENALI NELLA LEGGE CONTRO LA CORRUZIONE:
UN PRIMO COMMENTO**

di

David Brunelli

*(Professore ordinario di Diritto penale
Università di Perugia)*

5 dicembre 2012

Sommario: **1.** Pena e lotta alla corruzione.- **2.** Corruzione per la funzione.- **3.** Induzione indebita a dare o promettere utilità.- **4.** Traffico di influenze illecite.- **5.** Gli altri interventi correttivi.- **6.** Una lode, comunque.

1. Pena e lotta alla corruzione.

Relegati in poche lettere del comma 75 dell'articolo unico che esaurisce la legge contenente un ampio e variegato strumentario normativo per la lotta al fenomeno della corruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190), gli interventi sul sistema penale si presentano a prima vista come marginali e limitati rispetto all'intero impianto della legge. Finalmente, sembra che il diritto penale non la faccia da padrone nella strategia normativa messa in campo per combattere fenomeni criminosi, che non sia più convocato per recitare un ruolo da protagonista, caricandosi sulle spalle il peso della battaglia e la responsabilità del risultato.

Da qualunque angolo la si guardi e in qualunque modo la si spieghi, questa è senz'altro una buona notizia. Siamo talmente abituati ad interventi legislativi emergenziali che incentrano sul diritto penale e sul ricorso allo strumento sanzionatorio i brandelli di una politica criminale "a costo zero", fatta di messaggi volti a trasmettere la simbologia di una rassicurante scelta di "fermezza" e di "rigore", ma dotati di nessuna capacità pratica di influire efficacemente nella realtà e destinati di fatto ad ingolfare ulteriormente il derelitto sistema di

giustizia penale, che l'idea che il legislatore in un'occasione così importante, attesa e sentita presso l'opinione pubblica, abbia rivolto al tema della "repressione" penale della corruzione uno sguardo apparentemente solo repentino, limitandosi ad un *maquillage* del corredo dei reati e delle pene ed evitando di incidere pesantemente sul sistema vigente, già di per sé contrassegna in termini positivi il disegno complessivo dell'intervento.

Nella marginalità del compito assegnato alla pena scorgiamo da subito la maturazione della consapevolezza che i fenomeni criminosi, in particolare quelli così complessi ed articolati quanto a morfologia, diffusione, penetrazione sociale, si combattono con strumenti preventivi, organizzativi e finanche repressivi ben diversi da quelli del ricorso alla pena, la quale ai limiti "ontologici" che le sono propri assomma, nel sistema italiano, difetti strutturali talmente radicati e profondi da renderla opzione meramente complementare ed accessoria.

Né si può spiegare questo oculato *self restraint* con l'unica considerazione che il sistema penale vigente fosse esente da pecche importanti e che, al contatto con la prassi giurisprudenziale, non avesse mostrato problematiche, contrasti o rilevanti disfunzionalità.

Il modello di incriminazione della corruzione, nella sostanza risalente al testo originario del codice, perché solo sfiorato dalla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione operata nel 1990, era tradizionalmente basato sulla c.d. compravendita di un atto dell'ufficio. Attorno ai due elementi costitutivi del *pactum sceleris* erano imbastite otto differenti fattispecie, a seconda della conformità o no dell'atto ai doveri d'ufficio (corruzione impropria o propria), della loro scansione temporale (corruzione antecedente o susseguente), nonché dell'angolo visuale da cui il *pactum* era considerato (corruzione attiva o passiva).

Il modello, alla prova dei fatti, calato in una realtà del fenomeno corruttivo che si presenta secondo una fantasmagoria di forme di manifestazione¹, appariva da tempo inadeguato ed è stato sottoposto ad una serie di critiche, peraltro non tutte dello stesso segno.

Parte della dottrina, infatti, fortemente pervasa dei principi di frammentarietà e di offensività, ne aveva addirittura auspicato il ridimensionamento, per esempio sottolineando che la figura della corruzione impropria (per un atto non contrario ai doveri d'ufficio) non coinvolgesse né il buon andamento né l'imparzialità della pubblica amministrazione, vale a dire gli unici beni giuridici meritevoli di tutela penale, risolvendosi nell'incriminazione di un fatto

¹) Per un quadro di sintesi molto efficace sulla dimensione criminologia della corruzione, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 25 ss.

sostanzialmente immorale e scorretto, soprattutto nella versione c.d. susseguente (in cui il patto era punibile solo dal lato del p.a. che riceve)².

Ma le “criticità” che il modello rigidamente “mercantile” concepito nel 1930 aveva mostrato erano soprattutto di inadeguatezza per difetto. Non sempre, infatti, la compravendita della funzione riguarda un atto riconducibile alla competenza del pubblico agente: talvolta l’atto non è agevolmente individuabile, ovvero rientra nella specifica competenza del corrotto, ovvero la retribuzione non riguarda il singolo atto bensì una generica messa a disposizione degli interessi del corruttore, o ancora si tratta di un atto altamente discrezionale e dunque non è facile scorgere quanto possa incidere l’ingerenza illecita nella valutazione degli interessi convergenti sull’atto. Ciò non solo mette in crisi la distinzione interna tra le figure di corruzione, ma in alcuni casi anche la possibilità di incriminare il fatto concreto, secondo le regole della stretta legalità.

Per la verità, a gran parte di tali “difetti” aveva posto rimedio una giurisprudenza molto attenta alle esigenze punitive e poco disponibile a rimanere ancorata al recinto letterale delle disposizioni normative: così, la delineazione di un «atto» sullo sfondo del *pactum sceleris* si è progressivamente rarefatta, sino quasi a scomparire come dato reale presente o futuro³, in uno con le distinzioni delle figure di corruzione, tra cui, per non sbagliare, la fa da padrone quella più grave della corruzione propria antecedente; la competenza del p.a. si dilata a dismisura sino a coincidere con quella generica dell’ufficio a cui appartiene, così che – per esempio – una qualunque “raccomandazione” fatta al collega che tratta la pratica diventa atto contrario ai doveri d’ufficio⁴.

Non solo, la giurisprudenza prova a mettere riparo anche alla consistente propensione del modello a estinguersi in concreto per raggiunta prescrizione, a causa della misura non elevatissima dei massimi edittali di pena; di qui la tendenza a configurare avveniristici “scorrimenti” dei termini di decorrenza della prescrizione⁵, o a dilatare sino

²) G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un’indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, 53 ss. e 257 ss.; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984, 295 ss.

³) La giurisprudenza che si accontenta del mero «asservimento della funzione» è ormai diffusa (tra le ultime Cass. Sez. F., 8 settembre 2009, rv. 245182), indifferente alle ricorrenti critiche della dottrina (tra gli altri: V. MANES, *L’atto d’ufficio nella fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 925 ss.; più cauto, A. SPENA, *Il “turpe mercato”. Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 245 ss., secondo il quale sarebbe sufficiente che il p.a. riceva utilità indebite «per violare i propri doveri o, rispettivamente, per compierli»).

⁴) E’ sufficiente, infatti, che il p.a. si possa trovare, a causa dell’ufficio, in condizione di influire positivamente sul compimento dell’atto, anche esercitando una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto (ad es. Cass. Sez. VI, 28 maggio 2010, rv. 247373).

⁵) Per esempio, non solo la consumazione “scorre” dalla promessa alla successiva dazione, quando tali momenti non coincidono (c.d. reato a duplice schema), ma anche sino all’ultima delle dazioni nei casi di pagamenti

all'inimmaginabile la figura più grave – e dunque meno soggetta alla mannaia prescrizionale – della corruzione giudiziaria⁶.

Rimane soltanto un nodo di non agevole soluzione, che finisce per riguardare anche l'*an* dell'incriminazione (del lato attivo): la distinzione tra corruzione e concussione, nei casi problematici in cui la dazione o la promessa dell'utilità è solo il frutto di una segnalata disponibilità, anche implicita, del p.a. a ricevere, che il privato non disdegna in fondo di assecondare per risolvere i suoi problemi "relazionali". Stabilire in tali casi se ci sia stata una «induzione» che faccia del privato non più un complice ma una vittima è opera delicata e difficile⁷, attorno a cui spesso lo scrutinio strettamente giuridico si incrocia con intuitive valutazioni di "opportunità" giudiziaria.

In sintesi, il diritto vivente si è andato calibrando sulla realtà, sino a divenire altro dal diritto "scritto" dalla legge; a nulla sono valse le "proteste" della dottrina più sensibile, perché quando i giudici sono sospinti da imperiose esigenze di tutela sociale, di cui si fanno interpreti e financo portatori, qualunque altra confliggente pretesa viene inevitabilmente azzerata.

