

Riflessioni sui criteri “Maldera” alla luce dell’ordinamento penale: punti critici dell’interpretazione e della compatibilità costituzionale del micro-sistema concussivo.

di *Gian Marco Viva*

Sommario: 1. La difficoltosa ricerca di criteri univoci per la distinzione tra le fattispecie di concussione. - 2. La “soluzione” delle Sezioni Unite. - 3. Annotazioni critiche sul *dictum*: pietra tombale o istigazione al dubbio perpetuo? - 4. Compatibilità della ricostruzione operata con la realtà giuridica. - 5. Note conclusive e prospettive.

1. La difficoltosa ricerca di criteri univoci per la distinzione tra le fattispecie di concussione.

L’esordio è indicativo di un approccio diverso e particolare, fatto proprio dal legislatore con la riforma intervenuta con legge n. 190 del 2012. Diverso rispetto al passato, di rottura rispetto al corso giuridico previsto dal codice vigente. Particolare, perché raccoglie a piene mani le istanze legalitarie che animano la riforma ma le attua in un modo valutabile, perlomeno *ictu oculi*, singolare. A ciò si aggiunga la natura di “specialità” italiana del reato in esame, assente negli ordinamenti di *civil law* (laddove, di norma, la concussione è formalizzata quale estorsione aggravata dalla qualifica del soggetto agente¹).

Parlare di concussione al plurale, di più fattispecie afferenti l’area della pressione del pubblico ufficiale sul privato, comporta la necessità di un approccio nuovo e innovativo, seppur radicato in una concezione classica, propria della precedente legislazione. Uno sguardo al previgente codice penale² depotenzia la portata

¹ Un esempio è offerto dall’art. 423 del *Code pénal français* del 1994 che, al paragrafo 10, punisce l’estorsione del pubblico ufficiale o della persona incaricata di un servizio pubblico. Non si parla di una figura di reato autonoma ma di una circostanza aggravante soggettiva che aggrava il reato in considerazione della particolare qualifica rivestita dal soggetto agente.

² Si rammenta che gli artt. 169 e 170 c.p. 1889 contemplavano, rispettivamente, le fattispecie di concussione mediante costrizione (detta anche esplicita o violenta) e di concussione mediante induzione (conosciuta anche come implicita o fraudolenta). Si aggiunga che l’art. 170, comma 2, recava anche la previsione della concussione cd. negativa, ossia la condotta del pubblico ufficiale che, senza costringere o indurre il privato alla dazione o alla promessa, si limitava ad accettare quanto non dovuto, giovandosi dell’errore altrui. Seppur non replicata nell’odierno sistema, si riconduce la *ratio* incriminatrice di tale fattispecie all’attuale art. 316 c.p., laddove si punisce il peculato operato mediante profitto dell’errore altrui.

dirompente dell'introduzione dell'art. 319-*quater* c.p., momento significativo per il passaggio alla bipartizione odierna della concussione.

Tale passaggio, da ultimo denunciato, non può essere affrontato, e con esso la successiva evoluzione in sede ermeneutica, se non si considera che, nell'impianto originario, sussistente il solo art. 317 c.p., la dottrina e la giurisprudenza propendevano per la sostanziale indifferenza tra la condotta costringitiva e quella induttiva, ritenendo coperte entrambe le casistiche dall'ombrello della concussione³, nonostante una pretesa ponderazione in concreto dell'intensità del *metus rei publicae* alla base del comportamento del concusso.⁴

Ciò premesso, la legge "anticorruzione" ha operato lo spacchettamento della condotta concussiva, recuperando in parte l'approccio zanardelliano e fornendo di nuovo significato la fattispecie nel suo complesso, a partire dalla formulazione e dalla collocazione sistematica della neonata (o rediviva) condotta induttiva.

L'analisi degli aspetti accennati si reputa necessaria per giungere a profilare le soluzioni offerte in sede interpretativa, al fine di distinguere i fatti rientranti nelle due disposizioni. Invero, più che rappresentare un innesto indolore nell'impianto codicistico, l'art. 319-*quater* ha assunto, già immediatamente a ridosso della promulgazione della "Severino", uno dei punti critici attorno ai quali si è mossa una fetta consistente dell'interpretazione giuridica. A ben vedere, incasellamento e tecnica legislativa rischiano di sviare l'interprete dal retroterra concettuale munito del quale dovrebbe approcciarsi alla moderna formulazione della concussione induttiva.

Fattispecie collocata "a valle" delle ipotesi di corruzione (costituente ulteriore *vexata quaestio* di cui codesto scritto non rappresenta la sede di riflessione), dunque più vicina ad una sorta di corruzione rafforzata dai particolari intenti e dalle modalità di esplicazione della condotta criminosa da parte del soggetto dotato di *munera* pubblicistici, l'induzione indebita tradisce i suoi reali intenti anche attraverso una formulazione a tratti infelice e paradossale. Di fatti, risulta incomprensibile l'esplicita residualità della figura criminosa (espressa dalla clausola di riserva "*salvo che il fatto costituisca più grave reato*"), nonché alquanto fumosa la richiesta della qualificazione "indebita" della dazione o della promessa espressa a seguito di abuso della qualità pubblica (espressione ripresa direttamente dal codice previgente e senza risoluzione delle questioni sottese). Infine, con una

³ V'è da precisare che, tuttavia, in dottrina si sono progressivamente stratificati, sino alla vigilia della legge Severino, due orientamenti contrapposti, di cui l'uno riteneva la distinzione tra le due condotte una mera superfetazione intellettuale (v. Chiarotti, *Concussione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 11, 1961, p. 703) e l'altro dotava di rilevanza la distinzione (v. Forte, *Concussione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale II. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Coppi-Canestrari-Manna-Papa, 2008, Torino, p. 162).

⁴ Vedasi Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 1993, n. 2985, in C.E.D. Cass. n. 196049 che, pur analizzando la distinzione che in concreto si hanno nell'individuare una condotta costringitiva o meramente induttiva, non offre spunti per una riflessione differenziale tra le due fattispecie.

non minore perplessità, si legge il secondo comma, il quale sancisce la punibilità del concusso-indotto, a testimonianza che si è dinanzi ad una incriminazione paracorruttiva più che orbitante in seno alla concussione e animata dall'intento di fornire chiarezza e distinta rilevanza alle condotte ipotizzabili in sede di estorsione del pubblico ufficiale.⁵

Se le premesse inquietano sotto molteplici profili, a metterci il carico interviene un'esigenza (ovviamente) non soddisfatta in sede legislativa, di portata tale da far sperare in un intervento in interpretazione autentica, tuttora disatteso. In questo contesto, animato da una indesiderata rottura normativa, non si pone solo il problema di risolvere eventuali problemi di diritto intertemporale quanto piuttosto di operare un'azione di regolamento (e determinazione) dei termini tra le disposizioni che risultano dalla novella normativa. Si tratta di un'operazione tutt'altro che semplice, più vicina ad una fatica di olimpica memoria che ad un'operazione di ermeneutica giuridica, imperniata su due valutazioni cardine: 1) differenziazione qualitativa e quantitativa dei concetti di costrizione e induzione; 2) *quantum* di autodeterminazione lasciata al concusso al fine di porre in essere un comportamento alternativo *latu sensu* lecito.

