

L'abuso di qualità nel tentativo di concussione: l'assenza di dinamiche di prevaricazione non esclude la direzione univoca degli atti.

di Fabio Maria Ferrari

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale all'esame della Corte – 2. Prologo: alcuni cenni generali sui nodi (irrisolti) del tentativo punibile – 3. Lo stato dell'arte in tema di tentativo di concussione: in particolare, la valutazione di idoneità degli atti – 4. Osservazioni conclusive sul caso deciso: inidoneità degli atti o reato impossibile per inidoneità dell'azione (*tertium non datur*)?

1. La vicenda processuale all'esame della Corte.

La sentenza in commento¹ aggiunge un nuovo tassello al dibattito giurisprudenziale relativo al tema del tentativo di concussione.

Stavolta i Giudici della VI penale si sono trovati alle prese con una vicenda piuttosto scabrosa, per il diretto coinvolgimento, in qualità di imputato, di un magistrato dell'Ufficio Inquirente- di cui erano state accertate le "relazioni pericolose" con un avvocato del foro locale: a quest'ultimo era stato richiesto di adoperarsi, in qualità di difensore di un lavoratore, per addivenire ad un transazione in un giudizio che vedeva come parte convenuta un imprenditore. Questi, a sua volta, era legato da un rapporto di intensa amicizia al magistrato, resosi interprete dell'insolita richiesta di *buoni uffici* nei confronti del legale.

Di qui l'addebito di un tentativo di concussione nei confronti del magistrato, nella sua veste di latore della indebita proposta di risoluzione transattiva della controversia,

Il Giudice dell'Udienza Preliminare concludeva per la non punibilità del tentativo di concussione in contestazione : ciò alla luce dell'accertata inidoneità dell'azione, e della conseguente configurazione di un reato impossibile. Tale convincimento era assistito dalla circostanza che l'imputato, una volta reso edotto che l'imprenditore era difeso da altro legale, si era premurato di ricontattare il professionista inizialmente compulsato, chiedendogli di non tener conto della propria segnalazione.

Il Procuratore Generale di Brescia, nel sollevare una questione di costituzionalità della L.46/06, interponeva appello avverso detta sentenza; la Corte di Appello, riqualificata l'impugnazione in termini di ricorso per Cassazione, rimetteva gli atti alla S.C.

La Cassazione, ponendo tra parentesi le censure del difensore del magistrato, il quale aveva eccepito- forse non a torto- l'inapplicabilità dell'art. 568 c.p.p.comma 5² ,

¹ Cass. VI, 13.7.11, n.27459, in [Diritto penale contemporaneo](#).

ha ritenuto di dover fare applicazione dell'art. 129 comma 2 c.p.p., in presenza di una evidente causa di insussistenza del fatto contestato.

La decisione in questione, nell'esaminare i tratti costitutivi dell'elemento oggettivo del reato di concussione, ha escluso che il fatto contestato all'imputato presentasse i profili della corrispondente fattispecie tipica, rilevando che il contegno dell'imputato potesse rivestire, al più, una rilevanza di carattere disciplinare.

Le conclusioni cui perviene la Corte appaiono condivisibili nelle conclusioni, ma non nelle premesse, per le ragioni che andremo ad esaminare; non prima, però, di soffermarci sulle peculiari problematiche che involgono la dinamica del tentativo nel delitto di concussione.

2. Prologo: Alcuni cenni generali sui nodi (in parte irrisolti) del tentativo punibile.

Il punto di partenza per un inquadramento corretto dei confini della punibilità del tentativo, in rapporto ai principi di materialità ed offensività, è dato dall'analisi del criterio della univocità degli atti, la cui oggettività è stata ormai *sdoganata* dalla Giurisprudenza di legittimità³; la quale, però, non riesce ancora a liberarsi delle distonie interpretative che caratterizzano il discrimine tra atti preparatori ed atti esecutivi, *id est* a sciogliere il nodo degli atti concretamente punibili a titolo di tentativo.

E' noto che due teorie si contendono il campo. Per la prima, c.d. formale-oggettiva, sarebbero esecutivi quegli atti che darebbero inizio alla realizzazione della condotta tipizzata dalla norma incriminatrice⁴. Tale visione prospettica, particolarmente utile a definire il campo della materialità, in relazione alla concreta identificazione di un comportamento esteriormente *visibile*, non si sottrae alla critica dell'essere per certi versi troppo semplicistica, perché spendibile solo per i reati a forma vincolata, e non in grado di fornire risposte dogmatiche soddisfacenti in tema di effettività dell'esposizione a pericolo del bene tutelato.