Dunque, allorché si è trattato di mettere in campo il massimo sforzo legislativo per fronteggiare il fenomeno della corruzione, non essendo più dilazionabile, anche per via degli impegni assunti in sede internazionale⁸, una chiara presa di posizione politica in materia, l'emergenza della sistemazione dello strumento penale si presentava perciò meno avvertita del solito. Il problema penale della corruzione, una volta fallita la prospettiva preventiva, rimane pur sempre incentrato soprattutto nelle difficoltà della sua emersione, o, come si diceva una volta, del suo "scuoprimento"⁹, più che nella possibilità di applicare la pena allorché il *pactum*

frazionati nel tempo (c.d. reato a consumazione prolungata); sul punto si può vedere, anche per riflessioni di carattere più generale, D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000, passim.

⁶) Per esempio, si è ravvisata la corruzione giudiziaria in un caso in cui il giudice delegato ai fallimenti avrebbe percepito compensi dai professionisti per conferire loro incarichi all'interno delle procedure fallimentari, anche se è dubbio che costoro, quantomeno al momento della dazione, avessero la richiesta qualità di «parte processuale» favorita (Cass. Sez. VI, 18 settembre 2009, rv. 244971; Cass. Sez. VI, 14 aprile 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 2140, con nota di L. PALAMARA, *Note in tema di corruzione in atti giudiziari nel processo fallimentare*); nella stessa prospettiva si muove l'orientamento volto a sostenere la configurabilità della c.d. corruzione giudiziaria susseguente, nonostante che l'inciso «per favorire o per danneggiare una parte» faccia pensare che il compenso venga largito in funzione di un'attività futura (Cass. Sez. un., 21 aprile 2010, in *Cass. pen.*, 2010, 2995.)

⁷) Per un quadro, si può vedere A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., 358 ss.

⁸) Gli obblighi internazionali derivavano, come è noto, sia dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003 (c.d. Convenzione di Merida), sia dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, sottoscritta dall'Italia già nel 1999 e soltanto da pochissimo ratificata (l. 28 giugno 2012, n. 110); per uno sguardo molto attento a tali obblighi nel commento alla legge di riforma, E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, 232 ss.

⁹) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p.s.⁵, vol. V, Prato, 1893, 140 (§ 2564). Il maestro lucchese, pur sottolineando tale problema come connaturato alla corruzione, manifestava contrarietà alla previsione di una esenzione da pena per il privato corruttore che, dopo il fatto, spontaneamente denunciasse il pubblico ufficiale.

venga alla luce; difficoltà accentuate dalle nuove forme di manifestazione del fenomeno corruttivo, che registrano sia il superamento della “dualità” del patto a causa della sua dilatazione sistemica, sia la “vaporizzazione” della prestazione pubblica oggetto di compravendita¹⁰

Ciò giustifica in linea di massima quello che appare come un *self restraint* da parte del legislatore, ma non rende meno lodevole l’approccio minimalista al tema, che invece certamente segnala come lo stesso legislatore abbia finalmente rinunciato, in linea di principio, a servirsi ancora una volta della pena come prioritario strumento di lotta ai fenomeni criminosi.

Esclusa la spada, perciò, il legislatore ha voluto lavorare di “fioretto”, nella esigenza giudicata indilazionabile di fornire una più solida copertura al diritto vivente, avvalorandone gli approdi e di rendere più nitida la fotografia penale del fenomeno corruttivo. All’esito, come ha già segnalato la dottrina¹¹, i confini del diritto penale sono rimasti pressoché inalterati e, dunque, l’operazione si è risolta, come vedremo, in un sostanziale “riordino” dell’esistente, più che in una rivoluzione o anche solo in una svolta.

2. Corruzione per la funzione.

2.1. La novità concettualmente più importante riguarda la trasformazione della controversa e residuale figura della corruzione impropria nella diversa figura della corruzione «*per l’esercizio della funzione*», in cui è punito bilateralmente il patto corruttivo che ha per oggetto l’esercizio della funzione o dei poteri del p.a. (art. 318 c.p.). La figura prescinde del tutto dall’individuazione di un atto dell’ufficio e dunque non interessa se uno o più atti sono o saranno compiuti. Il compenso che il p.a. accetta – sempre nei termini consueti di «denaro o altra utilità», dati o soltanto promessi, anche per terze persone – non retribuisce la “prestazione” dell’attività, ma più in generale la presa in considerazione nell’esercizio di funzioni e di poteri degli interessi di cui è portatore il privato.

Il messaggio è chiaro: bando a qualunque “cavillo” volto a imporre al giudice la ricerca di una “causale” della dazione, il legislatore vuole punire ormai *ogni indebita dazione (del privato) e ogni indebita ricezione (del p.a.) di utilità*, sulla base di una insuperabile presunzione di pericolo legata a tale fatto. Il messaggio è insieme giuridico e di “orientamento culturale”¹².

¹⁰) F. CINGARI, *Repressione e prevenzione*, cit., 151.

¹¹) G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in www.penalecontenporaneo.it, 15 ottobre 2012, 9.

¹²) Per un plauso convinto al messaggio, E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 236.

La figura è diventata da alternativa a residuale rispetto alla più grave corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, e si applica, in virtù del principio di specialità, solo laddove l'esercizio di funzioni o poteri non si risolva nel compimento di un simile atto, specificamente individuabile. Ne dovrebbe sortire, intanto, l'effetto benefico di ricondurre l'applicazione della corruzione propria entro i limiti segnati dal significato letterale delle parole, che impedisce di scorgere gli estremi della «contrarietà» per la sola circostanza che l'atto, eventualmente discrezionale, sia stato retribuito; la «contrarietà» ai doveri d'ufficio dovrebbe così tornare ad essere un connotato obiettivo dell'atto, autonomamente apprezzabile a prescindere dal suo collegamento con la retribuzione¹³.

Di contro, lo scioglimento della discussa corruzione impropria nella più generica corruzione funzionale intanto comporta la sottoposizione a pena del privato che retribuisce il p.a. per un atto dovuto già compiuto (corruzione susseguente), conseguenza che il sistema previgente escludeva, sul presupposto che in tal caso il patto corruttivo esprimesse un disvalore meritevole di stigmatizzazione solo dal lato passivo (violazione del dovere funzionale, prestigio della p.a.). Del resto, una volta stabilito – come vedremo – che qualunque esborso del privato a favore del p.a. che non dipenda da costrizione o truffa rende questi assoggettabile a pena, sarebbe stato ben strano costruire un'enclave di esenzione per l'ipotesi della tangente postuma per atto dovuto o comunque non contrario ai doveri d'ufficio.

In questo senso, la scelta legislativa è veramente innovativa, frutto della convinzione, maturata anche dagli stimoli europei, che per fare terra bruciata attorno al fenomeno corruttivo occorra punire anche comportamenti ambigui, ma potenzialmente incentivanti, non necessariamente lesivi dei beni giuridici di riferimento, individuati dall'ortodossia dottrinarica; anche a costo di punire un comportamento semplicemente frutto di malcostume e di scarsa sensibilità per l' "autorevolezza" della pubblica amministrazione, sovente porta d'ingresso verso atteggiamenti più apertamente e direttamente incisivi su buon andamento ed imparzialità.

La rinuncia alla "zona grigia" che in precedenza metteva al riparo il privato non vittima ma neppure complice del p.a. è indubbiamente espressiva di un diritto penale "di lotta" che pretende di distinguere senza mezzi termini tra "bene" e "male", tra "amici" e "nemici". I tempi dell'emergenza non consentono più le "galanterie" proprie del diritto penale liberale; il

¹³) Individua questo effetto anche la Relazione sulla legge redatta dall'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione (pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 20 novembre 2012), che parla di una «sorta di interpretazione autentica implicita» al riguardo operata dal legislatore, a correzione dell'indirizzo giurisprudenziale che dilatava la lettura dell'art. 319 c.p. (p. 4; di seguito: *Rel. Mass. Cass.*).

messaggio, pur discutibile sul piano dei principi, è comunque chiaro nei termini: chi paga sbaglia e chi sbaglia paga!