Ebbene, l'insorgere della problematica distinzione tra le due incriminazioni non ha tardato a giungere all'attenzione della Suprema Corte che sul tramontare del 2012 ha affrontato la questione secondo una prima prospettiva, incentrata sulla caratterizzazione in termini di giustizia o ingiustizia del male prospettato dal funzionario e, dunque, sull'eventuale vantaggio conseguito dal privato.⁶

A ben vedere, la Corte propone un approccio oggettivizzante in merito alla valutazione della condotta tenuta dal soggetto pubblico che, delineando il concetto di costrizione quale forma violenta dell'espressione dell'abuso di qualità richiesto da entrambe le disposizioni, afferma la residualità dell'induzione, significativa che si presenta tendenzialmente atipico e a contenuto indefinito, qualificabile per differenza e in negativo rispetto alla caratterizzazione costrittiva. Se, dunque, la costrizione giunge a coincidere con la violenza, certamente prospettante un male ingiusto e l'assenza di una qualsivoglia forma di vantaggio per il privato concusso, l'induzione non avrebbe altro dato fisso che la prospettazione, anche in forma

⁵ Peraltro, *obiter dictum*, la previsione di una pena detentiva molto più mite per l'indotto (fino a 3 anni) rispetto a quella per il concussore-induttore (da 6 anni a 10 anni e 6 mesi) può qualificarsi come assolutamente irragionevole, in virtù di due fattori: 1) l'abuso non si traduce in una compressione invincibile dell'autodeterminazione del soggetto passivo che, più che cooperare alla realizzazione della fattispecie come in altre fattispecie a concorso necessario della vittima (es: art. 640 c.p.), giunge ad un accordo le cui potenzialità offensive si equivalgono, prendendo in debita considerazione le diverse offese perpetrate dai paciscenti; b) la previsione stessa della punibilità dell'indotto è incompatibile con la *ratio legis*, tesa a dipanare la matassa dei fatti rientranti nel fuoco dell'art. 317 c.p. ma animati da ricostruzione fattuale necessariamente distinta, mentre finisce per presentarsi come un "complemento" del sistema corruttivo, in antitesi con i progetti di legge iniziali.

⁶ Si tratta della sentenza *Roscia* (Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 3251).

blanda e larvata, di un male ingiusto, aspetto che non comprime affatto la capacità di autodeterminazione e resistenza del privato indotto, il quale potrebbe aderire alla proposta implicita nella minaccia ottenendo un vantaggio.

Oggettivizzazione a tratti confortante. Eppure, si è dinanzi ad un'inversione logica, passata peraltro in sordina. Far assurgere l'ingiustizia del male prospettato, connessa al vantaggio conseguibile dal privato, ad elemento differenziale significa, in un senso, allontanarsi dall'oggettività della valutazione e, per altro e differente aspetto, tradire la *ratio legis* dello spacchettamento normativo (peraltro, come già detto, mal rispettata in sede di definizione normativa). Si proceda con ordine nella valutazione di tali aspetti.

L'allontanamento dalla pretesa natura oggettiva di tale distinzione si coglie laddove, nella motivazione della Corte, si fa riferimento alla violenza nella sua accezione "morale" e non *latu sensu* "psicologica", dunque non materialmente riferita al fisico della persona offesa. Non è dato sapere se il vocabolo utilizzato ricomprenda anche tal ultimo significato (ragionevolmente, l'accezione prospettata andrebbe ricompresa in altre forme delittuose). Certo è che se si accede al dato morale ci si addentra in meandri che dovrebbero essere ben distanti dal terreno d'elezione del diritto penale. Invero, per come espresso dal giudice di legittimità, la violenza morale sarebbe quella che si risolve in una minaccia di male ingiusto, recante una lesione giuridicamente rilevante.⁷ È proprio nel significante "minaccia" che si ravvisano i maggiori problemi interpretativi in quanto, proprio a partire dalla comunanza genetica di concussione ed induzione, assegnare a tale termine efficacia dirimente appare perlomeno pretestuoso. Medesimo discorso può condursi in riferimento al "male", non corredandosi tale termine della dovuta specificità giuridica. Ciò soprattutto in considerazione della diversa valutazione della minaccia a seconda del soggetto che la riceve. Seppur si tratti un concetto non sconosciuto alla penalistica, la definizione della Cassazione non convince perché non specificata né dettagliata nel suo necessario intendersi e, quindi, nel significato da attribuire.⁸

Anche qualora non si volesse considerare valida l'argomentazione finora posta, viene in soccorso, al fine di depotenziare la portata del ragionamento svolto dalla VI sezione, il secondo degli elementi attenzionati. Come già accennato, la formulazione dell'art. 319-*quater* c.p. risulta infelice nel momento in cui si accosta codesta fattispecie all'art. 317 c.p., mentre ben più coerente risulterebbe un accostamento alle fattispecie di corruzione. Si è al cospetto di una disposizione che, nel tentativo di affermare un concetto, ne palesa un altro ma tenta di convincere che è il primo il concetto valido.

⁷ In termini, dunque, non dissimili rispetto a quanto proposto in sede di interpretazione dell'art. 612-*bis* c.p., contenente la fattispecie di atti persecutori.

⁸ Proprio in tal senso, si rammenta che l'art. 612 c.p., recante il delitto di minaccia, richiede quale elemento costitutivo la prospettazione di un ingiusto danno all'offeso. Il danno è referente giuridico indiscutibile e oggetto di ponderazione tanto in sede penale quanto civile.

Trascendendo la follia giuridica data da un disordine di collocamento e formulazione non certamente rimediabile all'interno di queste righe, rimane la possibilità di interpretare, aggiustare, mantenere e adattare l'esistente. In questo, l'opera dell'interprete fuoriesce dalle ovattate stanze del diritto e si accosta più propriamente all'opera di battere il ferro caldo propria del fabbro.

