

La corruzione nelle attività discrezionali della P.A. alla luce della riforma di cui alla legge n. 190/2012

di Luca DELLA RAGIONE

La corruzione nelle attività discrezionali della P.A. alla luce della riforma di cui alla legge n. 190/2012 (Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 2014, n. 23354)

Il reato di corruzione propria (articolo 319 c.p.) è configurabile anche quando si verta in ipotesi di atto discrezionale, e non solo quando oggetto di mercimonio sia un atto doveroso, giacché la norma incriminatrice è chiamata a sanzionare anche l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, cioè il procedimento condizionato non già da un percorso di attenta e imparziale comparazione tra gli interessi in gioco, ma dalla percezione di un indebito compenso affinché venga raggiunto un esito determinato. Ciò che rileva, in tal caso, per la configurabilità della corruzione propria, è la vendita della discrezionalità amministrativa, con la conseguente rinuncia a una piena e indipendente verifica della soluzione finalizzata al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico esistente nel caso di specie.

L'atto contrario ai doveri dell'ufficio consiste proprio nella rinuncia, dietro compenso, ad una discrezionalità che invece dovrebbe essere appieno dispiegata, a prescindere dalla illegittimità dell'atto secondo gli ulteriori parametri della relativa valutazione. La norma penale sanziona la precostituzione di una scelta perché rispondente alle finalità del corruttore, senza occuparsi della rispondenza agli scopi dell'Amministrazione.

Non può automaticamente e sempre qualificarsi come contrario ai doveri di ufficio l'atto discrezionale oggetto di indebita retribuzione, giacché, diversamente, ne deriverebbe la sostanziale abrogazione dell'articolo 318 c.p. relativamente agli atti amministrativi di natura discrezionale. Per l'effetto, al principio in forza del quale il mercimonio dell'atto discrezionale configura la corruzione propria, deve ammettersi una eccezione: si deve cioè ravvisare solo la corruzione impropria nei casi in cui risulti che l'atto amministrativo adottato risulti sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato a tutela del pubblico interesse, con il medesimo contenuto e con le medesime modalità, cosicché in tal caso il pagamento corruttivo ben potrebbe considerarsi influente sulla conformità dell'atto ai doveri di ufficio, consentendo appunto di ricondurre la fattispecie nel paradigma della corruzione impropria.



La sentenza in epigrafe affronta la delicata tematica della corruzione avente a oggetto un atto discrezionale, soffermandosi sui presupposti e sulle condizioni che, di volta in volta, consentono di qualificare la corruzione propria ovvero, al contrario, di ricondurre il fatto alla meno grave fattispecie della corruzione impropria, oggi per l'esercizio della funzione. Si delinea così l'ambito di applicazione normativa della corruzione propria, nonché il discrimen con la corruzione impropria. La pronuncia offre lo spunto per analizzare il percorso dottrinale e giurisprudenziale che ha caratterizzato una delle questioni più discusse fra quelle che animano il dibattito sulle fattispecie corruttive, vale a dire l'esatta enucleazione dei criteri atti a reperire una chiara linea di demarcazione fra corruzione per atto discrezionale conforme e corruzione per atto discrezionale contrario ai doveri d'ufficio.

SOMMARIO

1.- Corruzione ed attività discrezionali della P.A.: inquadramento della problematica e *dictum* della Suprema Corte. 2.- Le fattispecie di corruzione alla luce della legge n. 190/2012. 2.1. - L'interesse oggetto della tutela. 2.2.- La corruzione propria: cenni. 2.3.- La corruzione per l'esercizio della funzione: cenni. 3.- La scomparsa dell'atto d'ufficio nella corruzione per l'esercizio della funzione. 4.- La corruzione negli atti discrezionali. 5.- La posizione della sentenza in commento. 6.- Qualche breve considerazione di sintesi.

1.- Corruzione ed attività discrezionali della P.A.: inquadramento della problematica e *dictum* della Suprema Corte.

L'enucleazione dei criteri atti a reperire una chiara linea di demarcazione tra corruzione per atto discrezionale (*recte*: oggi attività discrezionale) conforme e corruzione per atto discrezionale contrario ai doveri d'ufficio è forse una delle questioni più discusse fra quelle che hanno da sempre animato il dibattito sulle fattispecie corruttive¹; in breve, si

¹ Per tutti, VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, 305 ss.; in argomento, BALBI, *I delitti di*

tratta di stabilire se possa parlarsi di attività corruttiva quando il pagamento del privato abbia ad oggetto un atto discrezionale², essendo appunto in questo caso alquanto

corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica, Napoli, 2003, passim; BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione* (tomo I: *I delitti dei pubblici ufficiali*), in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, Milano 2013, 439 ss.; CATENACCI, *I delitti di corruzione*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Catenacci, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo, Paliero, vol. V, Torino, 2011, 56 ss.; CINGARI, *I delitti di corruzione*, in Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale, parte speciale*, II, Napoli, 2011, 90 ss.; Id., *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di Mattarella e Pelissero, Torino, 2013, 405 ss.; FERNASARI, *Delitti di corruzione*, in BONDI, DI MARTINO, FERNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 192 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, 59 ss. PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la P.A.*, X ed., Milano, 2008, 173 ss.; ROMANO M., *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, nota a Cass., Sez. VI, 3.5.1967, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1967, 1314 ss.; Id., *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 183 ss.; SEGRETTO, DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1999, 269 ss.; SEMINARA, *Artt. 318-322*, in CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova 2008, 772 ss.; SPENA, *Il turpe mercato: teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano 2003, passim; STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2014, 66 ss.; VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova 2008, 191 ss.

² In tal sede va solo ricordato che l'atto è vincolato quando le note che lo caratterizzano sono determinate in modo rigoroso dall'ordinamento. L'atto è discrezionale quando il pubblico ufficiale può scegliere tra più comportamenti giuridicamente leciti per il migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico primario e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato, con minore sacrificio per gli interessi secondari comunque presi in considerazione dalla norma attributiva del potere. In breve, l'esercizio della discrezionalità amministrativa comporta una ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari. Dunque, l'attività è considerata discrezionale quando all'autorità amministrativa, nell'esercizio di un suo potere, viene lasciato un margine di scelta (c.d. apprezzamento) in ordine all'an, quid, quomodo, quando. Oltre ai limiti imposti nei singoli casi dalla legge, l'attività discrezionale incontra tre limiti generali: il soddisfacimento dell'interesse pubblico, il perseguimento della causa (ossia del fine specifico, per il quale il potere è stato conferito) ed il rispetto dei principi di logica, ragionevolezza e imparzialità. Oltre a tali canoni e limiti, sempre più di frequente i naturali confini del potere discrezionale vengono individuati nell'imparzialità, nella logica dell'azione amministrativa e nell'effettiva e concreta finalizzazione del potere alla realizzazione dello specifico interesse pubblico che l'ufficio ha il compito di curare. L'atto discrezionale, così come l'atto amministrativo in genere, può presentare delle patologie che lo rendono illegittimo. In particolare, possono configurarsi tre vizi: l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge. Fra questi, l'eccesso di potere rappresenta il vizio per eccellenza dell'atto discrezionale e ricorre quando la P.A., nell'esercizio di una sua facoltà discrezionale: 1) persegue un interesse diverso da quello pubblico ovvero una causa diversa da quella assegnata al potere esercitato; 2) viola un precetto di logica o di imparzialità; 3) si lascia fuorviare da un vizio della volontà (errore di fatto, violenza morale e dolo). Va anche ricordato che i delitti di corruzione, facendo riferimento ad un atto conforme o contrario ai doveri d'ufficio come elemento costitutivo, legittimano in capo al giudice penale il potere di operare dei controlli (ex post) sull'attività discrezionale volta all'accertamento della legittimità o meno dell'atto. Il controllo del giudice procede per vari gradi e livelli d'ampiezza a seconda del tipo di fattispecie ed incontra il solo limite del merito amministrativo inteso quest'ultimo come la valutazione delle regole di opportunità e di convenienza che l'Amministrazione ha ritenuto di osservare per la realizzazione dei fini ad essa affidati. La Corte costituzionale, invero, già da tempo ha affermato che il sindacato del giudice penale

controverso il discrimine fra corruzione propria e corruzione impropria. La questione sorge in ragione del fatto che l'esistenza di profili 'liberi', necessariamente implicati nell'effettuazione di una ponderazione comparativa discrezionale, rende problematico l'inquadramento nelle rigide categorie della contrarietà e della conformità rispetto ai doveri d'ufficio. Segnatamente, è come se queste due categorie, proprio per il fatto di riferirsi al concetto di dovere d'ufficio, fossero non totalmente capaci di cogliere e qualificare in modo adeguato quella libertà di apprezzamento di cui il compimento di un atto discrezionale costituisce espressione.