2.2. Molto meno chiaro, però, è il perimetro entro cui il legislatore ora confina l'area del patto punibile, reso dalle parole – eleganti ma non espressive di univoco significato – del «ricevere indebitamente per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri denaro o altra utilità». Le perplessità attengono alla considerazione che il passaggio dalla corruzione impropria alla corruzione funzionale non solo ha comportato il dileguarsi dell'«atto del suo ufficio» nell'indistinto territorio dell'«esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri», ma anche il superamento del concetto che la dazione o la promessa del denaro o dell'altra utilità costituissero una vera e propria «retribuzione» non dovuta, un corrispettivo illecito dai rudimentali caratteri sinallagmatici.

Se la liquidazione della prospettiva sinallagmatica, che aveva consentito di escludere la rilevanza penale di donativi, *munuscula* e quant'altro fosse solo segno di “omaggio”, “riverenza” o “riconoscenza” al p.a.¹⁴, era verosimilmente imposta dal mutamento di prospettiva che implica il passaggio dall'atto alla funzione e dall'assenza di parametri attorno a cui misurare – sia pure in modo approssimativo – i termini del “corrispettivo”, l'effetto che potrebbe derivarne riguarda proprio la riconducibilità delle regalie in precedenza tollerate alla sfera del precetto penale¹⁵. La generica nozione di «utilità», che accompagna ancora la specifica ed univoca utilità costituita dal «denaro», collegata alla altrettanto generica nozione dell'«esercizio» di funzioni o poteri, attraverso una “causa contrattuale” resa da un semplice «per», renderà facile al giudice intransigente e di “lotta” ravvisare il reato in tutto ciò che il privato si accinge a dare a favore di un p.a. che non sia riconducibile ad un rapporto di privatissima e insospettabile amicizia o a un vero e proprio legame affettivo. Ove faccia difetto tale “causa di giustificazione” qualunque donativo, qualunque cortesia, consiglio utile, financo una gentilezza o un contegno men che formale potrebbe essere scambiato per utilità strumentalmente offerta e accettata «per la funzione», e contrabbandata per indebita *captatio benevolentiae*. Né è pensabile che, almeno sul piano della tipicità soggettiva, una qualche selezione possa provenire dal dolo, orpello sempre più invisibile negli accertamenti giudiziari, sfibrato com'è – a furor di popolo – nella generica accettazione del rischio che qualcosa di

¹⁴) La giurisprudenza si era mostrata piuttosto disponibile a valorizzare il concetto di «retribuzione» come implicante un requisito di “proporzione” tra gli elementi dell'accordo corruttivo, da valutare secondo parametri di adeguatezza sociale (per tutte, Cass. 5 settembre 2002, rv. 222746; in dottrina, si può risalire a C. FIORE, *Idoneità dell'azione, elemento psicologico e adeguatezza sociale nella questione dei munuscula*, in *Foro pen.*, 1966, 444).

¹⁵) Per tale preoccupazione, anche G. BALBI, *Alcune considerazioni*, cit., 5.

non regolare possa accadere o che il proprio comportamento possa essere equivocato dall'interlocutore.

Sul tema della individuazione della contropartita per la dazione, come accennato, il diritto vivente, incurante delle ristrettezze a cui lo avrebbe confinato il diritto scritto, ha allestito una costellazione di casi riconducibili alla voce del p.a. "messo a libro paga" e dunque pronto a fare qualunque cosa gli chieda il suo improprio e collaterale "datore di lavoro" privato (c.d. *asservimento* della funzione), che sono certamente meritevoli di pena; il problema era quello di individuare una formula normativa che consentisse di "ratificare" sul punto il diritto vivente, senza però far sconfinare la pena su territori se non del tutto innocui comunque molto meno allarmanti e anche criminologicamente "neutri". Del resto, lo stesso diritto vivente, se aveva fatto fuoriuscire dal cilindro il concetto tentacolare dell'asservimento della funzione, ciò nondimeno non rinunciava a indagare in concreto se quanto meno tale asservimento si fosse realmente instaurato, giungendo talora ad escludere la sussistenza del reato pur a fronte della prova di dazioni o promesse¹⁶.

La ricerca messa in campo dal legislatore della novella concerneva allora una formula che consentisse comunque una selezione fra fatti gravi e fatti bagatellari, nella prospettiva di un diritto penale sempre e necessariamente ancorato alla logica della frammentarietà e della *extrema-ratio*, poiché solo se si è in grado di "distinguere" e di "differenziare" le risposte si può sperare ancora nella efficienza della minaccia sanzionatoria¹⁷.

Probabilmente la formula prescelta, poiché sembra permettere al diritto giurisprudenziale scorribande ben più ampie di quelle sinora esibite dal diritto vivente, non è la più consona e raccomandabile. Per esempio, si poteva riempire di contenuto il collegamento tra i termini relazionali indicando espressamente l'«influenza» o l'«ingerenza» nello svolgimento della funzione, ciò che avrebbe anche consentito di conferire il giusto "peso" alla consistenza della illecita retribuzione, la quale dovrebbe avere anche la capacità di esercitare l'influenza o l'ingerenza suddetta.

2.3. Si poteva comunque evitare il riferimento ampliativo anche ai «poteri» del p.a., che evidentemente allude alla possibilità che questi abbia di influire su colui che esercita invece la funzione che interessa al privato strumentalizzare e che va a colpire fenomeni di malcostume

¹⁶) Tra le ultime, Cass. Sez. VI, 20 maggio 2008, rv. 241184; Cass. Sez. VI, 28 agosto 2008, rv. 241081.

¹⁷) S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1237, mette in luce come nel nuovo reato vengono comprese fattispecie concrete dotate di disvalore molto differente, oltretutto "coperte" da un correlativo dolo del p.a. anch'esso di contenuto molto diverso: retribuzione di atti di ufficio, compensi per futuri atti di ufficio non ancora individuati, donativi intesi come atti di omaggio o anche di servilismo.

quali la “raccomandazione autorevole” ricompensata, in precedenza sicuramente non previsti come reato perché non coinvolgenti neppure in senso lato le funzioni dell’ufficio¹⁸. Infatti, l’introduzione di una figura di corruzione funzionale avrebbe dovuto comportare per lo meno la possibilità di recuperare un collegamento plausibile tra il p.a. e le funzioni da questi *specificamente* esercitate; da un lato, la novità avrebbe consentito il definitivo abbandono dell’ingombrante parametro costituito dalla strumentalità della dazione ad un determinato atto dell’ufficio, ma, d’altro, lato, avrebbe potuto contenere la vocazione “espansiva” della giurisprudenza riguardo ai rapporti tra “atto” e “ufficio”. Non ci sarebbe stata più ragione di dilatare il concetto di “ufficio” oltre ogni logica, poiché la “base contrattuale” veniva congruamente estesa: ogni p.a. esercita una sua “funzione” in senso stretto e dunque qualsiasi distorsione funzionale possa avvenire per effetto di un patto corruttivo è suscettibile di incriminazione, essendo individuabile uno (o più) dei suoi esercenti.

Quanto alla punizione delle dazioni per le influenze funzionali attuate indirettamente tramite i “poteri” derivanti dalla carica, sarebbe stata sufficiente – come vedremo – la nuova figura del traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.), nell’ambito della quale ben si potevano ricondurre alle «relazioni» con il p.a. titolare della funzione interessata quelle “ingerenze” sulla conduzione della pratica (anche di fatto) derivanti dall’esercizio di «poteri» pubblici. Il legislatore, sotto questo profilo, non ha mostrato quella ponderazione che *prima facie* gli abbiamo attribuito e si è lasciato vincere dal furore punitivo; il riferimento ai «poteri», nell’ambito della figura generica della corruzione, rischia davvero di “confondere” le acque e di frustrare le esigenze minime di selezione che il “tipo” penale deve svolgere.

Dal punto di vista concettuale tale scelta segna l’abbandono del modello c.d. mercantile della corruzione a cui la tradizione italiana è stata sempre ancorata, non volendo rinunciare a vedere nel *pactum sceleris* una compravendita dell’atto, e un cedimento alla logica del modello c.d. clientelare, giuridicamente nebuloso perché smaterializza i beni di riferimento in una pericolosa rincorsa alle descrizioni sociologiche e criminologiche del fenomeno criminoso. Mentre, infatti, la connessione tra dazione (o promessa) e funzione concretamente svolta dal p.a. ancora avrebbe permesso di ravvisare nel patto uno scambio tra corrispettivi, essendo pur sempre valutabile l’idoneità del prezzo dell’asservimento della funzione secondo un parametro di adeguatezza sociale (dimensione mercantile “attenuata”), l’indecifrabilità dei «poteri» e la discrasia del loro atteggiarsi su un piano oggettivo (poteri reali) e su un piano soggettivo (poteri percepiti) impediscono di valutare in chiave sinallagmatica la dazione (o

¹⁸) Da ultimo, per l’irrelevanza penale della raccomandazione commessa solo “in occasione” dell’ufficio, Cass. Sez. VI, 4 ottobre 2012, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1334.

promessa) e, dunque, di scorgere nel patto corruttivo un “mercato” in cui si scambiano utilità¹⁹.