Divagazioni a parte, la problematica che si tenta di esplicitare è la seguente: ammettere che parte dell'elemento differenziale tra le fattispecie risieda nella possibilità per il privato di giungere ad un qualche tipo di vantaggio a partire dalla pressione del funzionario-concussore significa, a conti fatti, configurare una fattispecie corruttiva, seppur *sui generis* per l'inversione dei ruoli che ne deriva. Siamo dunque all'interno della corruzione o dell'estorsione del pubblico ufficiale? Seppur si tratti di mondi limitrofi e, per certi versi, connessi, sono fattispecie distinte basate sulla dicotomia accordo-non accordo. Da un lato, soggetti paciscenti posti su un piede di parità nell'azione criminosa, dall'altro un'aggressione che si distanzia dal patto, in ogni sua pretesa forma. Certamente, la riflessione degli Ermellini è dettata dalla formulazione della disposizione sull'induzione che, al comma 2, punisce il privato-indotto. Ciò non può comunque costituire la base del ragionamento, quale invece appare essere secondo i dettami della Cassazione.

Ciò detto, parallelamente, la Suprema Corte, posta dinanzi ad un'ulteriore questione relativa alla qualificazione del fatto storico in termini di concussione o di induzione indebita a dare o promettere utilità, fornì una diversa e, *a posteriori*, egualmente insufficiente soluzione del problema, a circa 24 ore dalla sentenza precedente.⁹ Le singolarità della pronuncia e della diversa ricostruzione di cui si darà conto dappresso risiedono nella medesimezza della sede in cui viene elaborata (sempre la VI sezione penale), dalla vicinanza temporale e, più di ogni altro dato, dalla natura diametralmente opposta del responso a cui si giunge. Invero, il collegio chiamato a decidere ha stavolta tenuto conto dell'effetto della condotta del funzionario pubblico sul foro interno del privato. Sulla base di un elemento comune riconosciuto nella caratterizzazione abusiva dell'impiego della qualifica di pubblico ufficiale, l'elemento differenziale risiederebbe solo nel riflesso soggettivo (*ex latere victimae*) della modalità con cui si estrinseca l'abuso.

L'incedere di questo orientamento si è appalesato quasi immediatamente incerto, fino al punto di non riuscire ad imporre e ad essere soppiantato, per una riflessione banale quanto scontata (perlomeno, ad un'accorta lettura dei principi di fondo del sistema penale). Agganciare la distinzione tra due fattispecie e, a valle del ragionamento, l'applicazione dell'una o dell'altra disposizione ad un elemento dotato di un'elevata carica di discrezionalità di giudizio, nonché di manifestazione, appare ai limiti dell'assurdo e certamente ragionevole alla luce dei principi di fondo del sistema.

⁹ Il riferimento è alla nota sentenza *Nardi* (Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 8695), in cui il giudice di ultima istanza ha affermato gli effetti psicologici costituiscono l'unico punto di divaricazione tra condotte altrimenti assimilabili e caratterizzate da una sostanziale continuità normativa.

Da un lato, l'effettivo riscontro dell'impressione della condotta del pubblico ufficiale nei confronti del privato, seppur in astratto valutabile attraverso regole di comune esperienza o riscontri fattuali e comportamentali nella condotta tenuta da quest'ultimo, rimane inficiata da una duplice constatazione scientifica: 1) incontrollabile mutevolezza dell'opinione umana e della restituzione degli effetti psicologici subiti dall'esterno attraverso l'elaborazione del pensiero e della ragione; 2) parzialità della valutazione di un medesimo comportamento a seconda del tipo psicologico che la stessa condotta criminosa incontra nel suo esteriorizzarsi nel mondo materiale. Lungi dal voler invadere il campo della scienza psicologica e psichiatrica, si tratta di massime valutative di patrimonio generale nel sentire comune che conducono ad escludere l'affidabilità assoluta della valutazione dell'abuso nel porsi alla base della scelta tra l'una o l'altra incriminazione.

Su altro e successivo versante, è evidente come il vizio logico appena dimostrato nel ritenere dotata del valore di *plena probatio* la valutazione precedente si riverbera inevitabilmente sulla genuinità dell'opera del giudicante. Incominciata l'attività ermeneutica a mezzo degli effetti sortiti dalla condotta abusiva del pubblico ufficiale, il giudice giunge a brancolare nel buio. La purezza soggettiva del criterio lo priva del *quantum* di affidabilità richiesto (o, meglio, imposto) dall'analisi delle norme in campo penale e dalla loro applicazione.

Gli orientamenti finora esposti si dimostrano parimenti deficitari e incapaci di cogliere l'essenza della problematica nel quadro dei principi di sintesi del diritto penale. Entrambi, lungi dall'essere realmente sostanzialista o dall'aderire ad una concezione innovativa della distinzione di norme contigue e accomunate da identica oggettività giuridica, giunge a forzare indebitamente (è il caso di dirlo, alla luce del contesto) la mano e a fuoriuscire dai ranghi in modo assolutamente irragionevole.

Di quanto detto si è avveduta la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, dopo aver fornito sporadici supporti alla seconda teoria¹⁰, ha tentato la composizione del contrasto e la ri-meditazione della questione attraverso un approccio definito "misto".¹¹ Codesta corrente di pensiero, a sua volta assolutamente minoritaria, nel tentativo di giungere ad un compromesso, tenta di gerarchizzare i criteri *ut supra* fissati. In particolare, privilegiando il dato discretivo della diversa pressione psichica ai danni del privato, dotata di differenti risvolti, giunge a definire il dato del vantaggio indebito quale aspetto ancillare e complementare (per meglio dire, correttivo).

Tale ragionamento ha dimostrato più di una falla nella medesima sentenza in cui è stato proposto, scatenando molteplici dubbi che hanno provocato incertezze circa la compatibilità rispetto alla Costituzione della nuova disposizione sull'induzione. A questo si aggiunga che, pur enunciando una possibile compenetrazione tra gli orientamenti sino a quel momento in voga, la Corte giunge ad affermare che la

¹⁰ Vedasi (*ex paucis*) Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 13047.

¹¹ Espresso dalla pronuncia *Melfi* (Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11794).

formulazione deficitaria dell'induzione e la scarsa chiarezza identificativa rispetto alla concussione tradizionale imporrebbero di ricercare “*elementi sintomatici ulteriori idonei a favorire una più netta differenziazione tra i concetti di costrizione ed induzione*”. A conti fatti, dunque, più che costituire un vero e proprio indirizzo aggiuntivo, l'approccio seguito in questa “terza via”, tentata senza troppa fortuna, finisce per essere null'altro che una superfetazione priva di reale utilità.