La seconda privilegia un criterio materiale-oggettivo, a tenore del quale gli atti formalmente esecutivi della condotta descritta dalla fattispecie incriminatrice sarebbero sempre punibili, mentre gli atti c.d. pretipici (ovvero, posti al di qua della condotta tipica) lo sarebbero solo se effettivamente pericolosi⁵. E' vero, però, come affermato

² Sul tema si registra una giurisprudenza oscillante. Da ultimo, cfr Sez..V, n.35442, del 3.7.09, Mazzola, in *Rv.n.2451150*, che ha opinato per l'inammissibilità per l'appello proposto avverso una sentenza del giudice di pace, ex art. 36 comma II d.lvo 274/2000, sul rilievo della deliberata volontà della parte impugnante di proporre gravame. Nel segno del *favor impugnationis* è, invece, la più datata ordinanza delle Sezioni Unite n.453771 del 31.10.2001, Bonaventura, in. *C.E.D Cass. n.220221*

³ Cfr. Sez. I, 24.9.08, n.40058, in *Cassazione Penale*, 2009, pagg. 3355 e segg.

⁴ Aderisce a tale dottrina MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V edizione, a cura di Pisapia, Utet, 1981, pag.484

⁵ Cfr. sul punto, MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, V edizione, Cedam, 2007, p.433 e segg., che, richiamando tale orientamento, assegna una valenza di pericolosità, in rapporto all'incipit della condotta, a quegli atti che collocano nel <concreto piano criminoso> dell'agente.

autorevolmente da una dottrina particolarmente attenta ai risvolti dogmatici del tentativo⁶, che tale impostazione sottende una indimostrata e generica presunzione di pericolosità degli atti esecutivi; ai quali, tuttavia, non può assegnarsi *tout court* una siffatta patente, senza previamente passare per il vaglio del giudizio di prognosi postuma. Ciò a meno di non tradire il principio di offensività.

Peraltro, neppure potrebbe ovviarsi alle accennate difficoltà applicative della teoria materiale-oggettiva con lo spostare in avanti le lancette dell'inizio dell'esecuzione, facendole slittare dalla predisposizione del mezzo offensivo- che pure segnerebbe un primo *step* non equivoco di realizzazione del fatto tipico- al suo utilizzo concreto⁷.

Di fronte ai problemi epistemologici posti dalla perimetrazione dell'inizio dell'esecuzione, può utilmente farsi ricorso alle inferenze dell'univocità con il criterio dell'idoneità degli atti; attraverso l'introduzione di tale specificazione il Legislatore del 1930 intendeva per così dire, "relativizzare" la concreta finalità preventiva della punibilità del tentativo, superando le strettoie della precedente previsione del Codice Zanardelli⁸ (che, com'è noto, si riferiva all'idoneità dei "mezzi"). La dottrina più recente⁹ ha ormai "virato" dalla categoria euristica della *idoneità-possibilità* a quella, maggiormente garantistica, della *idoneità-probabilità*. Il relativo giudizio in merito all'insorgenza della probabilità della esposizione a pericolo del bene tutelato, da formularsi *ex ante*, ha, com'è noto, i caratteri della c.d. prognosi postuma: essa richiede al Giudice di collocarsi idealmente nel momento di realizzazione dell'azione, in veste di osservatore imparziale circa la probabilità di verificazione dell'evento, nelle condizioni date. Tuttavia, il filtro della prognosi, in altre parole la sua *base logica*, può essere ancorata a tutte le circostanze esistenti al momento del fatto, anche a quelle successivamente conoscibili (base totale); o, in alternativa, a quelle conoscibili da un

⁶ Cfr. GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità del tentativo*, in *Cassazione penale*, 2009, pag. 3363 s.

⁷ Evidenziano la necessità di un correttivo nei confronti della teoria oggettivo-formale MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, II ed. Giuffrè, 2009 pagg. 337 s., e CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Il Mulino, 2007 (in particolare, questi ultimi Autori ritengono- pag. 674- che l'acquisto di un'arma da fuoco non potrebbe configurare un atto univoco, ma solo l'utilizzo della stessa, ovvero il puntarla contro la vittima).. Al riguardo, osserva acutamente, GIACONA, cit. p. 3368, che resterebbero estranee all'area della punibilità tutte le condotte pretipiche che si attagliano alla finalità preventiva della perseguibilità del tentativo, soprattutto nell'ambito della tutela di beni di primaria rilevanza, come l'incolumità individuale.