3. Induzione indebita a dare o promettere utilità.

3.1. Altra importante novità, sollecitata in sede europea dagli organi istituzionalmente preposti alla lotta alla corruzione e largamente attesa, è quella che realizza la “separazione” delle due originarie ipotesi di concussione, non solo per assegnare loro una differente pena edittale, ma soprattutto per dichiarare ora punibile anche il privato che semplicemente si lascia «indurre» a dare o a promettere al p.a. la tangente, con il conseguente mantenimento del ruolo di “vittima” solo al privato che invece subisca una vera e propria «costrizione» per il tramite dell’abuso della qualità o dei poteri da parte del p.a.

La scoperta finalità politico-criminale della scelta è quella di “responsabilizzare” i privati che vengono a contatto con p.a. senza scrupoli, togliendo loro un comodo alibi per alimentare forme di soggezione compiacenti e “preferenziali” e mostrando loro che l’unica strada possibile di fronte alla venalità degli interlocutori è quella della denuncia e della conseguente battaglia per il diritto. I dubbi in proposito, che la dottrina ha già sollevato, riguardano, dal un lato, il “limite” dell’operazione, che non può risolversi nello “scaricare” solo sul privato l’onere di tale battaglia, anche tenendo conto che non sempre è agevole per costui sottrarsi alle «spire avvolgenti» in cui può trovarsi avvinghiato, senza avere il coltello dalla parte del manico²⁰, dall’altro, l’efficienza della scelta, che rischia di incrementare anziché diminuire la cifra oscura del reato²¹.

Sul piano tecnico l’operazione è stata compiuta senza alcun stravolgimento del fatto descritto nel testo previgente dell’art. 317 c.p. e, dunque, senza alcuna vistosa modifica dell’area del penalmente rilevante. Fermi restando i caratteri della concussione per costrizione, esaustiva del testo dell’art. 317, in cui la dinamica del rapporto fra autore e vittima rimane ben distinto, e rispetto alla quale l’unica modifica riguarda l’inasprimento della sanzione, ora superiore a quella comminata per il delitto di estorsione (reclusione da sei a dodici anni), il transito del

¹⁹) Secondo S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 1236, per questa ragione sarebbe addirittura da correggere la rubrica dell’art. 318 c.p. che invece continua a riferirsi alla «corruzione», denominazione che nella tradizione italiana evoca propriamente l’idea del rapporto di tipo mercantile.

²⁰) F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, 230.

²¹) G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 9. Non a caso F. CARRARA, *Programma*, cit., 140, credeva che la non punibilità per il privato vittima della concussione assicurasse le esigenze legate alla possibile emersione del reato, qualora lo stesso privato avesse maturato disponibilità alla delazione: «può ragionarsi [...] osservando che il privato portando reclamo contro il magistrato corrotto faccia presumere di avere per coazione e contro sua voglia ceduto alle esigenze di quello, e così spogliandosi della veste odiosa di corruttore assuma la candida figura di vittima di una concussione».

“soggetto passivo” della induzione dal ruolo di vittima al ruolo di concorrente necessario punibile, sia pure con pena molto più tenue (reclusione fino a tre anni a fronte della reclusione da tre a otto anni riservata al p.a.), inevitabilmente si riflette sui connotati della condotta induttiva, sinora considerati piuttosto insondabili e controversi.

3.2. L'effetto più immediato che si deve registrare riguarda oramai la sicura non riconducibilità alla condotta tipica di cui all'art. 319 *quater* c.p. dei casi di induzione truffaldina, nei quali l'abuso della qualità o dei poteri del p.a. si risolve in una prospettazione artificiosa della condizione del privato che perciò si determina al pagamento della tangente. Tali casi, che, secondo una tesi molto diffusa in dottrina e in giurisprudenza, integravano gli estremi della concussione (c.d. “*induzione per frode*”), sono ora tutti di competenza esclusiva della fattispecie di truffa aggravata dall'abuso dei poteri del p.a. (art. 61, n.9, c.p.), poiché non è ipotizzabile che la vittima di una truffa possa essere punito.

Escluso che la condotta di induzione alla tangente possa (continuare a) coincidere con la condotta di induzione in errore, rimane da capire quando ricorra la residua c.d. “*induzione per persuasione*”, posto che la dichiarata punibilità del soggetto indotto non esonera l'interprete dal tracciare una distinzione tra tale caso e quello della corruzione, propria o meramente funzionale che sia, dato il differente trattamento sanzionatorio (rispettivamente del corruttore e dell'indotto, nonché del corrotto e del p.a. che induce) e la differente descrizione della fattispecie criminosa.

Il compito non è agevolato dalla clausola di riserva con cui si apre l'art. 319 *quater* («salvo che il fatto costituisca più grave reato») poiché la natura sussidiaria della fattispecie assume interesse solo nel caso di una sua possibile sovrapposizione con le figure della corruzione, circostanza, questa, che si può verificare solo ove innanzitutto si abbia un'idea del significato della condotta induttiva e delle eventuali differenze tra questa e la condotta “sollecitatoria” del p.a. (art. 322, comma 3, c.p.) che può dar luogo al patto corruttivo.

Sotto questo profilo, stante la piena sovrapposizione letterale con la fattispecie della «concussione per induzione», sembra inevitabile ricorrere ancora una volta al criterio del “*metus publicae potestatis*”, immaginando che non si possa avere corruzione se tra il soggetto pubblico e quello privato la “trattativa” non avviene su un piano di parità, perché il p.a. esprime una volontà prevaricatrice e realizza un «abuso». Anche tale soluzione, che soprattutto negli ultimi tempi è stata la più gettonata in giurisprudenza²², deve tuttavia fare i

²²) Tra le tante, Cass. Sez. VI, 3 novembre 2003, rv. 227945; Cass. Sez. VI, 30 ottobre 2003, rv. 228188.

conti con la dichiarazione di punibilità del privato e con la *Verwandlung* del suo ruolo da vittima a concorrente nel reato.

Verosimilmente si può coniugare l'osservazione circa la sostanziale continuità "letterale" dell'illecito con il rilievo della sopraggiunta punibilità del privato solo ammettendo che anche in precedenza nella figura della concussione convivevano due distinte fattispecie, quella costrittiva in cui la non punibilità era (ed è) dettata per il ruolo di vittima assegnata al privato e quella induttiva in cui invece l'effetto favorevole dipendeva esclusivamente dalla valutazione opportunistica di poter trovare nel privato un potenziale collaborante con la giustizia. Del resto, non è diversamente spiegabile come un ordinamento possa rivoltare completamente le sue valutazioni concernenti invece la meritevolezza della pena e la meritevolezza della tutela sullo stesso fatto di reato.

Nell'induzione si deve allora ipotizzare un sottile gioco psicologico tra i due soggetti, tale per cui il p.a. spinge per avere stando ben attento a non trasmodare nella «costrizione», mentre il privato, spaventato dai poteri che il p.a. può mettere in campo o dalla sua qualità soggettiva, si "convince" per convenienza alla tangente, non avendo il coraggio di denunciare il sopruso²³.

A rendere delicate le distinzioni sta anche il dato che la "confinante" concussione per costrizione non è caratterizzata necessariamente da violenza o minaccia, come avviene nell'estorsione, bensì semplicemente – come avviene nella induzione indebita – dall'*abuso di poteri o di qualità*, sicché non sarà scontato ravvisare nel privato un *metus* che l'ha convinto a pagare, non così importante, però, da configurare la condotta del p.a. come costrittiva. Infatti, mentre in precedenza chi sosteneva che l'induzione si risolvesse in una costrizione "minore", perché non caratterizzata da una aperta minaccia, ma pur sempre consistente nella prospettazione, anche implicita, di un male non sufficientemente determinato e specifico²⁴, trovava conforto sia nella identità della pena comminata per le due condotte, sia nella comune esenzione da pena nei confronti del privato-vittima, per avvalorare ora la stessa tesi, una volta modificati normativamente entrambi i dati positivi, occorrerebbe sviluppare ulteriori argomenti, che non si risolvano nella mera constatazione della piena continuità "espressiva" delle condotte tipiche.