Tirando necessariamente le fila del discorso, è più che scontato affermare che nessuno degli scoscesi sentieri intrapresi dalla giurisprudenza ha condotto ad un risultato rilevante. La concentrazione, costante nelle pronunce, sul raffronto tra antica e odierna concezione di induzione e la scarsa attenzione alle lacune di principio e normative insite nella differenziazione delle condotte di concussione hanno costituito il punto focale dell'insuccesso. È pur vero che il denominatore comune risiede nella mancanza di appigli oggettivi o oggettivamente valutabili (*ergo*, calcolabili), aspetto cruciali ai fini del rispetto della legalità su due piani distinti. Il primo è quello dell'individuazione dei parametri su cui può poggiare e collocarsi a sistema la fattispecie dell'art. 319-*quater* c.p., mentre il secondo riguarda la distinzione netta e irreversibile delle condotte concussorie. Se il primo dei due profili concerne un'indagine monotematica che involge la ragion d'essere dell'induzione penalmente rilevante, il secondo è quello certamente di maggior momento, per le ricadute applicative immediate sulla valutazione giudiziale delle pressioni del funzionario pubblico.

2. La “soluzione” delle Sezioni Unite.

Il fallimento delle sezioni semplici nell'individuazione di coordinate certe ha condotto alla necessaria (e sperata) rimessione alle Sezioni Unite della delimitazione delle aree di competenza delle fattispecie.

La problematica si è posta sin da subito in termini differenti rispetto al passato, prendendo spunto da un dato essenziale: in entrambi i casi si è dinanzi ad una condotta abusiva, connotata da maggiore o minore potenziale offensivo immediato. Il vero problema è costituito dall'individuazione di un confine che consenta di distinguere nettamente e pacificamente il caso in cui si integri una semplice concussione o si sia di fronte ad un caso, più arduamente individuabile, di induzione indebita.

La ricerca di parametri oggettivi, affidabili, di sicura scienza e conoscibilità, è cruciale sotto almeno tre aspetti. Il primo è certamente quello del miglior accertamento della responsabilità, successivamente alla ricostruzione dei fatti. In secondo luogo, viene in rilievo la possibilità di giungere a ricostruire correttamente il nesso causale e a garantire l'efficienza del giudizio di prognosi postuma. Da ultimo, tale aspetto garantisce il rispetto dei principi di sistema. È indubbio che la validità di una fattispecie incriminatrice, così come i suoi rapporti con le altre disposizioni incriminatrici affini o poste a tutela del medesimo bene giuridico, passa dal rispetto della legalità e delle sue sfumature. Giusto o errato che si possa

considerare, quello che è stato appena affermato è lo stato dell'ordinamento, l'istantanea del sistema giuridico attuale.

Sulla base di codeste coordinate, le Sezioni Unite hanno mosso dei passi nella direzione del necessario compromesso. Uno stravolgimento delle posizioni precedentemente esaminate risulta, così come risultava certamente allora, impossibile o ai limiti del fantascientifico. Non si sarebbe dovuto porre in essere un semplice *revirement*, uno spostamento, anche netto e senza appello, dell'orientamento dominante dall'uno all'altro estremo, ma si sarebbe dovuto, per converso, radere letteralmente al suolo le convinzioni su una normativa ancora instabile e di nuova applicazione. Per questo, così come per altre motivazioni di logica più che di diritto, il compito della giurisprudenza doveva, come è stato, quello di comporre contrastanti vedute nell'ottica dell'aumento del grado di certezza interpretativa e applicativa.

Ciò detto, la Suprema Corte si è pronunciata¹² affermando il seguente principio di diritto: *«La linea di discrimine tra le due fattispecie ruota intorno al fatto che, nell'induzione indebita prevista dall'art. 319-quater c.p., si assiste ad una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Al contrario, nel reato, più grave, della concussione per costrizione si sarebbe in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario.»*. La lettura di quanto sancito dalle Sezioni Unite deve effettuarsi alla luce della censura di non autosufficienza di cui gli orientamenti precedentemente cristallizzati erano affetti, tutti e tre ugualmente carenti nel fornire, a detta del Supremo Collegio, un criterio discrezionale ancorato a basi oggettive e, per questo, compatibili con il principio di legalità formale, nonché con la correttezza dell'accertamento della responsabilità penale.

Dunque, lo spaccettamento della condotta concussiva ha condotto a ragionare nel senso che, se l'art. 317 c.p. è caratterizzata da un abuso costrittivo perpetrato per violenza o minaccia di danno ingiusto, da cui deriva grave limitazione dell'autodeterminazione del privato ma nessun vantaggio indebito per lo stesso, nell'art. 319-quater c.p. è presente un abuso induttivo, ossia una condotta di suggestione e pressione con minor potenziale limitativo dell'autodeterminazione del privato, il quale cede alle persuasioni del pubblico ufficiale per raggiungere anch'egli un tornaconto personale.

In tutti i casi, è ben presente ai giudici che sia la condotta costrittiva che quella induttiva *«cagionano un danno al destinatario e nessun rilievo ha la circostanza che il pregiudizio negativo prospettato sia o meno conforme all'ordinamento.»*¹³, in accordo con quanto desumibile dalla volontà del legislatore del 2012 e dalla formulazione delle due disposizioni, in gran parte identica.

¹² Il riferimento è a Cass. pen. sez. un., 14 marzo 2014 n. 12228, ric. Maldera e altri.

¹³ v. sentenza citata.

Ne deriva, dalla cruda lettera della sentenza, che la distinzione tra le due figure poggia su un duplice dato differenziale. Il primo risiede nel grado di autodeterminazione che residua in capo al privato concusso/indotto, da intendersi come libertà di deliberare sulla “richiesta”, più o meno intensa, del pubblico ufficiale. Il secondo aspetto si identifica con la sussistenza o meno del vantaggio che il privato può conseguire dall’adesione alla pressione del pubblico ufficiale. Si discorre, quindi, di criteri che, a parere della Corte, seguono la pretesa esigenza di *«superare l’evasivo criterio di verifica “soggettivizzante” del diverso grado di pressione morale e di ricercare un elemento oggettivo che sia in grado di offrire ai due concetti un tasso di maggiore determinatezza.»*, alla luce di *«un razionale assetto di valori in gioco che non può essere trascurato.»*

In sintesi, la Corte rinviene il dato che distingue e distanzia le due fattispecie è costituito da un processo di stretta derivazione del vantaggio del privato dalla proposta del pubblico ufficiale, a fronte di una minore compressione della propria autodeterminazione, a differenza di quanto accade nella concussione, in cui la volontà del concusso si considera annullata. Ad un elemento oggettivo, il quale finisce col fondare (implicitamente) la legalità della stessa disposizione dell’art. 319-*quater* c.p., schermandola da censure di incostituzionalità, si accompagna un criterio di dubbia rilevanza pratica che, tuttavia, invece di scadere nell’inutilità diviene pericoloso germe di incertezza. Di fatti, è sulla graduazione della possibilità di resistenza del privato che si gioca la partita sul confine tra le due fattispecie, elemento che, come si dirà più innanzi, potrebbe costituire il fulcro di un differente approccio al problema.