⁸ In effetti, è noto che il Codice Rocco, nel modificare la previgente fattispecie del Codice Zanardelli (art. 61)- che, in nome di una tradizione liberale, aveva puntualizzato che il tentativo era contrassegnato dall'inizio di atti esecutivi- si era posto l'obiettivo, dettato da contingenti ragioni politico-repressive, di anticipare la soglia di punibilità, disancorando la rilevanza dell' offesa dal compimento di atti esecutivi in senso stretto.

⁹ Cfr., ad esempio FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, V, ed. Zanichelli, 2007, p. 464 s. MARINUCCI-DOLCINI, cit. p. 337 s., PULITANO', *Diritto Penale, Parte Generale*, IV edizione, Giappichelli, 2011, p. 449 s.

normale osservatore , anche se arricchite dalle conoscenze maggiori dell'agente concreto (base parziale)¹⁰.

Valorizzando un modello di giudizio prognostico su "base totale", la complementarietà tra direzione univoca ed idoneità degli atti potrebbe quindi, essere meglio apprezzata prendendo in esame, da un lato, una maggiore o minore *tensione* degli atti verso il risultato offensivo, che sia riconoscibile da un osservatore esterno- ma pur sempre nell'ambito di un principio di esecuzione del fatto tipico sintomatico della pericolosità della condotta¹¹-e dall'altro, accertando che un siffatto sviluppo teleologico degli atti si sia innestato su una soglia minima di probabilità del verificarsi dell'evento lesivo, coesistente alla prospettiva di protezione del bene tutelato.

3. Lo stato dell'arte in tema di tentativo di concussione: in particolare, la valutazione di idoneità degli atti.

Una volta abbracciata la prospettiva secondo cui, nei reati a forma vincolata, l'inizio di esecuzione coincide con il modello di comportamento tipizzato nella norma incriminatrice, non può non convenirsi sul fatto che l'univocità e l'idoneità degli atti, ai fini del tentativo di concussione, si dipartono da quegli atti che esteriorizzano un abuso costrittivo o induttivo del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio).¹²

L'abuso che si prefigura in tema di concussione concerne, com'è noto le qualità o i poteri del pubblico ufficiale. Con riguardo all'abuso dei poteri, la giurisprudenza insiste nel ritenere che abbia rilievo anche la minaccia dell'esercizio di un potere legittimo, agitata al fine di ottenere uno scopo illecito¹³, ed orientata alla costrizione o all'induzione, nei confronti del soggetto passivo del reato, alla promessa o alla dazione di una prestazione indebita.

¹⁰ La dottrina dominante (tra gli altri, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, VIII ed., Giuffrè, 2003, p.524, PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX edizione, Giuffrè, 2008 p. 272 s., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Giuffrè, 2004, p.591) è orientata a privilegiare un giudizio su base parziale. Opinano, invece, per una maggiore aderenza al principio di offensività del giudizio a base totale, in un quadro di accertamento dell'effettiva sussistenza del pericolo, FIANDACA-MUSCO, cit. p.461 s., MARINUCCI-DOLCINI, .cit. p.342 s. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Giappichelli, 2000, p.144 ..E' evidente che la scelta dell'una o dell'altra regola di giudizio incide notevolmente sulla possibilità di ricondurre la condotta inidonea all'ipotesi del reato impossibile,

¹¹ Quest'ultimo giudizio dovrebbe essere svolto su base parziale, secondo GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità del tentativo*, .cit. p.437 e seg.

¹² In tal senso, la giurisprudenza dominante: tra le più recenti, cfr. VI sez., 23.6.2006, n.25887, in *Cassazione penale*, 2007, pag.3681 e segg.

¹³ *Contra*, in dottrina, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte Speciale*, volume I, Zanichelli, 2001, p.209 e s. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Speciale*, vol. I, Giuffrè, VI ed., 2008, p.114. Ad avviso di tali Autori, per esservi abuso occorre che il potere sia esercitato in maniera viziata, per cui non costituirebbe abuso la finalizzazione di un'attività lecita al conseguimento di un indebito.