Ciò posto, va subito detto che con la sentenza in esame la Suprema Corte, disattendendo le prospettazioni difensive³, ha sostenuto che se si affermasse il principio della incompatibilità tra corruzione ed esercizio della discrezionalità amministrativa, il reato di cui all'art. 319 c.p. andrebbe sostanzialmente escluso tutte le volte che venga in campo un atto discrezionale, cioè in astratto compatibile, insieme ad altri, con i divieti o gli obblighi direttamente imposti dalla legge o da altre fonti cogenti. È vero, invece, il contrario, e cioè che la fattispecie di corruzione propria è chiamata a sanzionare anche l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, cioè il procedimento condizionato non già da un percorso di attenta ed imparziale comparazione tra gli interessi in gioco, ma dalla percezione di un indebito compenso affinché venga raggiunto un esito determinato. Tale esito può anche essere compatibile con il sistema delle norme regolatrici, e può finanche coincidere, ex post, con quello che sarebbe stato raggiunto in assenza del pagamento corruttivo: ciò che rileva, prosegue la Suprema Corte, è la "vendita" della discrezionalità accordata dalla legge, la previa rinuncia ad una piena e indipendente verifica della soluzione finalizzata al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico esistente nel caso di specie, ovvero ad una discrezionalità che invece dovrebbe essere appieno dispiegata. Come talvolta si è osservato, infatti, l'atto contrario ai doveri dell'ufficio consiste proprio nella rinuncia, dietro compenso, ad una discrezionalità che invece dovrebbe essere appieno dispiegata, a prescindere dalla illegittimità dell'atto secondo gli ulteriori parametri della relativa valutazione. La norma penale, conclude la Corte, sanziona in definitiva la "precostituzione di una scelta perché rispondente alle finalità del corruttore, senza occuparsi della rispondenza agli scopi dell'Amministrazione".

I dicta della Corte offrono lo spunto per ripercorrere, dopo un breve inquadramento delle fattispecie in rilievo a seguito della riforma intervenuta con la legge n. 190/2012⁴, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla individuazione dei criteri atti a delineare i rapporti tra attività discrezionale della P.A., corruzione per atto conforme, oggi corruzione per l'esercizio della funzione, e corruzione per atto contrario ai doveri

riguarda tutti i tipici vizi dell'atto amministrativo, compreso quindi l'eccesso di potere (Corte cost. n. 168/1971). Altrettanto ha sancito la Suprema Corte stabilendo che costituisce un preciso dovere del giudice penale sindacare la legittimità o meno dell'atto quando questo concorre a determinare le norme di condotta penalmente rilevanti (riferimenti in BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit. 460); tutto ciò a prescindere dalla tormentata questione relativa all'invocabilità o meno, rispetto alla giurisprudenza penale, degli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E.

³ Secondo cui la corruzione c.d. propria sussisterebbe solo quando sia configurabile un comportamento doveroso alternativo.

⁴ In argomento, per un primo commento, R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.penalecontemporaneo.it.

d'ufficio.

2.- Le fattispecie di corruzione alla luce della legge n. 190/2012.

Procedendo con ordine, va subito evidenziato che nella versione attuale, dopo la riforma del 1990 (l. n. 86), l'intervento della l. 300/2000 e la riforma del 2012 (l. 190), i delitti di corruzione sono disciplinati in dieci articoli (318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322; inoltre, anche 322-bis, 322-ter), che nel capo I del titolo II del codice penale formano una sorta di 'minisistema unitario'. Avuto riguardo alla riforma del '90 va detto che, seppure significativa sotto taluni profili, tra i quali l'aggiunta di figure criminose (la corruzione in atti giudiziari; l'istigazione alla corruzione da parte del Pubblico Ufficiale (P.U.) o dell'incaricato di pubblico servizio (I.P.S.): art. 322, co. 3 e 4) e la modifica del trattamento sanzionatorio, la stessa aveva lasciato inalterato l'impianto tipico della versione originaria del codice. Di tale versione, infatti, risultavano implicitamente confermate alcune importanti opzioni. E cioè: accanto alla corruzione per atto contrario ai doveri dell'ufficio (c.d. corruzione propria: art. 319), si era mantenuta quella meno grave per atto dell'ufficio (c.d. corruzione impropria: art. 318); si era ribadita l'equiparazione del trattamento sanzionatorio del corruttore a quello dell'agente pubblico corrotto. Parimenti, si era ripetuta la differenza, rispetto alla corruzione del P.U., della corruzione dell'I.P.S., non solo per la pena meno elevata, ma anche perché limitata soggettivamente, nella forma impropria, al solo I.P.S. che fosse pubblico impiegato (art. 320). E soprattutto si era tacitamente conservato identico il rapporto normativo tra corruzione e concussione.

L'ultima riforma, varata con la l. 190/2012, si è presentata invece molto più ambiziosa, specialmente per l'attenzione prioritaria dedicata al rafforzamento degli strumenti organizzativi interni alla P.A., poiché le modifiche alle norme sulla corruzione sono state opportunamente precedute da un quadro normativo di ampio respiro, volto in funzione preventiva ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e a scongiurare conflitti di interessi, mediante la previsione di specifici controlli e di apposite responsabilità disciplinari.

Ai fini del presente lavoro, di forte impatto sistematico, per le conseguenti ricadute su altre norme, è sicuramente il nuovo art. 318 c.p., che sostituisce alla corruzione per un atto d'ufficio (la c.d. corruzione impropria quale conosciuta da sempre) una corruzione per l'esercizio della funzione, in tal modo per un verso accomunando le forme antecedente e susseguente, per l'altro verso alterando il rapporto 'simmetrico' con la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (la corruzione c.d. propria), che, non più ormai alternativa alla impropria, pare divenuta una forma speciale della corruzione/base dell'art. 318 (essendo anche la corruzione propria, evidentemente, nelle scansioni giurisprudenziali, una corruzione per l'esercizio della funzione). Ma va detto che, seppure ampliata oltre il compimento di un determinato atto conforme ai doveri d'ufficio, la corruzione per l'esercizio della funzione può sempre indicarsi come contrapposta alla corruzione propria, rimasta immutata, non potendo che riferirsi a un esercizio della funzione integralmente conforme all'ordinamento⁵.

⁵ Per questo ordine di idee, cfr. M. ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 137.

2.1.- L'interesse oggetto della tutela.

Sul bene giuridico tutelato dagli artt. 318 ss. c.p., si sono sempre confrontate e ancora oggi si fronteggiano diverse impostazioni: da quella più datata, secondo cui saremmo di fronte a reati che tutelano il prestigio dello Stato-apparato⁶, a quella che vede simile bene nel buon andamento e nell'imparzialità della P.A.⁷, via via fino alle più moderne (e senza dubbio stimolanti) teorie che vedono nella corruzione un'aggressione al sentimento di fiducia dei cittadini nello Stato e nella correttezza, nella moralità e serietà dei suoi funzionari⁸, o che ritengono che la molteplicità delle figure di corruzione determini anche una molteplicità di beni tutelati⁹, o che infine vedono nelle attuali fattispecie di corruzione (con l'unica eccezione della corruzione propria antecedente) un vero e proprio *deficit* di offensività, con conseguente rinuncia ad esaltare la funzione critico selettiva del bene giuridico¹⁰.

Tutto questo non esclude, naturalmente, che in diretta consonanza con l'art. 97 Cost. possano porsi in primo piano, riguardo all'oggetto della tutela, il buon andamento e l'imparzialità della P.A., ma, come accennato, purché si rinunci obiettivamente a esaltarne la reale funzione critica, cioè selettiva della accettabilità o meno delle diverse incriminazioni.

Quanto al buon andamento, è vero che ad esso può ricondursi ogni tipo di corruzione, ma solo se lo si intenda nell'ampia tradizionale accezione del regolare funzionamento della P.A.¹¹.

Ma anche l'imparzialità, seppure potenzialmente più efficace, può dirsi sempre pertinente soltanto se le si attribuisca un significato esteso. Le si può cioè riferire direttamente la corruzione propria antecedente, nella quale il P.U. o l'I.P.S. si prestano a far influire nell'atto la parzialità dell'utilità ricevuta o promessagli, ma identica cosa non può dirsi per gli altri tipi: nella corruzione propria susseguente l'atto è già stato compiuto, sicché per ravvisare almeno una messa in pericolo dell'imparzialità si deve ricorrere o a presunte (per lo più irrintracciabili) motivazioni dell'agente al momento del compimento dell'atto, o a problematiche proiezioni verso suoi ipotetici contegni illegittimi futuri; mentre nella corruzione per

⁶ LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 1935.

⁷ M. ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 141.

⁸ FORTI, *L'insostenibile pesantezza della tangente ambientale. Inattuazione di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, 476 ss.

⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, ult. ed., Bologna 2012, 217 ss., secondo i quali nella corruzione propria antecedente (art. 319 c.p.), la tutela dei beni ora richiamati si svolge attraverso l'incriminazione del pericolo rappresentato dall'accordo corruttivo rispetto al successivo compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio; nella corruzione susseguente, la già avvenuta esecuzione dell'atto implica che la lesione del buon andamento e dell'imparzialità si è ormai verificata, ma la successiva retribuzione dell'atto (oltre a indurre il sospetto sull'esistenza di un precedente accordo) evidenzia il pericolo di nuove e ulteriori offese per quei beni; nella corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), alla violazione del dovere di non venalità che incombe sui pubblici funzionari si accosta un pericolo per il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, riferito alla possibilità che la relazione privilegiata così instauratasi tra le parti del rapporto possa nel tempo evolvere nella retribuzione di atti rientranti nel paradigma dell'art. 319 c.p.

¹⁰ BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., 52 ss.

¹¹ M. ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 140.

l'esercizio della funzione (nuovo art. 318), anche a non guardare ormai a singoli determinati atti, da compiersi o già compiuti, la funzione viene comunque assunta dalla norma come in concreto esercitata con modalità o in termini conformi all'ordinamento e corrispondenti al migliore interesse pubblico¹².