La doppia condizione richiesta dalle Sezioni Unite non viene ulteriormente specificata. Nel tentativo (a tratti disperato) di mediare tra i vari orientamenti che inoculavano una sempre maggiore dose di dubbio, la Corte ha tracciato il solco per mezzo di due elementi contrapposti, a tratti confliggenti, operanti su piani distinti, l’uno valutabile e l’altro totalmente sfuggente (o pressoché incontrollabile).

3. Annotazioni critiche sulle conseguenze del dictum: pietra tombale o istigazione al dubbio perpetuo?

I “criteri *Maldera*” (se così possono essere definiti) tengono tuttora banco nella disputa, oramai annosa, riguardante l’identificazione della condotta induttiva e il suo distanziamento da quella concussiva “pura”. Gli arresti dell’ultimo quinquennio, tuttavia, risultano tutt’altro che granitici sul punto, tant’è che risulta lecito, se non d’obbligo, interrogarsi sul loro valore o, più correttamente, sulla loro reale compatibilità con il sistema del diritto penale.

Un meccanismo alquanto affidabile per comprendere gli effetti dei criteri sull’interpretazione successiva è quello del confronto con le nuove pronunce sul tema, quelle che, forzatamente o spontaneamente, aderiscono alla *Maldera*. Indubbia rilevanza è stata fornita al dato della prospettazione di un vantaggio per il privato, direttamente conseguente alla prevaricazione del pubblico ufficiale diretta alla causazione di un danno antigiuridico, con propensione per la fattispecie di

concussione ordinaria nel caso di assenza di un vantaggio accompagnato da una totale compressione dell'autodeterminazione del privato.¹⁴ Ciò, in ogni caso, non ha sopito minimamente il dibattito.

Si aggiunga, infatti, la non recessività degli orientamenti precedenti al preteso componimento del contrasto giurisprudenziale, evidenti in talune sentenze di merito¹⁵ che hanno alimentato le criticità circa l'effettivo *discrimen* tra le due figure, gettando più di un'ombra sulla reale validità e tenuta sistemica dell'induzione indebita. Comunque, non solo giurisprudenza delle Corti territoriali ma anche di legittimità è tornata a calcare i vecchi sentieri ideologici, con un incontestabile recupero (per la maggiore) della dicotomia danno *contra ius/secundum ius*.¹⁶

Dal quadro brevemente tratteggiato, emerge una lampante confusione e una parziale inefficacia di quanto stabilito dalle Sezioni Unite. È un fenomeno dagli effetti certamente destabilizzanti, visto il disorientamento giudiziale nella ricerca di criteri univoci per l'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie, in una casistica peraltro per nulla infrequente e per una tipologia di reato dotata della massima offensività, sia in ordine al bene giuridico protetto che alle conseguenze derivanti da tali illeciti. Tutto questo conduce a due conclusioni, ben evidenti. La prima è quella, scontata e per nulla paradossale, per cui i "criteri" si siano risolti in un buco nell'acqua; si tratta di un'inefficienza incolpevole, non causata con dolo ma frutto di problematiche più profonde, involgenti la validità della costruzione normativa dell'induzione indebita, la sua compatibilità con l'ordinamento e la veridicità della praticabilità reale di un'*actio finium regundorum* tra le due disposizioni bersagliate. In secondo luogo, il silenzio su tanti, piccoli aspetti della questione suggerisce una necessità di innovazione più radicale, che trascende le aule delle Corti.

Dunque, la distinzione tra concussione ed induzione deborda i confini di una problematica inter-norme e giunge a definire criticità radicali, tanto che la questione si trasforma: dalla tenuta dei criteri finalizzata alla migliore comprensione delle due fattispecie si passa alla legittimità dell'induzione così come ricostruita dal legislatore. I criteri, quindi, più che appalesarsi come incompatibili con le norme in sé, risultano incompatibili con l'ordinamento per l'invalidità radicale dell'induzione come positivizzata.

¹⁴ v. Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, ric. Adamo, in CED Cass. La Cassazione, al fine di applicare l'art. 317 c.p. in luogo dell'art. 319-*quater* c.p., fa leva su un «comportamento del pubblico ufficiale che agisce con modalità o forme a tal punto pressanti da non lasciare margine di libertà di autodeterminazione del destinatario della pretesa illecita».

¹⁵ v. Trib. Milano, sez. IV pen., 24 giugno 2013, n. 7927 in nota di GATTA, *La sentenza sul caso Berlusconi-Ruby sotto la lente del giurista: un'occasione per riflettere sulla nozione di minaccia penalmente rilevante*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2013.

¹⁶ v. Cass. pen., ord. sez. VII, 12 novembre 2014, n. 50482, richiamata in COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, n. 2/2017.

A prima vista, ritenere potenzialmente incompatibili i “criteri” con l’intero ordinamento appare più frutto di una sterile critica che di un reale convincimento sulla carenza dell’approdo a cui è giunta (faticosamente) la Corte di Cassazione. Un tentativo andava fatto: si può semplicisticamente chiudere in questi termini, precisando come si tratti di un esperimento di districamento di una delle matasse giuridiche più temibili del diritto penale, peraltro di indiscutibile pregio. Un tentativo, è da precisare, in entrambi i sensi, poiché che la giurisprudenza di legittimità, mediamente, ha tutelato la conservazione dell’art. 319-*quater* c.p.

Ebbene, ciò affermato, le conclusioni a cui si giunge, tramite un’accurata analisi dei termini del ragionamento posti dalla suprema giurisprudenza, risultano diametralmente opposte alla stabilità, alla fermezza e alla chiarezza. In sintesi, per ciò che si andrà a dire, il “castello *Maldera*” è ben lontano dal possedere solide fondamenta, gettando più di un’ombra sulla vigenza della “nuova” anticorruzione.