Nel caso di abuso di qualità, invece, il p.u. strumentalizza la propria posizione di preminenza, anche se gli atti in cui si estrinseca la condotta abusiva esulano dalla sua competenza funzionale¹⁴.

L'inizio dell'attività esecutiva punibile, sotto il profilo del requisito dell'univocità degli atti, corrisponde, pertanto, all'una o all'altra tipologia di condotta abusiva. Con la precisazione che nel caso di induzione, la condotta non è vincolata a forme predeterminate, poiché è sufficiente che l'*input* induttivo possa esercitare un'influenza sulla psiche del soggetto passivo, anche mediante comportamenti surrettizi, allusioni o suggestioni, idonei a far sì che il privato aderisca alla richiesta indebita del pubblico ufficiale.

Di contro, la direzione univoca degli atti non può coincidere con lo stato di soggezione psicologica della vittima, ovvero con il c.d. *metus publicae potestatis*. Elemento, quest'ultimo che è avulso dalla struttura del reato. E non a caso, poiché esso rappresenta il mero punto di vista della vittima, maturato in ordine all'aggressione psicologica in cui si concreta l'evento della costrizione o della induzione. Ne deriva che il disvalore della condotta si polarizza sulla condotta abusiva¹⁵ e sulla sua valenza costringitiva o induttiva, senza che assuma alcuna rilevanza il fatto che il soggetto passivo sia versato, in concreto, in uno stato di soggezione psicologica, essendo, invece, sufficiente l'efficacia intimidatoria del comportamento del soggetto attivo.¹⁶

Se il *metus publicae potestatis* non assume rilievo essenziale nella struttura del reato e dello sviluppo dell'iter criminoso (sub specie di univocità degli atti) ma costituisce solo una eventuale conseguenza dell'azione costringitiva o induttiva del pubblico ufficiale, nondimeno occorre valutarne la rilevanza ai fini del giudizio postumo sulla idoneità, in rapporto alla costruzione dogmatica del tentativo.

Le opinioni giurisprudenziali, al riguardo, non sono unanimi.

¹⁴ La legge 86/90, di riforma dei delitti contro la P.A., ha inteso introdurre, nel novero delle condotte punibili, l'abuso di qualità, distinguendolo dall'abuso dei poteri, per caratterizzare ancor di più l'utilizzo illecito della "soggettività" del Pubblico Ufficiale, rispetto all'abuso dell'ufficio pubblico.

¹⁵ In mancanza dell'abuso, l'induzione costituirebbe un mero suggerimento, ma mancherebbe anche la costrizione; infatti, il fatto tipico prevede un rapporto di causa-effetto tra abuso ed induzione e/o coartazione della volontà della vittima.

¹⁶ In giurisprudenza la questione è controversa. Alcuni orientamenti giurisprudenziali (tra cui, sez. VI, 14.4.2008, n.21508, Valentini, in *C.E.D. Cass.* 240071, Sez. VI 20.11.2003, n.6073, Filippi, in *Cassazione penale*, 2005, pag. 1246, Cass. VI, 22.3.2000 n.5548, Pifani, *ivi*, 2003, pag. 134) opinano per una ragionevole valenza intimidatoria della condotta del pubblico ufficiale, tale da determinare una verosimile possibilità di pressione sulla formazione della sua volontà. In senso difforme, si registra l'opinione contenuta in altre decisioni (Sez. VI, 17.2.2000, n.3488, Cascini, in *Cassazione penale*, 2001, pag. 2358; Sez. VI, 22.11.1997, Lucari, *ivi*, 1999, pag. 3124; Sez. VI, 6.2.04, Di Giacomo, *ivi* 2005, pag. 1585) che propendono per l'irrilevanza di uno stato di timore del soggetto passivo, il quale potrebbe determinarsi ad accogliere la richiesta indebita del soggetto passivo per mero calcolo economico o per ogni altra valutazione di carattere utilitaristico. Parte della dottrina (PADOVANI, *Il problema Tangentopoli, tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. It. Dir. e proc. penale*, 1996, p.457 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, vol II, Giuffrè, 2008, p 293 e s. FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, vol.I, cit., p.209 s.) insiste per le modalità aggressive della concussione, evocate dalla stessa struttura della disposizione incriminatrice.