Piuttosto è da prevedere che l'esigenza di mantenere un "alto profilo" nella incriminazione delle soverchierie, degli abusi di potere e delle prevaricazioni dei p.u. spingerà probabilmente

²³) La giurisprudenza, per considerare tali condotte come induttive, aveva fatto ricorso a formule quali quella dell'«agire in modo tale da ingenerare nel soggetto passivo la convinzione di dover sottostare alle decisioni del p.a.» (Cass. Sez. VI, 14 settembre 1994, rv. 199155) o dell'«esercitare un'opera di suggestione sulla vittima in modo da indurla a ritenere che l'adesione alla richiesta indebita dell'agente costituisce la soluzione più conveniente da adottare» (Cass. Sez. VI, 21 gennaio 1999, in *Gui. dir.* 1999, 8, 100).

²⁴) Per tutti, G. CERQUETTI, *Tutela penale della pubblica amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996, 74 s.

la giurisprudenza a “dilatare” il modello costrittivo a punibilità unilaterale, lasciando poco spazio alla figura minore.

Certamente, la creazione di una figura di frontiera tra concussione vera e propria e corruzione, trapiantata dal vecchio testo ma con la scelta della punibilità del privato, non sembra agevolare la qualificazione giuridica dei casi “gelatinosi” a sottile sfondo psicologico²⁵.

L’impressione è quella che il giudice, il quale già in precedenza giostrava la qualificazione giuridica, almeno durante la fase delle indagini, a seconda della convenienza processuale, disponga ora di uno strumentario ancor più sofisticato, che gli consente di modulare imputazioni secondo la “bisogna”, senza che nessuna delle varianti possibili sia a priori giuridicamente da scartare. La “liquidità” del confine tra le tre figure, di contro, potrà suscitare disorientamento e dissonanza giurisprudenziale, rendendo complessa la gestione della fase di impatto della novella sui processi in corso, sia sotto l’aspetto della praticabilità di “derubricazioni” favorevoli (per il privato da corruzione attiva a induzione passiva; per il p.a. da concussione a induzione), sia sotto l’aspetto del diritto intertemporale, segnatamente in ordine alla questione della continuità normativa tra concussione e induzione.

Sotto quest’ultimo profilo, che costituirà la prova d’esordio della novella, la tesi della continuità lungi dal risolversi in una tema di facile scrittura, basato sul rilievo della identità strutturale della condotta tipica, incontrerà prevedibilmente più di un ostacolo nelle opinioni di coloro che, valorizzando gli elementi di novità sopra segnalati, sosterranno invece che la “vecchia” concussione per induzione si è vaporizzata sino a scomparire nella nuova sistematica dei “reati di tangente” e che la “nuova” figura di induzione indebita, nonostante le apparenze, non ha niente a che fare con essa, risolvendosi in una forma di corruzione “dispari” in cui la tangente ambientale è percepita come un dolce necessità, in cui il p.a. “concede” al privato il privilegio – ad altri negato – di corrispondergli la tangente.

3.3. L’operazione legislativa, dietro la maschera di un intervento chirurgico di precisione, nasconde una realtà non pienamente in regola con la pulizia concettuale; meglio sarebbe stato, sotto questo profilo, per rispondere alle obiezioni formulate in sede europea circa l’inopportunità del salvacondotto per il privato pagatore della tangente, procedere all’abrogazione completa della figura della concussione, che avrebbe fatto ricadere la concussione costrittiva nella figura generica della estorsione (eventualmente aggravata) e avrebbe cancellato la misteriosa concussione per induzione, facendone gravitare i frammenti

²⁵) Per la sperimentazione di vari possibili criteri in grado di segnare il confine tra le tre figure e di spiegare le differenziate risposte sanzionatorie, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 1242 s.

ora nella truffa, ora nella corruzione. Vero che le pratiche ricadute di una simile scelta sarebbero state politicamente insostenibili nella contingenza, ma il costo da pagare sul piano della certezza e della riconoscibilità del diritto, di fronte ad una simile parcellizzazione, non si può sottovalutare.

Si è sottolineato, di contro, che occorre salvaguardare l'essenza lesiva del reato di concussione, che si proietta non solo sull'autodeterminazione della vittima, ma anche sul buon andamento e sull'imparzialità della pubblica amministrazione, così da risultare non comprimibile all'interno di un reato contro il patrimonio²⁶. In effetti, la concussione per costrizione presenta anche note tipiche non perfettamente coincidenti con l'estorsione, sia per quanto riguarda la condotta modale (abuso di qualità o di poteri invece che violenza o minaccia), sia per quanto riguarda l'evento (nella concussione non necessariamente patrimoniale), sia per quanto riguarda il momento consumativo (solo nella concussione è sufficiente anche la «promessa»).

Tuttavia, anche laddove l'abolizione della concussione avesse lasciato spazi applicativi per norme non costruite attorno alla tutela dei beni della pubblica amministrazione e diverse dall'estorsione (ad es. artt. 609 *bis*, 393, 610 c.p.), tali profili offensivi avrebbero comunque potuto essere rappresentati dalle circostanze aggravanti comuni dell'art. 61 n. 9, poiché non è affatto scontato che l'irrompere di essi, prevalendo sugli altri, debba immancabilmente far sorgere un autonomo titolo di reato. La stratificazione normativa sullo stesso fatto, determinando cumuli non agevolmente gestibili²⁷, di per sé non risponde alle esigenze della razionalità del sistema e della chiarezza del «messaggio» e appare spesso solo il frutto dell'ansia da prestazione di un legislatore terrorizzato dalla possibilità di falle nella rete della risposta sanzionatoria.

Per di più, la concussione per costrizione risulta essere stata «abbandonata» dal legislatore allorché il soggetto attivo sia l'*incaricato di pubblico servizio*, visto che l'unico soggetto attivo della nuova figura di concussione è il «*pubblico ufficiale*»; la modifica segna un ritorno all'antico, rispetto alla riforma operata nel 1990, ed evidentemente si fonda sull'idea che solo il p.u. sia in grado di generare nel privato un *metus* costrittivo abusando della sua qualità o dei suoi poteri.

²⁶) Nei termini, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 1240; analogamente, F. PALAZZO, *Concussione*, cit., 229 s.

²⁷) Si pensi per esempio al problema del rapporto tra violenza sessuale mediante abuso di qualità o di poteri e concussione per costrizione, che convergono irrimediabilmente sul medesimo fatto di reato (la giurisprudenza è per la soluzione del concorso formale, applicando il discutibile criterio della diversità dei beni giuridici protetti dalla due fattispecie: Cass. Sez. VI, 9 aprile 2010, rv. 246734).

La soluzione sembra, però, scarsamente aderente alla odierna realtà della pubblica amministrazione e dei suoi gangli organizzativi, ed è già stata criticata in dottrina²⁸. Essa comporta

che quando la costrizione avvenga ad opera dell'i.p.s. si applicherà la fattispecie della estorsione (aggravata *ex art. 61 n. 9 c.p.*), sempre che l'effetto costrittivo sia stato concretamente conseguito per il tramite di violenza o minaccia. Laddove vi fosse, però, spazio per configurare una «costrizione» realizzata semplicemente abusando di poteri o qualità dell'i.p.s., ma senza trasmodare nella violenza o nella minaccia, sorgerebbe il problema di qualificare giuridicamente tale fatto, non riconducibile né all'estorsione (per carenza della condotta), né alla concussione (per carenza di soggetto attivo): la riconducibilità del fatto alla (mera) induzione indebita *ex art. 319 quater*, non da escludere se si vede nella induzione una condotta “minore” della costrizione, sarebbe discutibile a causa della sancita punibilità del privato, mentre l'ipotizzabilità di un abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.* deve tener conto che non sempre un abuso di poteri o di qualità integra gli estremi della «violazione di legge o di regolamento». Rimangono allora configurabili reati non connotati da contenuto offensivo specificamente riconducibile ai beni della pubblica amministrazione, quale quelli sopra indicati.

D'altro canto, se invece si volesse sostenere che non vi è «costrizione» senza violenza o minaccia, e dunque concussione senza estorsione, rimarrebbe difficile spiegare perché lo stesso fatto risulti diversamente punito se commesso dall'i.p.s. piuttosto che dal p.u., eventualmente anche in modo più grave a seconda della concreta applicazione della circostanza aggravante e visto che solo il p.u. potrebbe avere accesso alla circostanza attenuante *ex art. 323 bis c.p.*, per fatto tenue, non prevista per l'estorsione.