Ad un primo grado di indagine, la saldezza viene meno ad un livello logico, tanto teorico quanto pratico. La demarcazione del confine tra le due fattispecie si basa su un’ibridazione tra istanze oggettivizzanti e necessità di soggettivizzazione del fatto tipico al fine di un suo incasellamento nell’una o nell’altra disposizione. Sul piano teorico, i criteri fissati formano un’antinomia più che un omogeneo dato differenziale. Pur ad ammettere la giustizia di una doppia valutazione, per *step* successivi, la derivazione di un accertamento obiettivo, imperniato sull’esistenza di una contropartita per il privato, dal preventivo vaglio di un grado di autodeterminazione mediano tra l’assoluta compromissione, propria della concussione, e la conservazione della piena volontà di agire, sfociante nelle attigue ipotesi di corruzione, costituisce una forma di *reductio ad absurdum* che maschera le criticità dietro un velo, sottile, di giuridichese: il fuoco è pur sempre fuoco, scalda e brucia, anche se nascosto dietro un parafiamma che riduce il calore e raffredda lo spazio protetto.

In buona sostanza, qualsiasi critica si voglia rivolgere alla ricostruzione delle Sezioni Unite giunge in un vicolo, non cieco ma dotato di una linea di traguardo ben marcata. Un vizio logico, nemmeno troppo velato, contamina in radice la possibilità di affidarsi ai posti “criteri” per distinguere con affidabilità le fattispecie. Altrettanto più palesemente, disvela l’insufficienza del procedimento di formazione della fattispecie e ogni questione di validità dell’art. 319-*quater* c.p.

4. Compatibilità della ricostruzione operata con la realtà giuridica.

Se la critica giuridica può apportare un contributo, ciò è possibile nei limiti del ragionamento critico. Pur seguendo direttrici logiche, la prospettiva di una soluzione della problematica in chiave apodittica, slegata da un solido addentellato normativo, si risolve nel nulla. La mobilità, la liquidità del diritto giunge, in molti casi, a stridere contro i principi di sentire comune, così come con quelli di logica più empirica.

Posto un punto di partenza, altrettanto distante dalla certezza e dalla pretesa di verità, occorre interrogarsi sul perché i criteri offerti in sede di soluzione del

contrasto risultino incompatibili con il sistema e con la *ratio legis* che ha condotto all’emanazione della bistrattata normativa sull’induzione. A patto che, ciò ammesso ma non necessariamente concesso, che di una vera e propria *ratio* si possa parlare.

Con ordine, il ragionamento condotto dal Supremo Consesso poggia, focalizzando l’attenzione sui dettagli, su due aspetti essenziali. In primo luogo, emerge la necessità di salvaguardare la norma dalla futura (e non molto remota) possibilità che la disposizione dell’art. 319-*quater* c.p. venisse sottoposta alla tagliola della Consulta per indeterminatezza e a-tassatività (dunque, aperto contrasto con l’art. 25 Cost.). Solo successivamente, nel merito della ricerca di parametri distintivi, si è appalesata la necessità di condurre un’indagine su cosa effettivamente costituisca induzione e in che termini (giuridici) tale concetto potesse leggersi in antitesi con la costrizione concussiva. Due questioni strettamente giuridiche: di questo si tratta, seppur la prima possa ricondursi ad una sorta di giurisprudenza “politica” del vertice della magistratura.

È proprio il primo e più controverso aspetto a destare le maggiori problematiche. Il palese intento dell’operazione della Cassazione in tal senso si spiega con lo scopo di salvaguardare una incriminazione “recuperata”, una disposizione ritenuta necessaria nell’impianto della riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. Si tratta di una disposizione figlia dei suoi tempi, del rinnovato intento, preventivo ma soprattutto repressivo, di porre un argine alla dilagante corruzione (*latu sensu*) del buon andamento, dell’imparzialità e, più in generale, della trasparenza dell’apparato pubblico. È una “ragion pratica”, secondo una dizione kantiana, collegata alla rinnovata necessità di ancorare l’astratta e generale legge alla realtà sociale dell’ordinamento, calato in un contesto in cui i mutevoli e ambivalenti moti dell’agire umano devono essere coperti da un’adeguata risposta sanzionatoria, tesa alla protezione degli interessi fondamentali del sistema. Codesta scelta, dettata da esigenze politiche (intendendo con ciò la corrispondenza alla politica legislativa di fondo), costituisce la tela su cui si muovono considerazioni giuridiche di non poco conto.

Invero, seppur la Suprema Corte abbia agito in maniera sistematica, come del resto da compito che le è istituzionalmente attribuito, è innegabile come un’operazione di adattamento, compromissoria ma slegata dal collegamento sistematico tra le norme, comporti un *vulnus* ben più grave rispetto al pericolo di un’espunzione (con conseguente obbligo di riedizione del potere legislativo). La lesione si coglie su livelli differenti, uno direttamente ed immediatamente collegato al sistema del diritto positivo e l’altro ravvisabile nella (in)compatibilità con i principi di fondo del diritto penale.

Sotto il primo profilo, la soluzione delle Sezioni Unite finisce col spiegare tanto la *ratio* di fondo dell’inserimento dell’art. 319-*quater* c.p. quanto la sua problematica distinzione con l’art. 317 c.p. Se nel secondo caso l’operazione è più opportunistica che ponderata, nel primo la Cassazione giunge a fondare il significato dell’induzione su parametri tutt’altro che conformi a legalità.

In primo luogo, la disposizione è residuale, un aspetto che non si comprende data la sua maggiore gravità sul lato del trattamento della persona offesa (qui sanzionabile). Ciò non risponde alle necessità denunciate in sede di varo della legge 190, tese all'ampliamento delle condotte sanzionabili e ad una responsabilizzazione del privato consenziente.

Inoltre, la Cassazione giunge a interpretare l'abuso richiesto come causazione di danno ingiusto e, arricchendo tale significato, al fine di differenziarne il contenuto con l'abuso richiesto dalla norma, formalmente identica formulazione del delitto di concussione, con la necessità che al danno corrisponda un vantaggio, di qualsiasi tipo, per l'indotto che cede alle pressioni ricevute. La giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato il concetto di abuso sia con un significato direttamente incriminante (vedasi l'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.) che quale clausola generale a contenuto negativo che tende a limitare il possibile uso distorto di prerogative e diritti propri dei soggetti che li azionano (si pensi al concetto di abuso del diritto). In entrambi questi casi, il concetto è unidirezionale, nel senso che ad un abuso giuridicamente inteso non si risolve mai in un reciproco vantaggio, appannaggio tanto di chi abusa quanto di chi subisce l'abuso. È evidente la forzatura logico-giuridica nella formulazione legislativa, anche se, più che di un vero e proprio scardinamento delle categorie di ragionamento tipiche si dovrebbe parlare di un'erronea interpretazione di concetti elementari. Ovviamente, con ciò non si intende affermare una stravagante condotta dei giudici di legittimità nel valutare il caso. La Cassazione deve muoversi nell'ambito dei compiti di nomofilachia che gli sono propri e non può sindacare la legittimità costituzionale, in termini di ragionevolezza, del dettato normativo, spiegando il limite che non consente una corretta risoluzione del problema.