Dunque, benché a sua volta pertinente, e coperta dalla presenza nella Carta costituzionale, neppure l'imparzialità della P.A., da sola, indica di più, sul piano dell'oggetto della tutela, dei citati referenti della dottrina più risalente, a meno di porre l'accento sulla descrizione delle condotte e di mettere in tal modo in luce l'aspetto specifico dei reati in questione. Comune alle corruzioni degli art. 318 e 319, antecedente o susseguente, alla corruzione in atti giudiziari e all'istigazione alla corruzione, l'aspetto che distingue tali delitti da altri in cui l'imparzialità è parimenti coinvolta è rappresentato dalla dazione o promessa di denaro o utilità per l'esercizio della funzione o lo svolgimento del servizio. Si vuole cioè che la funzione e il servizio restino legati unicamente alla remunerazione istituzionale: l'azione del soggetto pubblico, quella da compiere e quella compiuta, deve essere (e restare) immune da collegamenti con vantaggi esterni, affinché non si registrino oggettive distorsioni né sorga il dubbio che possano esservi o esservi state. In breve, tale attività non deve essere oggetto di compravendita.

In realtà, fra tutti i delitti dei P.U./I.P.S. contro la P.A., la corruzione è sicuramente il reato nel quale l'offesa alla imparzialità, intesa quale parità di accesso dei cittadini a risorse e/o oneri di fonte pubblica, ed al buon andamento, inteso come ispirazione esclusiva delle pubbliche funzioni e dei pubblici servizi al migliore interesse pubblico – obiettivo che diventa precario ove in relazione all'esercizio della funzione o allo svolgimento del servizio intervengano privati interessi dati da compensi diversi da quelli previsti (quando lo sono) dalla stessa P.A. -, è di più immediata evidenza. L'attribuzione di risorse o vantaggi di natura pubblica a chi li ha 'comprati' favorisce infatti ingiustamente (cioè secondo criteri non 'meritocratici' o comunque oggettivi) chi dispone di mezzi economici e/o di influenze 'politiche' sufficienti ad acquistare favori pubblici, e contemporaneamente discrimina chi invece di quei mezzi non dispone, o comunque, pur disponendone, non li usa accettando invece di 'accedere' alla macchina pubblica in condizioni di parità con tutti gli altri cittadini¹³.

Se questi sono i presupposti, e fermo restando che il delitto di corruzione si consuma anche col solo, mero, realizzarsi di un accordo fra corrotto e corruttore, allora non vi è dubbio che il disvalore di evento intorno al quale ricostruire con precisione i caratteri offensivi delle condotte incriminate dagli artt. 318 ss. c.p. è quello dell'indebita discriminazione fra cittadini che si produce con l'adozione dell'atto o del comportamento oggetto di mercimonio.

In definitiva, il buon andamento e l'imparzialità della P.A. sono dall'ordinamento protetti, nella specie, mediante il divieto di accordi basati su uno scambio tra denaro o altra utilità in rapporto ad attività ancora da compiere o già compiuta: si puniscono in tale prospettiva la venalità del soggetto pubblico e il mercimonio dell'ufficio o servizio come fattori reali o potenziali di inquinamento del-

l'azione amministrativa.

2.2.- La corruzione propria: cenni.

Prima di scendere in *medias res*, vanno da ultimo analizzati i tratti essenziali delle fattispecie di corruzione propria e per l'esercizio della funzione, muovendo dalla prima.

Al riguardo può osservarsi che essa risulta descritta dal combinato disposto degli artt. 319, 320 e 321 e si configura nel caso in cui il P.U. o l'I.P.S. si accordino con il privato "per omettere o ritardare un atto del suo ufficio, ovvero per avere compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio" in cambio della promessa o della dazione di "danaro o altra utilità".

Uniformandosi all'impostazione adottata dalla riforma del 1990, la legge equipara le due ipotesi di corruzione propria antecedente e susseguente, non tenendo conto del differente disvalore dei due fatti, essendo la corruzione antecedente una sanzione più grave.

Quanto alle condotte punite, alla dazione e alla promessa del privato corrispondono la ricezione e l'accettazione della promessa da parte del P.U. con ciò concludendosi il c.d. "*pactum sceleris*".

Tra i due autori dell'accordo, perché questo sussista e colori di rilevanza penale il fatto, deve intercorrere una precisa relazione nel senso che l'elargizione (effettuata o promessa) dall'*extraneus* deve essere fatta in funzione dell'atto dell'*intraneus*.

La dottrina¹⁴ suole qualificare questa corrispondenza come rapporto sinallagmatico, ma è di tutta evidenza che il richiamo al termine civilistico non implica la ricezione degli effetti giuridici che al concetto conseguono. Da quanto detto deriva che l'atto (o, meglio, secondo le scansioni giurisprudenziali, l'attività) pubblicistico deve essere determinato o determinabile: se pur, quindi, sussiste il reato anche quando non è definito lo specifico atto, deve però pur sempre trattarsi di una attività individuabile nel genere anche se solo con riferimento allo scopo che si vuol conseguire¹⁵.

¹⁴ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 90.

¹⁵ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 90. Diverse e contrastanti sono state, sotto il tenore della disciplina anteriore alla legge n. 190/2012, le posizioni assunte nel tempo da dottrina e giurisprudenza in ordine all'individuazione dei parametri alla stregua dei quali valutare la "contrarietà" dell'atto ai doveri d'ufficio. Secondo un primo orientamento di tipo estensivo, ai fini dell'art. 319 c.p. sarebbe stato sufficiente un accordo funzionale al compimento di atti contrastanti con i doveri di fedeltà, onestà, riservatezza, e vigilanza che genericamente contraddistinguono l'attività istituzionale del pubblico agente e dovrebbe pertanto ritenersi tipico ogni atto che incida negativamente sul "decoro" o sul "regolare funzionamento" della pubblica amministrazione. In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza secondo cui non rilevano soltanto gli atti illeciti (perché vietati da norme imperative) o illegittimi (perché dettati da norme giuridiche riguardanti la loro validità ed efficacia) ma anche quelli che, pur formalmente regolari, prescindono dall'osservanza dei doveri istituzionali espressi in norme di qualsiasi livello, ivi compresi quelli di correttezza, imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici (Cass. pen., sez. VI, 14 maggio 2009, n. 30762). Emblematici, sotto questo profilo, i casi in cui il pubblico agente si sia limitato ad invertire l'ordine cronologico di trattazione di una pratica o di effettuazione di un determinato adempimento a vantaggio di chi gli abbia preventivamente promesso o corrisposto denaro o altra utilità.

Secondo un orientamento più restrittivo, di cui ha fatto applicazione la giurisprudenza formatasi già ai tempi di "tangentopoli" (Cass. pen., sez. VI, 7 dicembre 1994, in *Mass. Cass. pen.*, 7, 8), l'atto sarebbe invece "contrario ai doveri d'ufficio" solo ove contrasti con la legge o con le norme della amministrazione di appartenenza (regolamenti, circolari, istruzioni di servizio) e risulti, come tale, illegittimo già dal punto di vista amministrativo. Nel suo riferirsi a parametri di diritto

¹² M. ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 140.

¹³ CATENACCI, *I delitti di corruzione*, cit., 60.

Non è in proposito privo di significato il fatto che la giurisprudenza sia approdata a risultati non dissimili enunciando il principio secondo cui vi sarebbe corruzione (propria) anche se non è individuato l'atto contrario ai doveri d'ufficio¹⁶.

In realtà, l'erosione del ruolo dell'atto nell'economia della fattispecie (della corruzione), operata dalla giurisprudenza¹⁷, rinviene il proprio sfondo nell'emersione dei fattori caratterizzanti la c.d. "corruzione sistemica". Essa origina, cioè, da quelle costellazioni di casi in cui l'agente pubblico pattuisce una retribuzione con il privato in relazione ad una serie indeterminata di occasioni, nelle quali questo avrà la necessità di avvalersi dei suoi servizi. La pattuizione forfettaria di questa somma esclude a priori la possibilità di individuazione preventiva degli atti rispetto ai quali il soggetto pubblico avrà a realizzare le corruzioni – alludendosi qui, da parte della giurisprudenza, in modo precipuo a quelle proprie – concordate. Per evitare le forzature interpretative cui questo dato criminologico può dar luogo, ci si è interrogati sulla presenza di ulteriori strumenti mediante i quali farvi fronte. Ed è parso che, al cospetto di intese corruttive di tale durata e tale ampiezza fra agente pubblico e soggetto privato, una strada percorribile sarebbe stata quella di ipotizzare – ricorrendo gli altri elementi di fattispecie (numero delle persone ecc.) – il delitto di associazione per delinquere a loro carico¹⁸.