Secondo un primo orientamento, minoritario¹⁷, occorrerebbe prendere in esame, oltre alle caratteristiche dell'azione, anche l'impatto psicologico della condotta abusiva sulla vittima, ovvero la

sua mancanza di soggezione, l'eventuale refrattarietà a provare timore reverenziale nei confronti del pubblico ufficiale, e persino la sua eventuale riserva mentale quest'ultima eventualmente finalizzata a voler denunciare il fatto all'Autorità giudiziaria.

L'opinione maggioritaria¹⁸ è, invece, incline a valutare, ai fini della idoneità degli atti, l'attitudine astratta della condotta del pubblico ufficiale a produrre uno stato di soggezione nella vittima; cosicché il concretizzarsi o meno del *metus publicae potestatis* sarebbe indifferente, rispetto alla idoneità della condotta a porre in pericolo il bene tutelato.

Parte della dottrina¹⁹ che si è occupata della specifica tematica dei reati contro la Pubblica Amministrazione contesta questa visione riduttiva della idoneità in termini di *possibilità*, che parrebbe attagliarsi al *mezzo*, piuttosto che agli *atti*. Si è asserito, al riguardo,²⁰ che <per poter parlare di tentativo nella concussione dovrà, quindi, procedersi ad un giudizio prognostico ex ante ed in concreto, avendo riguardo anche al tipo di soggetto sul quale ricadono gli atti del pubblico funzionario, acquisendo a tal fine ogni elemento concernente le sue esperienze pregresse, la situazione economica in cui si trova, le relazioni sociali e di potere di cui poteva disporre>.

Correttamente, da parte della dottrina citata, si opta per una prognosi postuma formulata su *base totale*, al fine di non percorrere scorciatoie probatorie, in nome di una ricorrente visione *eticizzante* della punibilità dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione.

In altre parole, una prognosi *a base totale* favorisce la possibilità di verificare la consistenza della *probabilità* del verificarsi dell'evento lesivo (la dazione o promessa indebita): infatti, un eventuale comportamento "di resistenza", del soggetto passivo diminuirebbe di molto le chances della esposizione a pericolo del bene tutelato. Il problema del tentativo di concussione ruota, pertanto, intorno alla possibilità di individuare una soglia minima di idoneità degli atti, tenendo conto delle circostanze del caso concreto e ponendo in stretta relazione il requisito dell'idoneità²¹ con quello

¹⁷ Cfr. Sez. VI, 31.8.1994, Russo, in *Riv. Penale*, 1995, pag. 1077.

¹⁸ Cfr. Sez. VI, 25.2.1994, Fumarola, in *Cassazione penale*, 1995, pag. 2530, Sez. VI, 25.2.1994, Nicolosi, in *Guida al diritto*, 1997, n.41, Sez. VI, 23.6.2006, Napoli, in *Cassazione penale*, 2007, pag. 2844.

¹⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale Parte speciale*, cit. p. 494, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol.II, Utet, 1984, p. 492, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, Giuffrè, 2002, p.555, CONTENUTO, *sub art. 317*, *I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, coordinato da Padovani*, Utet, 1996, p.156 e s.

²⁰ Cfr., sul tema, le puntuali considerazioni di TRIMBOLI, *Osservazioni sul delitto di tentata concussione; atti di tentativo e valutazione della loro idoneità*, in *Cassazione penale*, 2007, pag. 3683 e segg.

²¹ E' di tutta evidenza che, come sostenuto da CONTENUTO, *sub art. 317*, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 156, che se si avesse solo riguardo all'univocità degli atti, senza tener conto dell'impatto che l'abuso, sia esso di qualità o di poteri, esercita sulla psiche del concusso, si finirebbe per sanzionare la mera intenzione del pubblico ufficiale.

della direzione univoca degli atti: in definitiva,tenendo presente *l'interazione agente-vittima*. Sul punto, riecheggiano gli insegnamenti di Fiandaca-Musco²²: <se ci si pone, come si deve, esaminando gli estremi oggettivi del tentativo- dal punto di vista della vittima del bene giuridico che, in un dato momento deve essere stato posto *realmente* in pericolo, non avranno senso astrazioni e selezioni fondate sulle conoscenze, a quel momento, da parte di chicchessia: rileveranno solo le conoscenze esistenti al momento dell'azione, qualunque sia il momento in cui se ne venga a conoscenza>.

4. Osservazioni conclusive sul caso deciso: inidoneità degli atti o reato impossibile per inidoneità dell'azione (*tertium non datur*)?

Proviamo, ora, a tirare le fila del ragionamento sin qui intessuto, riprendendo ad esaminare il *casus decisis*.