Infine, l'incriminazione del privato non appare coerente, ora come allora, se l'induzione deve rappresentare una forma di concussione, per quanto *sui generis*. Si tratta di un elemento decisivo per smascherare la mistificazione della figura dell'induzione indebita. Di questo aspetto, la dottrina più accorta si è già avveduta da tempo¹⁷, in particolar modo sulla base dei recenti rilievi giurisprudenziali che hanno evidenziato una sempre maggiore assimilazione della figura al sistema della corruzione tecnicamente intesa. Si tratta di un'idea che, successivamente, sarà ripresa per uno spiraglio interpretativo su una possibile soluzione della questione.

Se questo è il quadro in cui si muovono le obiezioni alla ricostruzione della Suprema Assise sotto un punto di vista di coordinamento intra-sistemico, sul piano ordinamentale tutti gli orientamenti, incluso quello che si pretende assumere quale stella polare in una notte buia, appaiono radicalmente compromessi per violazione del principio di legalità.

Leggendo i "criteri" sotto la lente di osservazione offerta dall'art. 25 Cost., e più a monte dell'art. 3 Cost. in quanto a ragionevolezza, sorgono dubbi ulteriori su come

¹⁷ *In nuce*, il concetto sembra emergere in COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, cit.

la “operazione *Maldera*” soffra di vizi genetici calcolati, studiati, per evidenti ragioni di opportunità. Ebbene, sono almeno due i profili da tenere in considerazione.

In prima battuta, la formulazione parzialmente identica delle due disposizioni. Seppur ciò non generi alcuna criticità (perlomeno apparente) sotto il profilo della determinatezza e della precisione, per derivazione assunta dalla consolidata validità della disposizione sulla concussione¹⁸, diverso discorso di può condurre in merito alla tassatività. La duplicazione normativa corredata dalla mutazione insita nella caratterizzazione della condotta del pubblico ufficiale non dispiega perfettamente i suoi effetti sperati, in assenza di una circostanza aggravante (si pensi al confronto tra le fattispecie degli artt. 640 e 640-*bis* c.p.), di una diversa qualifica del soggetto attivo (vedasi il rapporto tra gli artt. 314 e 646 c.p.) o ancora di una modulazione differente dell’elemento soggettivo o di elementi accidentali della fattispecie (si noti il rapporto di specialità unilaterale tra le tipologie di sequestro personale ex artt. 605 e 630 c.p.).

Nel caso dell’art. 319-*quater* c.p. non si verifica nulla di tutto ciò, non vi sono aspetti che nelle altre fattispecie consentono di decidere sulla differenza applicativa. Inoltre, la clausola di riserva, oltre a non modulare il bene giuridico di riferimento in una delle sue fattispecie e pur creando una formale gerarchia con l’art. 317 c.p., non ha alcun effetto sul piano pratico perché non definisce il dato discrezionale.

Infine, pur ammettendo che il *discrimen* passi per la sola differenza tra “costringe” e “induce”, si ritorna al punto di partenza. Si tratta di lemmi, comuni nel linguaggio quotidiano, dotati di estrema variegatura sul significato e non di stretta appartenenza al lessico giuridico. Il punto è qui strettamente ontologico, di formazione, e nomologico, riferito al significante utilizzato. L’induzione rimane un aspetto avulso dal panorama giuridico e non riconducibile allo stesso, per quanto detto sull’insondabilità delle sfaccettature del dato psicologico del privato in riferimento alle pressioni, qualora queste non escludano recisamente qualsiasi margine di manovra della vittima.

Tutti gli aspetti toccati si riconducono all’alveo della legalità formale, determinando una sostanziale incompatibilità dei “criteri” con il panorama costituzionale. Ciò perché è la stessa Cassazione a non rispettare la legalità formale ed accedere ad un parametro di legalità sostanziale. Aspetto, quest’ultimo, che seppur encomiabile dal punto di vista della lungimiranza, della prospettiva dell’ordinamento, il quale si spinge sempre più in quella direzione, non rappresenta una soluzione percorribile nell’ottica attuale. Dunque: lettura perspicace e precorritrice dei tempi o errata interpretazione dettata da esigenze extra-giuridiche? In entrambi i casi, si assiste ad una lettura al contempo riduttiva e pretenziosa.

¹⁸ Seppur il concetto di abuso, come già visto, costituisce una problematica ancora aperta e all’attenzione della giurisprudenza.

Accedere all'una o all'altra definizione, dunque, appare impervia opera estranea a codesto scritto.

A partire dalle superiori considerazioni, si può affermare che la carenza di tassatività dell'induzione indebita travolge ogni ragionamento in merito alla distinzione delle fattispecie e rende effimero ogni tentativo di dotare di significato la stessa formulazione dell'art. 319-*quater* c.p. Tutto ciò con l'effetto, non secondario, di demolire la rilevanza della sfumatura tra l'una e l'altra incriminazione. Si badi bene però: questo non significa che le condotte più marcatamente attinenti all'area dell'induzione (a voler dare a codesto vocabolo un significato *in ius*) vadano ricondotte all'impunità penale. Anzi. Se non si può dubitare della possibilità che, in alcuni casi, si possa andare incontro alla semplice riconduzione della fattispecie concreta nell'art. 317 c.p., in altri, quelli più strettamente attinenti alla *ratio legis*, i contorni dell'induzione terminano col trasfigurarsi in forme di corruzione, sconosciute all'ordinamento per la semplice provenienza iniziale del proposito criminale.

5. Note conclusive e prospettive.

Tutto quanto sopra esposto conduce ad auspicare la fine della stagione della sentenza *Maldera*, emessa, questo sì, per esigenze di tenuta sistematica di rango pari a quelle proprie di altri pantagruelici punti di domanda del nostro ordinamento (vedasi la mai sopita questione in merito all'ammissibilità del concorso di persone cd. anomalo di cui all'art. 116 c.p.). Un contrasto, a dire il vero, obbligato: difficile pensare di poter trovare una soluzione nel breve termine, anche se la stessa si rende di insopprimibile urgenza laddove si vadano a concepire i rischi che una normativa ali limiti dell'incostituzionalità può provocare.