positivo (legge o regolamenti) o a categorie giuridiche consolidate (illegittimità dell'atto), questa seconda impostazione è apparsa più rigorosa e 'solida' di quanto non lo sia la prima, la quale, invece, si è affidata a criteri assai 'ampi' (fedeltà, onestà, riservatezza, decoro etc.), i quali sembrerebbero a loro volta evocare un potere eccessivamente ampio di selezione delle condotte punibili con conseguente carenza di tassatività della fattispecie penale. Il punto è tuttavia che non di rado sono proprio la legge, i regolamenti, le circolari o le istruzioni di servizio dell'amministrazione a contenere puntuali riferimenti ad obblighi generici di correttezza, imparzialità, riservatezza o fedeltà ed a sdoganare dunque un amplissimo potere di selezione delle condotte punibili; né va dimenticato che simili leggi, regolamenti, circolari o istruzioni di servizio fanno a loro volta riferimento non solo, com'è normale, ad atti amministrativi in senso stretto ma anche a comportamenti materiali che pure rientrano nell'ambito della dell'art. 319 c.p., e rispetto ai quali non è evidentemente possibile formulare alcun giudizio di illegittimità in senso tecnico. Insomma: posto che, per esigenze di certezza, la contrarietà ai doveri d'ufficio va sempre interpretata come contrarietà alle norme di legge, di regolamento, di circolare etc., rimane pur sempre il problema di come comportarsi di fronte a quelle (non poche) norme di legge, regolamento, circolare etc. le quali, lungi dall'impartire precise disposizioni comportamentali, si limitano ad esigere la mera correttezza, trasparenza, imparzialità etc. dell'agire amministrativo. Ebbene, in casi del genere, una soluzione razionalmente fondata ed al tempo stesso 'politicamente' (nel senso di *politica criminale*) accettabile, potrebbe risiedere in un'interpretazione in chiave teleologica del concetto di 'contrarietà ai doveri d'ufficio': se il bene tutelato dalle norme che puniscono i fatti di corruzione è quello della parità di accesso di tutti i cittadini a risorse ed oneri di carattere pubblico, ecco allora che un comportamento genericamente qualificabile come 'scorretto', 'infedele', 'non trasparente' o *similia*, potrà considerarsi vero e proprio 'atto contrario ai doveri d'ufficio' solo là dove, nella situazione specifica, il rispetto di una regola di correttezza, fedeltà, trasparenza etc. era richiesto ai fini di una parità di trattamento fra cittadini nell'accesso alla macchina amministrativa (in tal senso cfr. CATENACCI, *I delitti di corruzione*, cit., 60 ss.).

¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 14 maggio 2009, n. 30762. In dottrina, cfr. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 90, secondo cui è evidente come, in tal modo, si configuri una interpretazione in contrasto col dato normativo che, pur se volta al fine di apprestare una tutela penale ritenuta necessaria, è da ritenersi inammissibile.

¹⁷ FORTASARI, *Delitti di corruzione*, cit., 192 ss.

¹⁸ FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 883 ss. Anche se comprensibili ragioni di opportunità sconsigliavano di contestare

Il rischio della erosione del ruolo dell'atto d'ufficio nell'economia della fattispecie può – almeno in astratto e salve le verifiche nella prassi – tuttavia considerarsi scongiurato dalla possibilità di collocare le intese corruttive ad oggetto indeterminato nella cornice dell'odierno art. 318 c.p., relativo appunto alla corruzione per l'esercizio della funzione. Questo appare, in effetti, il luogo più consono per colpire dazioni o promesse di denaro o altra utilità collegate ad una serie indefinita di atti, che il pubblico funzionario si impegna – appunto dietro corrispettivo – a compiere, con l'unico limite che sullo sfondo di tale accordo non si staglino i connotati di un individuato o, quanto meno, individuabile¹⁹, atto contrario ai doveri d'ufficio, in questa evenienza trovando corretta applicazione l'art. 319 c.p.

La dazione (o la promessa) del privato deve, a sua volta, avere il carattere della controprestazione e deve quindi, per entità e modalità, apparire come tale. A questo riguardo si rendono necessarie alcune precisazioni su talune questioni sollevate dalla pratica applicativa e sulle soluzioni che la disciplina più recente predispone riguardo ad esse.

In passato, è stato più volte ribadito che non si integra il reato in presenza di doni in natura che rientrano nella (pur se poco commendevole) prassi, purché il loro valore sia così modesto da apparire *ictu oculi* sproporzionato alle funzioni e agli atti del soggetto qualificato. Si è parimenti sostenuto che la stessa conclusione dovesse valere anche per il danaro, quando sussistano gli stessi requisiti e la dazione rientri nella consuetudine (es.: mance).

Oggi, peraltro, la determinazione di questi casi è stata

l'associazione per delinquere a funzionari pubblici, pena un'ulteriore discredito delle istituzioni, tali ragioni non potevano valere a legittimare il sacrificio del principio di legalità insito nell'espungere dalle fattispecie di cui all'art. 319 c.p. il caposaldo rappresentativo dell'atto d'ufficio.

¹⁹ Come detto, il singolo "atto" (conforme o contrario ai doveri d'ufficio) deve essere determinato o determinabile. Senonché, si assiste nella pratica ad un'interpretazione estensiva (ai limiti dell'analogia *in malam partem*) degli estremi della corruzione propria là dove si afferma che, a tal fine, non sarebbe necessaria l'individuazione di "specifici" atti contrari ai doveri d'ufficio (che anzi, singolarmente considerati, potrebbero risultare del tutto conformi ai doveri del pubblico agente) nel caso in cui, da una valutazione del comportamento complessivamente tenuto, possa comunque ravvisarsi un "asservimento" della funzione (*ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 32938) o un "sistematico e generalizzato favoritismo" per interessi privati. Per quanto assolutamente prevalente (ed in certa misura 'comprensibile' da un punto di vista politico-criminale), tale impostazione va comunque, allo stato attuale della legislazione, ripensata, atteso che l'art. 319 c.p. prevede che l'accordo corruttivo sia finalizzato non ad un generico asservimento retribuito della funzione (interpretazione questa consentita solo ove la norma avesse fatto generico riferimento al compimento di 'atti' o 'attività'), ma al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio (o al mancato o ritardato compimento di un atto dell'ufficio medesimo), con ciò chiaramente indicando la necessità che il mercimonio di funzioni pubbliche penalmente rilevante vada accertato con riferimento ad uno specifico atto o comportamento e non possa pertanto esaurirsi nella inclinazione soggettiva all'infedeltà verso l'ordinamento. Si tratta di una scelta di tecnica normativa finalizzata a sua volta a garantire esigenze di determinatezza del precetto ed a circoscrivere l'oggetto della prova della corruzione entro confini certi ed inequivocabili; e da questo punto di vista, non vi è dubbio che le interpretazioni in senso 'estensivo' sopra richiamate, si pongono in netto contrasto col principio di determinatezza/tassatività, che impone come noto al giudice un obbligo di *aderenza* al testo della legge e di pieno rispetto del divieto di analogia in *malam partem*. Il pericolo di un vuoto di tutela può poi considerarsi scongiurato dalla possibilità di collocare le intese corruttive ad oggetto indeterminato nell'ambito dell'odierno art. 318 c.p., relativo appunto alla corruzione per l'esercizio della funzione.

sottratta alla discrezionalità del giudice e rimessa, di contro, alle statuizioni dell'art. 4 del d.P.R. 26 aprile 2013, n. 62, recante il regolamento relativo al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 d.lgs. 165/2001. Alla sua stregua, esclusa in limine l'ammissibilità di una richiesta di regali o altre utilità da parte del pubblico dipendente (art. 4, comma 1, d.P.R. 62/2013), si contempla esclusivamente la sua possibilità di accettarne l'offerta, sempre che i medesimi non oltrepassino il valore "orientativo" di 150 euro e fatta salva la facoltà delle singole amministrazioni di stabilire soglie minori (art. 4, comma 5, d.P.R. 62/2013).

Diverso, se pure connesso problema, è quello che si pone quando ci si chiede se tra la prestazione del privato e quella del pubblico ufficiale debba esistere un rapporto di proporzione. Al riguardo va, innanzitutto, precisato che con esso non può, in nessun caso, intendersi una equivalenza tra il valore della dazione e quello del vantaggio che il privato trae dall'atto dell'intraneo. Sia il fatto tipico che la lesività si realizzano certamente anche quando questi due termini sono – come nella gran parte dei casi accade – ben diversi purché superiori alla soglia minima di cui s'è appena detto²⁰. Lo stesso problema affiorava in quella dottrina che sosteneva²¹ che il danaro o l'altra utilità dovessero, in qualche modo, costituire la retribuzione dell'atto, da ciò deducendo la necessità del menzionato rapporto di proporzione tra i due dati. Su queste basi, è possibile affermare che siffatto requisito – espressamente previsto dalla fattispecie della corruzione impropria allora vigente – avrebbe dovuto ritenersi implicitamente presente anche nella corruzione propria.

Ogni querelle in argomento pare comunque risolta dalla comune menzione, negli artt. 318 e 319 risultanti dalla riforma del 2012, di "denaro o altra utilità" quale oggetto della dazione o della promessa. Si salda con questo aspetto la considerazione che, mentre l'art. 318, in tema di corruzione per l'esercizio della funzione, esige il carattere indebito della ricezione o della promessa, nulla dice l'art. 319 per qualificare la dazione o la promessa della corruzione propria.

In ambedue i casi la prestazione del privato deve essere – perché il fatto sia punito – indebita e, in tal senso, non dovuta. Ma ciò non rende inopportuna la precisazione normativa posto che il termine ricezione, senza ulteriore specificazione, avrebbe potuto essere interpretato nel senso di ricomprendervi anche i casi in cui il pagamento sia lecito; dubbio che non può sorgere rispetto alla dazione o alla promessa nel contesto dell'art. 319 c.p.²².

Quanto al momento consumativo, il discorso riguarda tanto la corruzione propria quanto quella per l'esercizio della funzione. Sul punto, va ricordato che la corruzione, come reato a struttura bilaterale, attiva e passiva insieme, si consuma con il raggiunto accordo dei due protagonisti o per l'esercizio ancora a venire della funzione (corruzione antecedente: nuovo art. 318; se per atto contrario o omissione o ritardo di atto dovuto, art. 319), oppure per l'esercizio già avvenuto della funzione (corruzione susseguente ex nuovo art. 318 se per atto contrario già avvenuto o avvenuta omissione o ritardo di atto dovuto, art. 319). Più precisamente, per tale fine o per tale causa, nella corruzione antecedente, il denaro o utilità dato dal privato viene ricevuto dal P.U. o I.P.S., oppure la

promessa del privato, di corrisponderglielo in seguito, viene da lui espressamente o tacitamente — per fatti concludenti — accettata. E lo stesso vale per la corruzione susseguente.