Certamente, la differenza “interna” alla qualifica di pubblico agente che aveva dal 1990 perso gran parte della sua rilevanza e che non sempre è difficile da tracciare, torna prepotentemente in auge con la novella del 2012, anche se sfuggono le ragioni del distinguo e neppure il legislatore si è preoccupato di fornire nuovi più agevoli criteri di distinzione tra le due figure. Si tratta, in definitiva, di una ulteriore variabile del “diritto penale della tangente” incautamente affidata alla discrezionalità del giudice.

3.4. Il legislatore della novella, del resto, ha resistito alla tentazione di prevedere una *causa di non punibilità* per colui che spontaneamente collabora nella denuncia del pagamento di una

²⁸) F. PALAZZO, *Concussione*, cit., 230.

tangente, da più parti auspicata, a partire dalla “famosa” proposta di Cernobbio proveniente dal *pool* “mani pulite”²⁹. La “fluidità” del diritto penale della tangente che la novella ha implementato, verosimilmente, assicura già a sufficienza una “gestione” flessibile delle vicende processuali da parte degli organi inquirenti, anche nella prospettiva dell’ottimizzazione delle possibilità di riduzione della cifra oscura che la fenomenologia della corruzione propone. La previsione espressa di un “premio” per il corruttore collaborante, a volte immaginabile nelle vesti subdole di un vero e proprio agente provocatore, avrebbe rimandato un messaggio valutato come intollerabile rispetto alla linea di rigore e di serietà della minaccia sanzionatoria che si è voluta esprimere; i vantaggi che si sarebbero potuti conseguire con la politica del “bastone” e della “carota” – attuata in altre delicate materie – sono stati giudicati non tali da giustificare una simile “apertura”, in linea con le perplessità espresse a suo tempo in dottrina³⁰.

4. Traffico di influenze illecite.

4.1. Una nuova figura di reato, introdotta per colmare un apparente vuoto di tutela, è quella denominata «traffico di influenze illecite», secondo la fotografia che compare ora nell’art. 346 *bis* c.p. La fattispecie *duplica e non sostituisce* quella presente nel testo originario del «millantato credito» (art. 346 c.p.), a cui si affianca fisicamente. Sulla reale efficacia innovativa legata all’introduzione della figura e sull’effettività dell’ampliamento del terreno del penalmente rilevante operata con la novella pesa proprio l’interrogativo circa la portata del “vecchio” millantato credito. Se davvero con l’espressione «millantando credito» si volesse intendere anche in precedenza che il credito presso il p.a. non esisteva e che colui che avesse pagato la mediazione si era trovato a comprare solo il “fumo” di una inesistente vanteria, si deve concludere che l’acquisto delle prestazioni del mediatore che realmente si incarica di «*sfruttare relazioni esistenti*» con un p.a. prima non costituiva di per sé reato.

Ma, al contrario, se, seguendo le suggestioni di una proposta dottrina³¹, si fosse ritenuto che la «millanteria» è espressione compatibile anche con una relazione effettivamente esistente che il mediatore si incarica di attivare dietro retribuzione³², il fatto ora descritto dell’art. 346 *bis* sarebbe stato già previsto dalla legge come reato; in tal caso l’operazione legislativa

²⁹) La si può vedere pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1024.

³⁰) Le riassume efficacemente S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 1240.

³¹) C. PEDRAZZI, *Millantato credito*, trafic d’influence, influence peddling, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 913 ss.

³²) E’ consistente il filone giurisprudenziale che riteneva irrilevante la prova del mendacio sulla esistenza effettiva delle relazioni con il p.a. (tra tutte Cass. Sez. VI, 1° marzo 2000, rv. 215651; Cass. Sez. VI, 9 aprile 2010, rv. 246734).

equivarrebbe ad una sorta di “chiarimento” autentico e, comunque, restituisce alla figura del millantato credito il più ridotto e meno significativo compito di punire una sorta di truffa *in re illicita*.

In “parallelo” con la riforma della concussione, anche a costo di un possibile contrasto con le fonti internazionali³³, il legislatore trae le conseguenze dal diverso ruolo che assume il contraente che acquista la mediazione: se è vittima di una truffa ne conferma la non punibilità, tale essendo il significato del mantenimento in vita dell’art. 346 c.p., anche in vista della possibilità che, scoperto l’inganno, il compratore di fumo denunci il fatto; se, invece, la relazione tra mediatore e p.a. realmente esiste entrambi i contraenti sono puniti, peraltro con la stessa pena (reclusione da uno a tre anni)³⁴.

In tale doppia punibilità è allora da ravvisare il sicuro effetto innovativo della novella, coerente con la volontà di incriminare un fatto “satellite” del fenomeno corruttivo, in chiave di anticipazione della tutela penale.

4.2. Per la verità, occorre distinguere. Il legislatore, infatti, replicando ancora la vecchia figura del millantato credito che si dipana in due distinti commi, ha fornito due differenti “versioni” del traffico di influenze. Nella prima, i termini dell’accordo prevedono che il mediatore tenga esclusivamente per sé il compenso, che costituisce il «*prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio*»; nella seconda, invece, che potremmo chiamare «mediazione gratuita», il compenso è corrisposto – secondo la precisazione voluta nell’ultimo passaggio della legge al Senato – «*per remunerar[e] il p.a., in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*». Dunque, una anticipazione di punibilità rispetto allo sviluppo corruttivo si ha solo nella seconda versione del traffico di influenze, perché nella prima, se, per il solo effetto della «relazione esistente», il p.a. compirà l’atto o presterà ascolto alla generica segnalazione dell’interesse privato non si realizzerà alcuna ipotesi corruttiva.

Ciò consente di spiegare il significato della clausola di riserva con cui si apre il testo della norma. Il reato è configurabile solo «*fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319 ter*», vale a dire qualora la mediazione – la stipulazione della quale segna la consumazione del reato – non sfoci in un accordo corruttivo o perché lo stesso mediatore

³³) E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 238, rilevano che tali fonti non distinguono tra mediazione veritiera e mendace ed evidenziano nella distinzione il punto debole della riforma; a favore del mantenimento della distinzione, invece, G. BALBI, *Alcune considerazioni*, cit., 8.

³⁴) E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 241, segnalano l’incongruenza di punire meno gravemente il traffico d’influenze rispetto alla tradizionale figura del millantato credito, a fronte dell’inversa quantità di offesa (di pericolo) per il beni della pubblica amministrazione espressa dalle due distinte figure.

tradisce l'impegno preso e non svolge il suo compito, ovvero perchè il p.a. non accetta la remunerazione. In questo secondo caso sarebbe integrato anche il reato di istigazione alla corruzione, di cui all'art. 322 c.p., a sua volta in concorso tra il mediatore e il privato e, dunque, in mancanza di indicazioni normative esplicite, sorge il dubbio circa la disciplina applicabile. L'unica soluzione inaccettabile per irragionevolezza sarebbe quella del concorso dei reati, essendo assurdo che, escluso il concorso nell'ipotesi della corruzione consumata, esso sia configurabile a fronte di una corruzione solo tentata. Per il resto, sostenere che il perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 322 comporti l'assorbimento del traffico di influenze trova ostacolo nella mancata inclusione di tale norma nella clausola di riserva³⁵; sembra, dunque, più corretto sostenere l'irrelevanza del comportamento del mediatore che, sulla base dell'incarico illecito ricevuto, offra o prometta denaro al p.a. per indurlo a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio, da considerare postfatto non punibile rispetto al reato già consumato di cui all'art. 346 *bis*. Tale soluzione assegnerebbe una funzione specifica alla clausola di riserva, riconoscendole un contenuto normativo implicito nella disciplina dei rapporti tra traffico di influenze e corruzione propria.

Da notare, inoltre, che nell'ultimo passaggio della legge al Senato è stato escluso dalla clausola di riserva il riferimento all'art. 318 c.p., vale a dire alla corruzione per la funzione. Ciò non dovrebbe comportare il problema, da taluno ventilato³⁶, circa la possibilità del concorso tra la nuova fattispecie e la corruzione per la funzione, qualora la mediazione sfoci nel patto corruttivo, sempreché si tratti di mediazione "gratuita", nel senso che l'accordo non prevede che il mediatore trattenga per sé, anche in parte, «*il prezzo della propria mediazione illecita*». In tale caso, infatti, la mediazione prodromica alla corruzione – come accennato – assume rilievo in quanto tale solo se la remunerazione per il p.a. avviene in vista di un atto contrario ai doveri d'ufficio, con la conseguenza che se la remunerazione è invece corrisposta genericamente per l'asservimento della funzione, finché il patto non sarà perfezionato con l'accettazione del p.a. la mediazione "gratuita", di per sé, non costituirà reato.