Questo scenario di guerra necessaria dal sapore hegeliano potrebbe trovare un rimedio in una prospettiva alternativa che transita per l'espunzione dell'art. 319-*quater* dal codice. Tale eradicazione non deve, in ogni caso, recare nocimento alla necessità di copertura delle fattispecie che la realtà ben conosce e che si è cercato di ricondurre faticosamente in un quadro di legalità di difficile affermazione e infelice definizione. Quindi, è necessario segnalare come non si intende qui censurare la volontà di punire il privato compiacente ma solo indicare una via diversa, coerente con l'ordinamento.

Ciò detto, si tratta di uno di quei casi, a ben vedere, in cui la lettera della legge, nel tentativo di affermare qualcosa e coprire le lacune, finisce col dire troppo (e in malo modo).

Una possibile soluzione concerne il ritorno al passato, ovverosia il mantenimento nel panorama giuridico della sola concussione ordinaria, con una precisazione figlia dell'esperienza degli anni di vigenza della fattispecie induttiva.

Come già accennato, è fattuale come quanto riportato dalla disposizione qui incriminata esista e sussista: non si tratta di fanta-diritto, né di una norma dalle caratteristiche così stravaganti da risultare avulsa dalla realtà sociale in cui viene calata. L'evenienza che il pubblico ufficiale conduca il privato ad accettare la

pressione e che tale avallo avvenga con una certa dose di collaborazione, più che costringere incutendo il timore delle conseguenze che possono gemmare da un rifiuto, è possibilità compatibile con la realtà, forse più della concussione “pura”. Come risolvere il *rebus*? È palese l’esigenza di un approccio tranciante, inteso in questo caso come riconduzione della figura dell’induzione alla corruzione.

Si tratta di una tesi apparentemente eversiva che si basa su alcuni aspetti non secondari, i quali originano da un’unica inferenza logica: la fisionomia dell’illecito. Se nello schema corruttivo la proposta o la suggestione provengono dal privato, nel caso dell’induzione indebita l’*avance* nasce dalle intenzioni del pubblico ufficiale. L’induzione è stata concepita, sin dalla sua risalente prima formulazione nel codice Zanardelli, per l’impossibilità di parlare di corruzione ogniqualvolta il *pactum sceleris* originasse dalla parte pubblica dell’incontro di volontà. C’è da chiedersi dove risieda tale impossibilità. Certamente in una questione di sistematica giuridica consolidata, discrezionale e non logicamente assistita da argomenti realmente ostativi, aggiungendo che, vigente il codice del 1889, non si ponevano grandi questioni circa la forzata rispondenza del dettato di legge alla Carta Fondamentale.

Un secondo argomento che reca acqua al mulino del ragionamento imbastito risiede nella riflessione per cui la corruzione intesa quale illecito penale si identifica come reato aggredente la pubblica amministrazione sotto vari (se non innumerevoli) profili, accomunati dal discredito alla legalità dell’azione dell’autorità, al malfunzionamento, mercanteggiamento e abuso dei pubblici poteri, oggetto di illecita negoziazione che conducono l’attività amministrativa al di fuori degli schemi legali (corruzione propria) o influiscono in modo distorto sull’andamento della stessa, seppur venga conseguito il risultato legale (corruzione impropria). Ebbene, quanto descritto non si pone in alcuna distonia con l’induzione indebita, da intendersi come fattispecie para-corruttiva che presenta non solo un cedimento del privato ad una proposta della parte pubblica ma un vero e proprio accordo, seppur implicito nel comportamento dell’indotto che aderisce a quanto richiesto, nel pieno della sua autodeterminazione (*metus* attenuato, se non inesistente) e al fine di raggiungere un indebito vantaggio o un’utilità non dovuta.

La presenza di reciproci benefici o utilità e la pienezza della determinazione della volontà di entrambe le parti rende l’induzione assolutamente esorbitante rispetto alla concussione, con due ripercussioni fondamentali. In primo luogo, la fine dell’utopia sullo sdoppiamento del reato di concussione permetterebbe una più agevole definizione dei confini tra la concussione pura e quella larvata, vagamente riecheggianti nel concetto di induzione indebita. In seconda battuta, la consapevolezza dell’inesistenza di una compressione della volontà del soggetto indotto significa chiudere a riflessioni necessarie sul *quantum* della stessa, sul grado di libertà di cui lo stesso gode e sulla possibilità di un *comodus discessus* che trasforma colui al quale la proposta è rivolta da succube e intimidito amministrato a illecito negoziatore del bene pubblico. L’aggiramento dell’ostacolo non vuole rappresentare un meccanismo semplificatore del ragionamento giuridico, quanto piuttosto la necessità di ridurre le insidie che concetti incontrollabili,

scientificamente effimeri e naturalisticamente (*ergo*, materialmente) non valutabili comportano per lo stessa concezione. L'indagine sul livello della compromissione della volontà del privato indotto fuoriesce dagli schemi della legalità formale e dell'accertamento della responsabilità penale per come concepita dal nostro ordinamento. Se a questo si aggiunge che codesta analisi può costituire il discrimine tra la punibilità e la non punibilità del privato, il problema è di ancora maggior momento. Invero, non si è dinanzi al cospetto di un mero elemento elastico, alternativamente determinato o parzialmente tale, quanto più correttamente di un elemento totalmente sfuggente, sottoposto alle mutevoli condizioni dell'intelletto, della ragione e dell'esigenza di preservazione della propria sfera di difesa, onore e dignità.

Sganciare l'accertamento penale da elementi assolutamente incontenibili nelle categorie del giudizio scientifico conduce a ritenere percorribile una ed una sola via tra queste: o l'autodeterminazione del privato viene completamente meno, per il contegno estorsivo del pubblico ufficiale, e si versa dunque nell'alveo della concussione, o il privato conserva una margine di manovra, di qualsiasi entità esso sia, trattandosi di elemento geneticamente insondabile, e allora si deve parlare di corruzione, ossia di accordo teso a contrattare la sorte della funzione pubblica.

A conclusione, non si può che accedere ad una delle ipotesi che, logicamente, possono delinearsi. Da un lato, la fine dell'utopia della punibilità del privato in situazioni di insolita genuflessione al volere distorto del potere; dall'altro, la rivalutazione *ab imis* del concetto di corruzione, tramite una più razionale e coerente formulazione delle norme, nonché a partire da una *voluntas legis* più chiara e più correttamente espressa.

Aut aut, come insegnava Kierkegaard.