In verità, la sentenza non fornisce molti elementi per approfondire quale fosse stata la reazione del legale contattato dall'imputato, nell'auspicio di quest'ultimo di favorire la conclusione di un accordo transattivo tra l'imprenditore convenuto in giudizio ed il lavoratore ricorrente. Anzi, se è vero che, di lì a poco, il magistrato ebbe a "revocare" la segnalazione, avendo avuto contezza che il legale interpellato non assisteva la controparte dell'imprenditore, c'è da chiedersi per quale ragione (e la sentenza non lo spiega) il destinatario della segnalazione non ebbe immediatamente a chiarire l'equivoco: l'unica spiegazione plausibile è che il lavoratore in questione avesse inteso conferire un primo mandato all'avvocato M.S., salvo poi avvalersi successivamente dell'opera professionale di altro difensore.

Ad ogni buon conto, la S.C. perviene ad escludere la sussistenza,*ictu oculi*, del tentativo di concussione, sulla scorta dei seguenti elementi: 1) l'imputato non avrebbe inteso abusare dei suoi poteri o della sua qualità, ma avrebbe agito nelle vesti di un qualsiasi cittadino privato.2)la transazione, in quanto soluzione negoziale tesa a contemperare gli interessi delle parti del giudizio, non avrebbe carattere di promessa o dazione indebita.

Di qui la mancanza degli elementi strutturali del delitto in contestazione, neppure nella forma tentata.

Così sintetizzate le opinioni dell'Estensore della sentenza in commento, va osservato che non convince il ragionamento sull'insussistenza del fatto concussivo, nella forma tentata: in accordo con quanto ritenuto dal primo Giudice,la vicenda pare invece evidenziare i tratti di un reato impossibile.

Il voler ricondurre lo svolgimento di una trattativa, per conto dell'imprenditore, ad una condotta assimilabile a quella di un "privato cittadino" pare, infatti, il vero il *punctum dolens* delle argomentazioni della Corte.

Si è già avuto modo di rammentare come, in particolare, l'abuso della qualità (abuso, per così dire, soggettivo) sia del tutto avulso dall'esercizio effettivo dei poteri

²² In *Diritto penale Parte generale*,cit., p. 480

del pubblico ufficiale²³, traducendosi in una strumentalizzazione indebita della posizione di preminenza rivestita.

Ora, la circostanza che un magistrato, all'apparenza senza avere rapporti di particolare intimità con un avvocato del foro locale, lo interpelli perché si adoperi per la conclusione transattiva di una vertenza di lavoro- che gli è particolarmente a cuore- non sembra potersi definire un'*estrinsecazione statica* della posizione soggettiva del pubblico ufficiale²⁴. La Corte, al riguardo, precisa che *<nessun elemento di fatto, univocamente sintomatico del dinamismo prevaricatore, risulta essere stato accertato. Ma se è vero che nessuna coartazione si evince dalle laconiche risultanze della motivazione, è pur vero che il raccomandarsi, da parte dell'imputato, con il legale perché questi tenesse conto di un diretto interesse del magistrato alla positiva soluzione della vertenza (in luogo dell'effettiva parte del giudizio) è indice di un comportamento suggestivo, tale da influire sulla volontà del soggetto passivo, e da indurlo a sottostare alla richiesta avanzata. In altre parole, in tema di abuso di qualità, in particolare nella concussione per induzione, è difficile cogliere il discrimen tra un contegno significativamente espressivo della strumentalizzazione della propria posizione di preminenza (nel senso di un' estrinsecazione dinamica del ruolo esercitato) ed un comportamento che non ponga, invece, alcun accento su una posizione di preminenza istituzionale, laddove il destinatario della richiesta della prestazione indebita ben conosca la qualità del pubblico ufficiale e la sua sfera di influenza²⁵.*

Ciò premesso, ci sembra di poter concludere per l'univocità degli atti, ai fini della realizzazione del tentativo, con riferimento al criterio c.d. materiale-oggettivo; infatti, in quella *captatio benevolentiae* poteva leggersi, in controluce, un principio di esecuzione della condotta concussiva, per avere l'imputato manifestato (non nelle vesti di un qualsiasi privato²⁶, ma di un magistrato che svolgeva una funzione giudiziaria

²³ Cfr. SEGRETO-DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999, pag. 211

²⁴ Come viene indicato nella sentenza in commento.