Il problema, semmai, potrebbe sorgere nel caso intermedio in cui sia previsto che il mediatore trattenga in parte il prezzo della sua mediazione e in parte "giri" il compenso al p.a. nella prospettiva di una corruzione per la funzione. In tal caso il reato di traffico di influenze è già perfezionato con l'accordo tra privato e mediatore e può verificarsi che, in seguito, il p.a. accetti la remunerazione per l'asservimento della funzione o per compiere o per aver compiuto un atto conforme ai doveri d'ufficio, così integrandosi anche il reato *ex art.* 318 c.p.

³⁵) Non considera questo ostacolo, *Rel. Mass. Cass.*, cit., 14, che sembra optare proprio per tale soluzione.

³⁶) Cfr. *Rel. Mass. Cass.*, cit., p. 14.

Al riguardo, non sembra agevole escludere il concorso dei due reati e ammettere che la corruzione, nei confronti del privato e del mediatore, sia assorbita come *postfatto* non punibile dal pregresso reato che risulta punito con una pena inferiore, ovvero che questo costituisca un *antefatto* non punibile, data la limitazione della clausola di riserva che ne esclude l'operatività in relazione all'art. 318 c.p., e anche considerando che una corruzione per la funzione preceduta da un accordo di mediazione può apparire come più gravemente connotata da una specifica carica di disvalore e di pericolosità. D'altro canto, però, se si raffronta tale soluzione con quella, espressamente stabilita dal legislatore dell'unico reato allorché ricorra una corruzione propria o in atti giudiziari, che pure sarebbero dotate di maggior disvalore se precedute da una mediazione illecita, si fa fatica a non scorgere un possibile profilo di irragionevolezza nella trama normativa.

4.3. Il compenso per il mediatore può consistere oltre che nel denaro in un altro «*vantaggio patrimoniale*» e non, quindi, in una qualsiasi altra «utilità» (classico esempio: prestazione sessuale): ciò incongruamente disallinea la figura sia rispetto al modello originario del millantato credito, sia rispetto alle figure di concussione e di corruzione.

Ma il più importante problema che la nuova figura fa sorgere, su cui si è molto discusso nei vari passaggi parlamentari della legge, riguarda la dimensione di illiceità del fatto tipico. La questione si pone, ovviamente, nella sola versione della mediazione “onerosa”, in cui il compenso è per il mediatore e non per il p.a., e, dunque, non si punisce un accordo prodromico alla corruzione propria.

Il contenuto di disvalore del fatto è espresso da una doppia nota di illiceità speciale che compare nella norma: il mediatore si fa «*indebitamente*» dare o promettere un compenso come prezzo della propria mediazione «*illecita*». Attorno a tali note tipiche si vuol escludere la incriminazione di fatti del tutto leciti come lo svolgimento di attività professionale di *lobbying* e anche di collegamento tra privato e pubblica amministrazione. C'è però da chiedersi se l'obiettivo di indicare che la mediazione punibile è solo quella canalizzata verso la corruzione o verso la commissione di altri reati contro la pubblica amministrazione (per es. abuso d'ufficio, rifiuto di atti d'ufficio, rivelazione di segreto d'ufficio), o dei quali il p.a. potrebbe anche essere vittima (per es. ricatti, pressioni indebite), si sia raggiunto in tale modo. Infatti, la natura «*indebita*» del compenso non dovrebbe costituire il necessario riflesso della «*illiceità*» della mediazione, e dunque risolversi in un requisito ridondante. Tuttavia, al contrario, è da escludere che qualunque compenso non sia indebito solo perché retribuisce l'attività svolta, giacché il reato sarebbe insussistente anche in presenza di una mediazione per

la corruzione, sol che il mediatore dimostri di aver regolarmente messo in contatto il privato con il p.a. Né sembra che vi sia spazio per immaginare che la mediazione per un reato possa per qualche ragione fuoriuscire dal perimetro applicativo della norma. Meglio sarebbe stato perciò eliminare il requisito, come aveva già esattamente segnalato la dottrina³⁷.

La funzione selettiva riposa dunque interamente sulle capacità evocative dell'aggettivo «illecita», riferito alla mediazione che viene retribuita. Ma è evidente che il termine pecca per indeterminatezza e non mette al riparo da letture “estensive”, capaci di oltrepassare le stesse esigenze di tutela che in sede internazionale insistentemente si segnalavano. Meglio sarebbe stato affidarsi a note che, come nel caso della mediazione “gratuita”, fossero in grado di evocare la destinazione “criminosa” del contatto instaurando tra privato e p.a.; né un limite alla lettura estensiva si potrebbe desumere ancora una volta dalla clausola di riserva, la quale illustra solo l'eventualità di un effetto di assorbimento della corruzione propria e della corruzione giudiziale, ma non può contenere esclusivamente in tali termini l'oggetto della mediazione illecita, a fronte della genericità di quell'aggettivo qualificativo.

C'è solo da auspicare che la giurisprudenza si attesti su una lettura ragionevole del requisito di illiceità, fermo restando che se intervenisse una regolamentazione extrapenale delle attività di *lobbying* e di mediazione politico-amministrativa la questione potrebbe anche risolversi in modo più chiaro e lineare.

4.4. Interessante la speciale disciplina delle circostanze. La qualità di p.a. in capo al mediatore fa scattare un'aggravante ad effetto comune (art. 346 *bis*, comma 3); la previsione conferma che la fattispecie del traffico di influenze potrebbe contenere anche i casi in cui il compenso è dato dal privato non al p.a. competente a compiere l'atto o che svolge le funzioni “di interesse”, ma alla persona che esercita funzioni pubbliche nello stesso ufficio in cui tale p.a. si trova allo scopo di interferire con essa. Si è però visto che tali casi, su cui in precedenza il diritto vivente aveva costruito una vistosa dilatazione del concetto di “atto dell'ufficio” e di competenza funzionale nell'ambito della fattispecie della corruzione propria, ora possono essere ricondotti alla discutibile figura della corruzione per i «poteri» a cui si estende l'incriminazione *ex art. 318 c.p.* In tali casi, se la mediazione avrà luogo si potranno riscontrare “a valle” o il concorso in corruzione, qualora il compenso giunga (in tutto o in parte) al destinatario finale, o l'abuso d'ufficio, qualora il p.a. competente subisca l'effetto della «relazione» con il collega e favorisca il privato “raccomandato”, violando norme di

³⁷) G. BALBI, *Alcune considerazioni*, cit., 7.

legge o di regolamento per favorirlo; ciò, con il problema ulteriore di stabilire se per il mediatore e il privato il concorso nell'abuso d'ufficio sia o no un semplice postfatto non punibile del reato già commesso di traffico di influenze illecite.

Probabilmente, meglio sarebbe stato dare maggior risalto alla qualifica soggettiva posseduta dal mediatore, eventualmente specificando il tipo di «relazione esistente» con l'altro p.a. e farne un'aggravante indipendente o anche una autonoma figura di reato: il traffico di influenze nell'ambito della p.a., coinvolgendo un utilizzo della carica pubblica per fini privati, assume una spiccata qualità offensiva e risponde ad un fenomeno differenziato anche sul piano criminologico dal traffico di influenze tramite soggetto esterno³⁸.

L'altra aggravante, anch'essa ad effetto ordinario, concerne l'«esercizio di attività giudiziarie» (art. 346 *bis*, comma 4). In proposito, si deve notare il mancato parallelismo con i reati di corruzione, laddove la «corruzione in atti giudiziari» costituisce un autonomo titolo di reato (art. 319 *ter* c.p.); non solo, ma mentre la specificità di tale reato – ad onta della denominazione che compare nella rubrica – consiste nella mera finalità soggettiva che anima i contraenti («per favorire o danneggiare una parte» processuale), la peculiarità dell'aggravante in parola dipende invece dalla oggettiva qualità delle attività svolte dal p.a. destinatario della mediazione. Il “millantato credito giudiziario” è perciò sfalzato rispetto alla “corruzione giudiziaria”, per certi aspetti più ampio (perché disancorato dalla «parte» processuale), per altri più ristretto (perché non richiede lo scopo di favorire o danneggiare). Lo spunto è interessante e fa nascere il rammarico per la mancata ristrutturazione negli stessi termini della fattispecie corrispondente, che molti problemi interpretativi ha suscitato proprio a causa del non felice richiamo alla finalità soggettiva che la connota. Ciò comporta, tra l'altro, la possibilità che un “millantato credito giudiziario” sfoci in una corruzione comune (qualora faccia difetto, per esempio, la finalità specifica) e che un millantato credito non aggravato sfoci invece in una corruzione giudiziaria.