Il tradizionale indirizzo giurisprudenziale²³, sul punto, afferma la presenza nelle corruzioni di un c.d. duplice schema: nel caso della promessa accettata dal P.U., la ricezione della dazione (o, se più, dell'ultima) successiva alla promessa segnerebbe la consumazione del reato (schema principale; ipotesi che si dice assimilabile al reato progressivo); quando invece la promessa non sia poi adempiuta, il momento consumativo resterebbe quello dell'accettazione di essa (schema sussidiario).

Tali impostazione, secondo autorevole dottrina²⁴, non può essere condivisa, atteso che, pure nelle diverse norme incriminatrici, il disvalore della corruzione è sempre riposto nel *pactum sceleris*, ovvero nello scambio di consensi dei due protagonisti legato al compenso indebito. Ciò è tanto vero che nella corruzione antecedente, qualunque sia la condotta, l'esercizio della funzione o l'atto oggetto dell'accordo, restando fuori degli elementi costitutivi del reato, non sono necessari per la consumazione, come neppure per la determinazione del luogo del commesso reato. Ora, se non è necessario né rileva per la consumazione neppure il compimento di quanto pattuito dalle parti, a maggior ragione non può rilevare al medesimo fine un asserito approfondimento dell'offesa tipica, dato dal semplice successivo adempimento della promessa del denaro o utilità, cioè dalla materiale consegna o effettiva messa a disposizione di essi in base a quanto a suo tempo concordato: mantenimento della promessa, a sua volta certamente non necessario per la consumazione e che rappresenta un *post factum* non punibile, da valutare quale comportamento susseguente al reato ex art. 133 c.p.²⁵.

²³ Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, in *Dir. pen. proc.*, 2010, con commento di MAIELLO, il quale si colloca in termini critici nei confronti della decisione, evidenziando quanto segue: "la paradigmatica tendenza del *diritto giudiziario* a svalutare la rilevanza dell'atto nell'economia morfologica/descrittiva dell'accadimento corruttivo e, di conseguenza, a provocare un obiettivo pervertimento della struttura e della direzione teleologica di offesa delle figure di reato – all'interno di una logica che ha favorito approdi ermeneutici di segno accentuatamente additivo (basti pensare che la marginalizzazione, ed a fortiori la dissoluzione, dell'atto di ufficio erode il carattere sinallagmatico del fatto e causa un effetto di *spiritualizzazione* in senso eticizzante e sintomatico del reato, che viene così trasformandosi in un delitto di mera infedeltà). Sulla medesima lunghezza d'onda, vanno, poi, annoverati i fenomeni di semplificazione probatoria che implementano la verifica processuale del 'patto corruttivo', soprattutto nei casi in cui di questo faccia difetto la prova diretta. In tali contesti, non di rado la *tirannia gnoseologica del processo* fa aggio sulla rigidità garantistica delle previsioni legali. Accade, inverso, che la ri-costruzione dell'accordo venga spesso affidata a modelli di ragionamento che, nel travolgere sul piano dell'accertamento i vincoli modali del fatto tipico, distruggono la stessa legalità dell'incriminazione. Quei modelli, da un lato, fanno uso di autentiche presunzioni probatorie e, dall'altro, inducono un *indebolimento epistemologico* dei nessi di inferenza, come avviene ogni qualvolta viene data rilevanza a condotte solo formalmente corrispettive, ma prive di interdipendenza funzionale (ciò che avviene, ad esempio, allorché 'prestazione' e 'contro-prestazione' vengano *presuntivamente* - sulla base di non sempre congruenti 'massime di esperienza' - ritenute espressione di un medesimo 'regolamento di interessi criminosi', laddove la distanza diacronica dei contesti di consumazione rende ardua la loro riconduzione ad una originaria, comune causa)".

²⁴ M. ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 140; nello stesso ordine di idee, BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., 52 ss.

²⁵ BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., 52 ss.

²⁰ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 91.

²¹ FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di concussione e corruzione*, cit., 883 ss.

²² STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 91.

Questa conclusione, del resto, è confermata dal fatto che nella descrizione normativa le due condotte della dazione o promessa (e quindi della ricezione o accettazione della promessa) sono poste in evidente rapporto di alternatività e si presentano tra loro del tutto equivalenti e fungibili, sicché un ruolo così marcatamente diverso di esse in ordine alla consumazione risulterebbe anche sotto tale aspetto difficilmente spiegabile.

2.3.- La corruzione per l'esercizio della funzione: cenni.

Passando al già più volte citato art. 318 c.p., lo stesso, nella formulazione successiva alla legge n. 190/2012 punisce "il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa". Qualora il soggetto attivo sia l'incaricato di un pubblico servizio, a lui si applicherà questa disposizione, con l'unica variante, attinente al versante sanzionatorio, che questi beneficerà di una riduzione della pena non superiore a un terzo. Ferme restando le ineliminabili diversità rispetto alla figura della corruzione impropria tratteggiata dal previgente art. 318 c.p., risulta di primaria importanza interrogarsi sulle ragioni che hanno spinto il legislatore del 2012 ad enucleare questa fattispecie di nuovo conio. Queste emergono da una rigorosa analisi del suo contenuto testuale. Quel che si evince è che la ricezione della dazione o l'accettazione della promessa, da parte del P.U., sono collegate in via esclusiva all'espletamento delle sue funzioni o dei suoi poteri, senza che rilevi qualsivoglia loro direzione verso il compimento di un determinato atto e, *a fortiori*, il fatto che questo possa essere *secundum* o *contra ius*. Quel che rileva, insomma, è che quella ricezione e/o quella accettazione si convertono in fattori di pericolo rispetto al corretto esercizio della funzione e, in via mediata, agli interessi primari che questo deve preservare. Se in ciò si può rinvenire la lettura politico-criminale sottostante all'introduzione di questa disposizione, non se ne possono sottacere, nondimeno, le motivazioni di carattere pratico-processuale.

Queste mettono capo alla garanzia di conciliare con il principio di legalità e, al tempo stesso, di coniugare con canoni probatori suscettibili di essere proficuamente soddisfatti senza, per questo, creare ingiustificate e inopportune sacche di impunità, una casistica da tempo al centro dell'attenzione degli organi giudicanti.

Ci si riferisce alle ricorrenti ipotesi del funzionario posto, per così dire, "a libro paga del privato", il quale riceve un compenso in relazione all'influenza che egli è in grado di esercitare su ogni questione – sfoci essa o meno nell'adozione di un atto contrario o conforme ai doveri d'ufficio – di interesse del privato, che rientri nelle competenze dell'ufficio cui è addetto.

La giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore della l. 190/2012 era in ogni caso incline a riportare questa tipologia di casi nel paradigma dell'art. 319 c.p., obliterando la richiesta, espressamente formulata dalla norma, che la ricezione o l'accettazione avessero avuto luogo per compiere (o per aver compiuto) "un atto contrario ai doveri d'ufficio". Come rilevato in dottrina, "amputata della sua direzione verso il compimento di un tale atto, la fattispecie, nel passaggio dal terreno della sua posizione in astratto a quella della sua applicazione in concreto, risultava quindi sprovvista di un requisito

essenziale alla sua perfezione"²⁶. La tensione con il principio di stretta legalità ne determinava, altresì, una dilatazione che conduceva a ritenere riportabile al suo interno qualunque mercimonio della funzione pubblica, indipendentemente dal collegamento con un atto da compiere o già compiuto.

Nondimeno, l'applicazione rigorosa della lettera degli artt. 318 e 319 c.p. previgenti avrebbe portato all'epilogo di lasciare immuni da sanzione penale ipotesi di mercimonio reiterato della funzione pubblica per la sola ragione dell'indeterminabilità dell'atto cui questo si riferiva. Risultato, questo, al quale era dato, ovviamente, pervenire laddove in sede processuale non fossero emersi indici sufficienti alla sua individuazione.

Proprio da queste problematiche e dalla difficoltà della loro soluzione scaturisce la genesi dell'attuale art. 318 c.p. Essa risponde alla necessità di creare una fattispecie-base, atta a ricomprendere fatti che, per ragioni di carattere eminentemente processuale, sarebbero sfuggiti ad una puntuale applicazione della più grave ipotesi delineata dall'(attuale) art. 319 c.p. D'altra parte, ragioni di dosimetria sanzionatoria impedivano di sottoporre questa figura al trattamento prevista per quest'ultima. Di qui l'opzione per la più lieve pena attualmente prevista in relazione al fatto di cui all'art. 318 c.p. Il diverso trattamento sanzionatorio stabilito per le due figure in questione corrisponde all'idea secondo la quale il rapporto fra gli artt. 318 e 319 c.p., stante l'omogeneità degli interessi protetti, si struttura secondo lo schema di quello intercorrente, rispettivamente, fra un reato di pericolo e uno di danno²⁷. Donde si evince l'ineludibile corollario che la fattispecie di pericolo soggiaccia a una sanzione ridotta rispetto a quella prevista per la correlativa ipotesi di danno²⁸.