²⁵ Neppure può ritenersi che tale comportamento possa concretizzare un traffico di influenza, che attiene, in genere, alla tematica dell'atto di ufficio oggetto di mercimonio nella corruzione propria (vedi *infra*).

²⁶ Il problema dell'estraneità delle funzioni svolte alla consumazione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., si pone, invece, con riguardo al reato di corruzione. Sul punto, cfr. Sez. VI, 4.5.06, n.33435, Battistella ed altri, in *Cassazione penale*, 2006, pag. 3578 e segg. con *osservazioni* di G. SANTALUCIA. Nel caso di specie, i Giudici di legittimità, nell'esaminare la posizione dell'ex magistrato Renato Squillante, in rapporto alla nota vicenda del lodo Mondadori, hanno concluso per la non configurabilità in capo a questi del delitto di corruzione passiva propria in atti giudiziari, assumendo che *<...il dato imprescindibile, però, è che l'atto o il comportamento oggetto del mercimonio deve comunque rientrare nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto, nel senso che deve essere espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione da questi esercitata... deve invece escludersi il reato di corruzione passiva nel caso in cui il pubblico ufficiale prometta e ponga eventualmente in essere il suo comportamento prezzolato, avvalendosi della sua qualità, dell'autorevolezza e del prestigio che gli derivano dalla carica ricoperta, senza che detto intervento comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o sia, in qualche maniera, a questi collegabile, ma sia destinato-in tesi-ad incidere nella sfera di pubblici ufficiali terzi rispetto ai quali il soggetto agente è assolutamente carente di potere funzionale.>* Vuole, quindi, ribadirsi che se la sinallagmaticità, che è il tratto distintivo della corruzione, tra l'atto oggetto del mercimonio ed il prezzo della corruzione, implica necessariamente un collegamento

nello stesso tribunale in cui aveva luogo la controversia che era oggetto della sua sollecitazione) un evidente interesse personale alla conclusione transattiva di una vertenza di lavoro. Interesse che non poteva non essere colto dal suo interlocutore, nella sua effettiva attitudine ad influenzarne le scelte difensive. E poiché, per come sopra ricordato, il *metus publicae potestatis* non è elemento caratterizzante la direzione univoca degli atti- requisito ,quest'ultimo, collegato alla esteriorizzazione della condotta ed alla sua pericolosità, non pare che possa esularsi dalla riconoscibilità di un atto tipico collocato all'interno dell'elemento oggettivo di una fattispecie a forma vincolata.

Neppure può condividersi che la particolare natura del negozio transattivo possa farne escludere la natura di promessa o dazione indebita: è vero, come assume la Corte, che la transazione è destinata a regolare convenzionalmente la *res litigiosa*, ma è altresì vero che l'utilità configurata nel delitto di concussione può consistere in qualsiasi vantaggio, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, oggettivamente apprezzabile per l'imputato.²⁷ E non vi è dubbio che la rimozione di una lite, quale che sia la concreta regolamentazione delle opposte pretese nella sede transattiva, possa costituire un vantaggio per la parte convenuta, quantomeno sotto il profilo di un probabile minore esborso di spese legali.

Di contro, ai fini della configurabilità del reato impossibile, assume rilievo l'inidoneità dell'azione posta in essere dall'imputato. Infatti, se, correttamente, con riguardo alla inettitudine dell'azione a porre in pericolo il bene protetto, si utilizza il ricorso della prognosi postuma *ex ante su base totale*- prendendo in esame tutte le circostanze presenti nella situazione data, al di là del momento della loro conoscenza- non potrà non rilevarsi la inidoneità di una sollecitazione dai tratti concussivi rivolta nei confronti di un legale che non avrebbe potuto aderire alla richiesta dell'imputato, perché sfornito (probabilmente anche ab origine) di un mandato difensivo.

con le funzioni svolte dal P.U., diversamente, nella concussione, con riferimento all'abuso della qualità elemento svincolato del tutto dalla funzione esercitata dal pubblico ufficiale,, se il presupposto per poter avanzare una richiesta di indebita utilità proviene da qualche posizione di preminenza istituzionale, anche il mero proporsi in un'apparente posizione di *extraneus*, può spiegare un'efficacia intimidatoria nei confronti del privato.

²⁷ Così Cassazione S.S.UU. n.7, 11.5.93, Romano, in *C.E.D. Cass.* n.193747