E' poi prevista un'attenuante – anch'essa, comunque, ad effetto ordinario – «*se i fatti sono di particolare tenuità*» (art. 346 *bis*, comma 5). La norma trova corrispondenza con la previsione gemella dell'art. 323 *bis* c.p., riferita agli altri reati dei p.a. Da essa mutua incongruamente l'uso del plurale («i fatti»), là però correttamente riferito a una pluralità di reati: un piccolo *lapsus calami* in un testo in cui, peraltro, non si può dire che domini la sciatteria legislativa. Piuttosto, la previsione non tiene forse conto che la pena base per il nuovo reato è già piuttosto ridotta, stranamente inferiore a quella comminata per “vecchio” reato di millantato

³⁸) Per analoga considerazione, F. PALAZZO, *Concussione*, cit., 229, che teme la scarsa “stabilità” concreta dell'aggravante nel gioco del giudizio di bilanciamento.

credito, meno gravido di disvalore per i beni della pubblica amministrazione, e per il quale analoga attenuante neppure è considerata.

Il segnale chiaro è quello della “accessorietà” del traffico di influenze rispetto alla corruzione, il che giustifica, fermo restando l’ampio spettro applicativo della previsione determinato dalla natura indefinita del presupposto, l’idea di un traffico di influenze illecite di particolare tenuità che possa sfociare in una corruzione analogamente tenue; mentre, la mancanza di una simile corrispondenza, avrebbe potuto anche portare al paradosso di un traffico di influenze punito in concreto più gravemente della corruzione finale per fatto tenue.

Il rischio insito in tali previsioni è che esse finiscano per produrre un effetto distorsivo rispetto alle intenzioni legislative, quello di rendere comunque punibili fatti bagatellari: nel caso del traffico di influenze, per esempio, o perché insuscettibili di sfociare in corruzione o perché la retribuzione per il mediatore consiste in una mera regalia, e dunque fatti del tutto inoffensivi.

Verosimile espressione di quella incombente necessità di fornire al giudice, in questa materia, strumenti malleabili e plasmabili a seconda delle esigenze della “politica giudiziaria”, questa attenuante della “tenuità” finisce per concentrare su di sé sia l’immagine di un messaggio politicamente sbiadito, quale quello di concepire varianti “tenui” di fatti potenzialmente corruttivi, sia il tramite di un grimaldello di disfunzionalità del sistema. A volta l’eccessiva attenzione ai dettagli genera l’immissione nel corpo della normativa di pericolosi germi patogeni!

5. Gli altri interventi correttivi.

Più marginali sono le residue modifiche. La fattispecie dell’art. 2635 c.c. ha cambiato la propria denominazione, da quella meno impegnativa di «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità» a quella di maggior impatto comunicativo di «*corruzione tra privati*». Il fatto incriminato –verosimilmente contravvenendo agli obblighi internazionalmente assunti che reclamavano un più deciso “alleggerimento” della fattispecie³⁹ – è rimasto sostanzialmente inalterato, essendo necessario nel particolare contesto societario, oltre alla stipula del patto corruttivo, l’effettivo compimento da parte del corrotto dell’atto “infedele”, con conseguente nocumento per la società; il “ritocco” concerne proprio la descrizione dell’atto “venduto”, prima resa negli angusti e burocratici termini della «violazione degli obblighi di ufficio», ora estesa anche alla generica violazione di «obblighi di fedeltà».

³⁹) In chiave critica, sotto questo profilo, E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 246; ora anche *Rel. Mass. Cass.*, 15 ss.

La principale novità, anche nella prospettiva dell'adeguamento agli obblighi internazionali, consiste nel vistoso allargamento del novero dei soggetti attivi del reato. Mentre il primo comma, confermando quanto risultava in proposito nel previgente reato di infedeltà a seguito di dazione è costruito attorno a soggetti attivi che ricoprono cariche apicali nell'ambito societario, il secondo comma prevede una significativa estensione ed una pari significativa diminuzione della comminatoria penale, stabilendo, in sostanza, che il reato possa essere commesso da *chiunque operi per la società in posizione subordinata ai soggetti apicali*. La formula normativa, riproducendo quella che impiegata a proposito della responsabilità amministrativa degli enti (cfr. art. 5, comma 1, lett.b, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), esprime soltanto la relazione di subordinazione («*chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati nel primo comma*») senza indicare il rapporto di appartenenza alla compagine sociale, il che si traduce probabilmente nella possibilità di qualificare come soggetto attivo anche chi non sia formalmente dipendente della società, ma operi per essa a qualunque titolo. A tale qualità dovrà aggiungersi, come necessario presupposto, un legame di «fedeltà» verso la medesima, la cui violazione costituisce oggetto della illecita pattuizione.

Impercettibile la modifica sanzionatoria in aumento per entrambi i contraenti nel reato di cui al comma 1 (reclusione da uno a tre anni rispetto a reclusione sino a tre anni), merita segnalazione la parziale modifica del regime di procedibilità: prima il fatto era sempre procedibile a querela, ora, invece, si procede d'ufficio se «*dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*» (art. 2635, comma 5). La formula rappresenta l'espressione di un compromesso politico tra chi voleva soprassedere alla querela in ogni caso e chi invece era contrario a modificare il vecchio regime, ed è costruita attorno ad un evento, ulteriore e diverso da quello "tipico" di natura privatistica, che segnala profili di diretta rilevanza pubblica, quanto agli effetti distorsivi del mercato, del fatto concreto. Il criterio distintivo tra i due differenti regimi di procedibilità non è concettualmente errato, ma presenta margini di difficoltà applicativa probabilmente inediti in materia di querela, legati alla non immediata rilevabilità dell'evento preso in esame della norma. Più agevole sarebbe stato far riferimento al caso delle società quotate che fa scattare, ai sensi del comma 3, un raddoppio delle pene edittali ed avrebbe potuto costituire un meno insondabile spartiacque tra il regime della querela e quello ufficioso.

Tutte le altre modifiche apportate al sistema penale vigente, che non siano di mero coordinamento, concernono l'*entità delle pene* comminate, ritoccate in aumento più per le esigenze pratiche di rendere meno agevole il vero spauracchio costituito dal "traguardo"

prescrizionale che per obiettivi di coerenza sistematica, nonché l'estensione di pene accessorie interdittive e della confisca.

6. Una lode, comunque.

La rapida rassegna compiuta ha messo in luce talune non marginali carenze del testo novellato. L'incremento, pur contenuto, delle fattispecie criminose del diritto penale della tangente, realizzato per il tramite della frantumazione e del successivo diverso impiego di quelle esistenti, nonché della creazione di nuove figure, declinato secondo una oculata e rinnovata dosimetria sanzionatoria non potrà che innescare il sorgere di ulteriori formidabili questioni interpretative, soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra tali fattispecie, ancor di più nella immediata e "bollente" prova della vicenda intertemporale.

Ciò, tuttavia, non impone di rinnegare la lode alla cautela legislativa che in prima battuta abbiamo formulato, perché, al di là delle problematiche tecniche, gli indirizzi politico-criminali a cui la novella si è ispirata sono certamente condivisibili e largamente condivisi.

Qualunque intervento novellistico su un sistema penale ormai troppo degradato, dal trascorrere del tempo e dal malgoverno di chi avrebbe dovuto mantenerlo in efficienza, presta il fianco a critiche e determina il sorgere di problemi sempre nuovi e diversi, talvolta rendendo il rimedio peggiore del male. Scontato questo *handicap* e ferme restando le specifiche notazioni critiche rapsodicamente svolte, il giudizio complessivamente positivo sulla novella riposa sulla essenziale considerazione che, in una stagione politicamente complessa e in un clima non certamente proficuo per riforme razionali, meditate e di largo respiro, essa segnala comunque una svolta nel senso della serietà e della sobrietà della politica penale, dopo lo sfacelo indotto da una stagione catastrofica e dissennata.