3.- La scomparsa dell'atto d'ufficio nella corruzione per l'esercizio della funzione.

Come visto, nella descrizione della fattispecie tipica del novellato articolo 318 c.p. è scomparso il riferimento all'atto d'ufficio legittimo già adottato o ancora da adottare da parte del pubblico agente. La nuova fattispecie è così attualmente imperniata sull'esercizio delle funzioni o dei poteri. In particolare, ai fini della configurazione della corruzione impropria, con il sintagma "atto d'ufficio" si designava, in precedenza, non solo l'atto legittimo di natura formalmente legislativa, amministrativa o giudiziaria, ma altresì qualsiasi atto (vincolato o discrezionale) che costituiva concreto esercizio di poteri

²⁶ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 93.

²⁷ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 93.

²⁸ Su queste basi può essere risolto il caso in cui l'iniziale esercizio della funzione inquinato dal suo mercimonio, in sé e per sé rilevante solo ai sensi dell'art. 318 c.p., sfoci nel successivo compimento, da parte del P.U. o dell'I.P.S., di un atto contrario ai doveri d'ufficio. In tal caso, ci si chiede se il funzionario pubblico dovrà rispondere di un concorso di reati, ovvero di un unico reato, risolvendosi il concorso testé indicato nel senso dell'apparenza. Orbene, se e in quanto l'accordo intervenuto fra agente pubblico e privato non escluda, nella genericità dell'oggetto indicato dall'art. 318 c.p., anche l'eventuale compimento, da parte del primo, di atti contrari ai doveri d'ufficio in favore del secondo, il loro effettivo compimento ad opera del funzionario pubblico comporterà la traslazione dei comportamenti di entrambi nel paradigma dell'art. 319 c.p. I medesimi (soggetti) non risponderanno, invece, del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), in quanto, in forza del principio di consunzione, l'applicazione della fattispecie in questione risulterà assorbita da quella della norma contemplante il trattamento sanzionatorio più grave, vale a dire la disposizione concernente la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

inerenti all'ufficio o al servizio. In tal modo, si è rotta la simmetria del micro-sistema codicistico dei delitti di corruzione: il riferimento binario all'atto d'ufficio legittimo nella corruzione impropria (art. 318 c.p.) e illegittimo nella corruzione propria (art. 319 c.p.).

La scelta di prescindere dal riferimento specifico all'atto è stata giustificata, in primo luogo, con la stabilizzazione giurisprudenziale del processo di progressiva erosione dell'elemento dell'atto d'ufficio. E, specialmente, con la necessità di ricostruire con maggiore precisione i confini tra le diverse figure di corruzione: la corruzione propria, ancorata tutt'oggi in modo espresso all'adozione di un atto amministrativo illegittimo; la nuova corruzione per l'esercizio della funzione prescinde dal riferimento ad un atto dell'ufficio, che tuttavia mantiene il rapporto di corrispettività riferito adesso all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente²⁹.

Ora, l'indispensabile presenza dell'atto d'ufficio in tutte le ipotesi di corruzione ha costituito nel recente passato, come già detto, uno degli aspetti più problematici del rapporto tra il modello mercantile caratterizzante la tutela penale nel codice Rocco, e le trasformazioni empirico-criminologiche subite negli ultimi decenni dal fenomeno corruttivo. Il requisito dell'atto d'ufficio nella configurazione delle diverse figure di corruzione ha infatti reso poco agevole e talvolta incerto nel recente passato l'utilizzo dello strumento criminale nei confronti delle ipotesi di cosiddetta *corruzione "sistemica"*; fenomenologia criminosa che prescinde appunto dalla compravendita di un atto d'ufficio. Siffatte vicende si configurano laddove la tangente sia pagata in relazione all'esercizio della funzione dell'agente pubblico e non per uno specifico atto d'ufficio, come nel caso in cui quest'ultimo sia messo a libro paga dal privato corruttore. Si è trattato quindi di ripensare i delitti di corruzione sulla scorta della realtà criminologica ultimamente emersa, tenuto conto della tendenza dei fatti di corruzione a diventare "sistemici"³⁰.

4.- La corruzione negli atti discrezionali.

Chiarita la nozione generale di atto o di esercizio della funzione rilevanti nell'attuale sistema dei delitti di

corruzione, occorre valutare la rilevanza delle fattispecie *de quo* nel caso in cui l'oggetto del mercimonio non sia un atto ovvero un'attività vincolata ma discrezionale. Il problema postosi nella pratica ed affrontato dalla sentenza in commento è quello dei parametri in base ai quali verificare se un certo atto rimesso ai poteri discrezionali del P.U./I.P.S. sia *conforme* o *contrario* ai doveri d'ufficio. Come noto, infatti, gli atti a contenuto discrezionale non si limitano a 'dare esecuzione' a comandi legali perentoriamente e tassativamente prestabiliti, ma rappresentano l'esercizio di un potere di scelta fra più possibili soluzioni, tutte ammissibili sul piano della legittimità amministrativa e tutte, in omaggio al principio della divisione dei poteri, insindacabili nel merito da parte del giudice ordinario; da qui l'esigenza di capire se, proprio perché espressione di simile potere, l'atto discrezionale sia per ciò solo da considerarsi, sempre e comunque, conforme ai doveri d'ufficio, o se invece esista (e quale sia) un limite oltre il quale, per quanto espressione di un potere legittimo, l'atto discrezionale oggetto di mercimonio vada comunque considerato contrario ai doveri d'ufficio.

Un indirizzo ormai risalente, sul presupposto che la 'doverosità' di un atto amministrativo fosse logicamente incompatibile con l'esercizio di poteri di scelta da parte del P.U./I.P.S., riteneva che potesse parlarsi di 'atto dell'ufficio' (e dunque di corruzione impropria) solo in presenza di atti vincolati e non anche in presenza di atti discrezionali. Questa visione presupporrebbe tuttavia l'idea, affatto superata, che l'esercizio di un potere discrezionale costituisca l'oggetto di una vera e propria signoria dell'autorità amministrativa, e dia pertanto luogo ad atti meramente interni alla P.A.: atti, quindi, assolutamente liberi. Oggi, invece, è del tutto pacifico che anche l'esercizio di un potere discrezionale vada finalizzato alla cura di un interesse pubblico, essendo esso "in qualche modo ... sempre legato e sindacabile (perché tutelabili sono gli interessi giuridicamente protetti sui quali incide)"³¹.

Tale impostazione è stata così abbandonata, tanto dalla dottrina più avveduta quanto dalla giurisprudenza, in quanto -si afferma giustamente- anche gli atti discrezionali, lungi dall'essere assolutamente 'liberi', hanno delle 'doverosità', costituite a loro volta dal duplice limite della rispondenza alle procedure di legge e della massimizzazione dell'interesse pubblico dato in attribuzione.

Ed ancora, accanto ad ormai superate concezioni secondo le quali la corruzione per atto discrezionale sarebbe stata sempre ed esclusivamente una corruzione impropria, oggi per l'esercizio delle funzioni, in quanto l'atto discrezionale, costituendo espressione di una (assoluta) libertà di apprezzamento del pubblico ufficiale, sarebbe comunque legittimo, la giurisprudenza³² in anni lontani ha affermato che la corruzione per atto discrezionale sarebbe per contro sempre propria, in quanto il pubblico ufficiale, una volta accettata un'indebita remunerazione per il compimento di una condotta funzionale rispetto alle cui modalità di realizzazione egli gode di una certa libertà di scelta, perderebbe la propria imparzialità nei riguardi degli interessi (pubblici e privati) da sottoporre a comparazione, cosicché l'atto da

²⁹ GAMBARELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch. pen.*, 2013, 15 ss.

³⁰ Si tratta di fatti penalmente illeciti volti, cioè, non solo a diffondersi capillarmente e in modo diffuso all'interno dell'azione dei pubblici poteri ("la corruzione regolarizzata e istituzionalizzata"), ma in grado di istituire una relazione stabile nel tempo di interdipendenza d'interesse fra privati e funzionari pubblici e politici, anche attraverso la creazione di reti di complicità fra corruttori, corrotti ed eventuali terzi intermediari; in argomento, DAVIGO, MANNOZZI, *La Corruzione in Italia*, Bari, 2007, 272 ss., secondo i quali le ipotesi di "funzionario a libro paga" sono espressione di una allarmante contiguità tra pubblici amministratori e criminalità organizzata. In base a tale impostazione, a livello criminologico la corruzione per l'esercizio della funzione non è la meno grave forma di corruzione perché non si fa riferimento ad un determinato atto illegittimo dell'ufficio quale oggetto del *pactum sceleris*. Ed invero, anche quando l'attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto, essa è sicuramente più grave della condotta dell'agente pubblico che sottomette agli interessi del privato la sua attività. L'esperienza giudiziaria degli ultimi anni ha infatti messo in luce casi gravi e frequenti caratterizzati dalla stabilità del rapporto tra le parti, tale dunque da non esaurirsi in "atti" conformi o contrari ai doveri d'ufficio anche solo vagamente individuabili, ma esteso in una fitta trama di relazioni nell'ambito delle quali il privato era in grado di controllare l'intera attività del funzionario pubblico o del politico. In numerosi episodi la tangente non è stata perciò finalizzata all'acquisto di questa o quella prestazione del soggetto pubblico, ma a creare e mantenere "buoni rapporti" con politici e amministratori.

³¹ PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 72.

³² Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1997, n. 11462; Cass. pen., sez. VI, 8 novembre 1996, n. 10851.

compiere risulterebbe in ogni caso viziato da eccesso di potere. Questa posizione prende avvio, invero, da un'assunzione di senso comune condivisibile, poiché non pare dubbio che, nella normalità dei casi, il pubblico ufficiale, che riceve denaro da un privato interessato al compimento di un certo atto discrezionale, o lo sta imbrogliando (non avendo alcuna intenzione di compiere l'atto retribuito) o lo sta concutendo (ossia, lo sta costringendo a remunerarlo): oppure, al di là di queste evenienze, è naturale che egli sarà portato a prestare "un occhio di riguardo" per la posizione di chi lo ha corrotto.

L'orientamento in questione non considera tuttavia che la distinzione fra corruzione propria ed impropria si fonda, non già sulla parzialità od imparzialità del pubblico ufficiale, quanto sulla illegittimità o legittimità dell'atto (o della funzione) compravenduto. Inoltre, in tal modo, non si tiene conto che talvolta l'interesse del privato coincide con quello della P.A.

Non possono poi essere condivise quelle tesi³³ che, valorizzando l'atteggiamento psicologico dell'agente, la c.d. teoria della motivazione, configurano la corruzione impropria quando il pubblico funzionario ha agito ritenendo, sulla base di ragioni convalidate da un'oggettiva parvenza di fondatezza, di compiere un atto conforme ai doveri d'ufficio; corruzione propria, quando il pubblico ufficiale "contraente" si sia lasciato motivare dal compenso concordato o percepito. Invero, un processo motivazionale interno non può, da solo, trasformare un atto da conforme a contrario ai doveri d'ufficio: quel che rileva, ai fini della responsabilità penale, è il fatto storico, così come verificatosi e non già le intenzioni del soggetto, non riscontrabili obiettivamente.

Al di là di queste controverse *interpretationes abrogantes*, comunque, la dottrina e la giurisprudenza si sono generalmente impegnate nella ricerca di criteri che consentissero di tracciare una distinzione fra corruzione propria ed impropria anche nel caso di atto discrezionale. La posizione attualmente dominante è quella per la quale occorre incentrare il giudizio, relativo alla distinzione fra corruzione propria ed impropria, sulla conformità dell'atto compravenduto rispetto alle regole per un corretto esercizio del potere discrezionale e ciò in quanto discrezionalità non equivale ad arbitrio e l'attribuzione di un potere discrezionale non crea uno spazio di signoria privatistica della pubblica amministrazione e di libertà assoluta del pubblico ufficiale, ma costituisce piuttosto uno strumento per consentire un migliore e più ponderato perseguimento di quegli interessi pubblici che la stessa norma, che conferisce il potere, provvede a specificare³⁴. Si afferma infatti che, indiscutibilmente, esistono regole (sia pur meno rigide di altre) che stabiliscono i limiti entro i quali l'esercizio del potere discrezionale può dirsi legittimo: regole la cui violazione è sindacabile da parte del giudice, senza che con ciò occorra entrare nel merito delle scelte di opportunità effettuate dall'amministrazione. E proprio la violazione delle regole relative ad un corretto uso del potere discrezionale è stata assunta quale indicatore essenziale della illegittimità di un atto e quindi della natura del patto corruttivo che lo abbia ad oggetto, con la conseguente configurabilità della corruzione propria tutte le volte che l'atto discrezionale, che il pubblico ufficiale – verso una remunerazione indebita da

parte di un privato – si impegna a compiere, possa dirsi inficiato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere³⁵.

In breve, seguendo tali scansioni argomentative, la distinzione si fonderebbe sul rispetto da parte del pubblico ufficiale, nell'emanazione dell'atto, delle regole inerenti l'uso del potere discrezionale con la conseguenza che può affermarsi la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio solo quando, in sede di *pactum sceleris*, v'è stata una violazione di siffatte regole, *rectius* una menomazione alla valutazione comparativa fra gli atti da adottare, nel senso di privilegiare quella soluzione che comporta un maggior beneficio per il privato corruttore; ciò in quanto, in questi casi, la scelta del compimento dell'atto è dettata non già dalla convenienza ed opportunità della P.A. per il raggiungimento dei suoi fini istituzionali, bensì e solo dalla presenza di un interesse del privato corruttore. Su queste basi, è possibile affermare che anche il potere discrezionale incontra dei vincoli precisi, rappresentati dall'interesse pubblico, dalla causa del potere (il fine specifico per il quale il potere è stato conferito, che è sempre ed esclusivamente un fine pubblico), dai precetti di diritto e di logica. Se questi vincoli vengono rispettati, se, in particolare, l'atto discrezionale è compiuto in vista dell'esclusivo conseguimento dell'interesse pubblico e nel pieno rispetto delle altre regole citate, l'atto è senz'altro conforme ai doveri d'ufficio e la retribuzione accettata dal pubblico funzionario viola solo il c.d. dovere esterno di non accettare retribuzioni da privati (in tali casi, il reato configurabile sarà quello di corruzione impropria/per l'esercizio della funzione).

Ciò detto, va precisato che anche per tale impostazione se non può seriamente porsi in dubbio che si abbia quasi sempre corruzione propria, quando la retribuzione sia effettuata in vista del compimento di un atto eccedente i limiti del potere discrezionale (ossia quando il patto illecito verta su di un atto amministrativo viziato da eccesso di potere, violazione di legge od incompetenza), non sembra del tutto scontato che nel caso contrario la corruzione possa sempre dirsi impropria, atteso che il potere discrezionale ruota sulla possibilità per il pubblico ufficiale di compiere una pluralità (pur non necessariamente indefinita) di atti tutti parimenti legittimi; cosicché i presupposti per configurare una corruzione propria sembrerebbero esservi anche nel caso in cui il pubblico ufficiale, in forza della corruzione, assuma l'impegno di compiere un atto che, pur rientrando tra quelli astrattamente legittimi, non è tuttavia quello che egli avrebbe 'altrimenti' compiuto.

In conclusione, in base all'orientamento maggioritario in dottrina, nel caso in cui il funzionario risulti titolare di un potere discrezionale, si avrà corruzione propria: a) quando l'atto retribuito costituisce violazione delle regole per un corretto esercizio del potere discrezionale; b) quando l'atto retribuito è tale che, pur costituendo il frutto di un corretto esercizio del potere discrezionale, la scelta di porre in essere quel determinato atto si giustifica solo in forza della retribuzione corruttiva: il pubblico ufficiale, cioè, avrebbe scelto di compierne un altro, quale miglior temperamento degli interessi in gioco, se non fosse stato corrotto per compiere 'in ogni caso' proprio

³³ SPENA, *Il turpe mercato: teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano 2003, 145 ss.

³⁴ PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la P.A.*, cit., 182 ss.

³⁵ VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, cit., 305 ss., secondo cui "è al diritto amministrativo senza intrusione di criteri penalistici (ove questi non siano espressamente ed univocamente imposti dalla norma penale) che bisogna fare capo per giudicare se un atto discrezionale è o meno contrario ai doveri d'ufficio".

quell'atto. Si avrà invece corruzione impropria, sempre che non possano configurarsi gli estremi di una concussione (a carico del pubblico ufficiale ed a discarico del privato), nel caso in cui la retribuzione sia effettuata affinché il pubblico ufficiale agisca esattamente nel modo in cui egli avrebbe altrimenti agito, anche in assenza di alcuna interferenza del privato, solo dopo aver soppesato attentamente ogni altro interesse pertinente e solo se in grado di realizzare il miglior interesse generale.

La giurisprudenza più recente, nella cui scia si colloca la sentenza in commento, si attesta su posizioni sostanzialmente corrispondenti a quelle da ultimo illustrate, sostenendo che “si configura il delitto di corruzione impropria e non quello di corruzione propria in relazione ad un atto adottato dal pubblico ufficiale nell'ambito di attività amministrativa discrezionale, soltanto qualora sia dimostrato che lo stesso atto sia stato determinato dall'esclusivo interesse della pubblica amministrazione e che pertanto sarebbe stato comunque adottato con il medesimo contenuto e le stesse modalità anche indipendentemente dalla indebita retribuzione”³⁶, ed in quest'ottica, “la rinuncia del pubblico ufficiale, dietro compenso, al retto esercizio della funzione che per legge gli spetta, e quindi la rinuncia all'esercizio di poteri discrezionali, integra l'ipotesi di corruzione propria per atto contrario ai doveri d'ufficio”³⁷. Su queste basi, è stato limitato l'ambito della corruzione impropria, ritenendola sicuramente configurabile solo con riferimento alle attività strettamente vincolate nei contenuti, nella forma e nei tempi che risultino conformi alle regole che deve rispettare il pubblico ufficiale, ponendo a carico dell'imputato con riferimento alle attività discrezionali l'onere della prova di non avere posto in essere “alcun comportamento indirizzato alla consapevole volontaria violazione dei canoni di esercizio della discrezionalità”³⁸. In definitiva, si avrà corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio se il privato offre denaro o altra utilità al soggetto pubblico per indurlo ad esercitare il potere discrezionale in modo difforme da quello suggerito dall'equilibrata valutazione disinteressata della situazione concreta o

perché rinunci ad una valutazione comparativa degli interessi, indipendentemente dalla circostanza che l'atto poi emanato coincida con quello che sarebbe stato emesso in assenza del patto corruttivo³⁹.

5.- La posizione della sentenza in commento.

In tale solco giurisprudenziale si inserisce la sentenza in esame, secondo cui l'art. 319 c.p. è idoneo a sanzionare anche l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, che si verifica quando il procedimento amministrativo è animato non dalla ontologica pulsione ad una comparazione “attenta ed imparziale” tra gli interessi coinvolti, ma “dalla percezione di un indebito compenso affinché venga raggiunto un esito determinato”. Specificano i Giudici di legittimità che l'art. 319 c.p. opera anche quando il procedimento amministrativo è regolarmente imperniato sul rispetto delle norme giuridiche ed anche nel caso in cui concretamente, vale a dire *ex post*, l'esito cui esso approda coincide perfettamente col miglior interesse pubblico, al quale si sarebbe pervenuti pur in assenza del pagamento indebito: la norma *de qua* rileva infatti nelle ipotesi di “rinuncia alla discrezionalità”, la quale si manifesta - come nel caso di specie di cui si discute - quando *ex ante* la P.A. dispiega la procedura amministrativa sul terreno inquinato dal patto illecito.

È anche vero - e di ciò la Suprema Corte prende subito atto - che l'interpretazione *de quo* rischia di condurre ad una “sostanziale abrogazione dell'art. 318 c.p., relativamente agli atti amministrativi di natura discrezionale”. Si paventa il pericolo, cioè, che l'orientamento giurisprudenziale sostenuto giunga a ribaltare la presunzione avanzata dalla difesa dell'imputato, tramutandola da presunzione relativa di corruzione *ex art.* 318 c.p. a presunzione assoluta di corruzione *ex art.* 319 c.p., con contestuale eccessiva compressione dell'ambito di operatività dell'art. 318 c.p. avuto riguardo agli atti discrezionali della P.A.

Tali considerazioni impongono una puntualizzazione che la Suprema Corte svolge immediatamente, ricorrendo al concetto sintetizzabile nei termini di “discrezionalità sostanzialmente vincolata”.

E dunque, precisa la sentenza in commento, in tema di corruzione per l'esercizio della discrezionalità amministrativa, la norma più favorevole, art. 318 c.p., va applicata esclusivamente nei casi in cui la ponderazione comparativa messa in atto dalla P.A. appaia *ictu oculi* il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico nonché l'unico atto possibile.

In breve, il criterio discrezionale evidenziato si fonda sulla complessità della ponderazione comparativa.

Nei casi di minor complessità del vaglio discrezionale, tale discrezionalità assume connotati sostanziali (solo ai fini della qualificazione penale del fatto) tipici dell'attività vincolata, sicché l'esito *ex ante* auspicabile va confrontato con quello *ex post* generato, al fine di valutare se il patto illecito abbia o meno deviato l'analisi della P.A. dal perseguimento del miglior interesse pubblico: in caso di risposta affermativa, la fattispecie incriminatrice applicabile è rintracciabile nell'art. 319 c.p.; in caso di risposta negativa, opera l'art. 318 c.p.

La minor complessità del vaglio dovrebbe poi essere intesa nel senso che, dinanzi agli interessi da contemperare, una P.A., efficiente e dedita al rispetto dei valori costituzionali cristallizzati nell'art. 97 Cost., non può

³⁶ Cass. pen., sez. VI, 09 luglio 2009, n. 36083. Giova rilevare che, l'indirizzo in esame è stato avallato anche dalla Corte costituzionale, che, con la nota sentenza relativa all'affare Lockheed, a sostegno della riconosciuta responsabilità dell'agente in ordine al delitto *ex art.* 319 c.p., ha affermato: “egli evidentemente rinunciava preventivamente alla valutazione comparativa degli interessi contrapposti”, ed ancora “erano ben consapevoli che i corrotti si impegnavano preventivamente, contro i doveri del loro ufficio, a non esercitare quel potere di libero apprezzamento dei contrapposti interessi che era inerente alle loro funzioni” (Corte cost., 2 agosto 1979, n. 221). Muovendo da questa prospettiva, ossia che la configurabilità del reato di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio presuppone il compimento di atti la cui emanazione avrebbe comunque richiesto una corretta valutazione discrezionale, la cui omissione costituisce la vera ragione della contrarietà ai doveri d'ufficio, si è ritenuto che integri il delitto di corruzione impropria e non già quello di corruzione propria la condotta di alcuni pubblici ufficiali addetti ad una conservatoria di registri immobiliari che erano stati retribuiti per il sollecito rilascio dei certificati richiesti (Cass. pen., 18 dicembre 2001, in Riv. pen., 2002, 218).

³⁷ Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083.

³⁸ Cass. pen., 26 settembre 2006, in Cass. pen., 2007, 2850. Secondo la dottrina (STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 97) si tratta di un'impostazione che viola la presunzione di non colpevolezza prevista dal secondo comma dell'art. 27 Cost., poiché ponendo a carico dell'imputato l'onere della prova del reato meno grave di corruzione impropria finisce per liberare l'accusa dall'onere di provare il carattere di contrarietà ai doveri di ufficio dell'atto discrezionale oggetto del mercimonio, carattere che viene così ad essere presunto, salva la prova contraria che deve fornire l'imputato.

³⁹ Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 2010, n. 24656.

non propendere per una specifica soluzione, in quanto l'attenta e ragionevole opera di ponderazione degli assetti coinvolti presenta un grado di difficoltà tecnica medio - basso ed è attuabile con l'uso scrupoloso dei parametri di ragionevolezza e diligenza.

Nei casi di maggior complessità del vaglio discrezionale, infine, la discrezionalità amministrativa è, potrebbe dirsi, 'formale e sostanziale', con la conseguenza che dovrebbe costantemente sostenersi, secondo l'impostazione della Suprema Corte, la configurazione della corruzione propria.

Si demanda così al giudice ordinario il compito di analizzare la complessità dell'attività discrezionale e, nel primo caso, di "anticipare" con valutazione *ex ante* il risultato che sarebbe stato auspicabile ottenere dalla ponderazione comparativa per poi confrontarlo con quello raggiunto dall'autorità pubblica in concreto, ai soli fini della qualificazione penale del fatto e della sua collocazione nell'art. 318 c.p. piuttosto che nel successivo art. 319 c.p.

6.- Qualche breve considerazione di sintesi.

Provando a tirare le fila del discorso, e tenuto conto dell'elaborazione in materia, è possibile affermare che oggi non possono essere integralmente accolte sia l'idea che, solo perché legittimo, un atto a contenuto discrezionale debba sempre e comunque considerarsi conforme ai doveri d'ufficio (e dunque la corruzione sempre *impropria*), sia l'opinione secondo cui, per il solo fatto di aver accettato la dazione o la promessa di denaro o altra utilità, il pubblico agente sia venuto meno al dovere di orientare il proprio giudizio al perseguimento delle finalità istituzionali (e dunque la corruzione sia da qualificarsi sempre come *propria*). A tacere infatti di ogni altra possibile considerazione critica, entrambe le posizioni appaiono eccessivamente sbilanciate nell'uno o nell'altro senso ed hanno soprattutto come conseguenza oltremodo evidente, per ciò che riguarda la corruzione in atti discrezionali, una non accettabile *interpretatio abrogans*, l'una della corruzione propria, l'altra della corruzione impropria o meglio per l'esercizio della funzione.

Con riferimento alle posizioni che spostano la quasi totale rilevanza penale del fatto verso la corruzione propria, con conseguente compressione della corruzione per l'esercizio della funzione, autorevole dottrina⁴⁰ ha avuto modo di osservare che tale impostazione finisce con il creare un circolo vizioso: poiché l'accettazione di danaro o altra utilità da parte del funzionario implica sempre la violazione di quei doveri e l'offesa a quei beni, la corruzione tenderà a divenire sempre propria; siffatta interpretazione, quindi, contrasterebbe non solo col tenore letterale della norma, ma anche con la sua interpretazione sistematica, in quanto si finirebbe, oggi come oggi, con il privare di qualsivoglia spazio di operatività la nuova ipotesi della corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), laddove "la contrarietà ai doveri di ufficio presuppone un rinvio alle norme che regolano e disciplinano l'attività dell'ufficio: essa implica, dunque, la illegittimità dell'atto, alla stregua delle norme che disciplinano i tipici vizi dell'atto amministrativo"⁴¹.

Dunque, per stabilire se si configuri l'ipotesi di cui all'art. 318 o 319 c.p., occorre verificare puntualmente, senza incorrere in presunzione alcuna, se, a prescindere

dall'eventuale accordo col privato, l'atto (o la funzione), così come deliberato e compiuto, risponda o meno all'interesse pubblico che sorregge la stessa attribuzione al P.U./I.P.S. del potere discrezionale⁴². Si tratta, cioè, di stabilire, senza operare indebiti controlli di merito o di opportunità, se l'atto compiuto risulti *non tanto lievemente, quanto sensibilmente differente* da quello che si sarebbe ragionevolmente adottato in assenza del compenso e se siano state rispettate le regole inerenti l'esercizio del potere discrezionale, potendosi altrimenti configurare il solo reato di corruzione per l'esercizio distorto della funzione.

A maggior ragione, la fattispecie di corruzione propria potrà dirsi configurata ogniqualvolta, in forza del compenso o dell'accordo criminoso, il pubblico agente abbia preventivamente rinunciato ad esercitare il potere discrezionale omettendo qualsiasi imparziale considerazione dei diversi interessi coinvolti nell'esercizio della funzione.

⁴² BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., 96; CATENACCI, *I delitti di corruzione*, cit., 70; M. ROMANO, *Commentario Sistematico al Codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 185.

⁴⁰ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 97.

⁴¹ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit. 97.