

I DELITTI DI CORRUZIONE IN UN CONFRONTO FRA L'ORDINAMENTO ITALIANO E SPAGNOLO

di Giulia De Magistris

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La repressione del fenomeno corruttivo in Spagna: una premessa. – 3. I tipi di delitto nel *código penal* spagnolo. – 3.1. Il *cohecho activo* e il *cohecho pasivo*: due delitti distinti ed autonomi. – 3.2. Il *cohecho propio*, il *cohecho impropio* e il *cohecho en consideración del cargo o función*. – 4. Il *cohecho pasivo impropio* ed il *cohecho subsiguiente*. – 5. Il *cohecho pasivo en consideración del cargo o de la función* e la nuova fattispecie italiana di corruzione per l'esercizio della funzione. – 5.1. Il bene giuridico tutelato e la condotta tipica. – 5.2. L'oggetto materiale dell'accettazione e i doni di cortesia socialmente ammessi. – 5.3. La relazione causale rispetto alla funzione pubblica. – 6. L'esenzione dalla responsabilità penale per il privato che denuncia il fatto; la mancata introduzione in Italia di una causa di non punibilità. – 7. Il *cohecho pasivo propio*. – 7.1. L'oggetto della retribuzione: *dádiva, favor o retribución de cualquier clase*; il carattere economico e retributivo. – 7.2. L'*acto del cargo*; la contrarietà ai doveri dell'ufficio; l'atto discrezionale. – 7.3. Consumazione e tentativo; le pene. – 8. Il discrimine tra la corruzione e la concussione: la riflessione dottrinale nei due ordinamenti. – 8.1. I nuovi confini fra la concussione, la corruzione e la nuova fattispecie dell'induzione indebita. – 8.2. La differenza fra *cohecho* e *exacción ilegal*. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

La corruzione nella pubblica amministrazione è un fenomeno che ha raggiunto dimensioni allarmanti, dimostrando una tendenza sempre maggiore a perdere il suo carattere episodico per diventare sistemica¹.

Sembra quasi inevitabile che, quando si attribuisce ad un soggetto una posizione di potere, finalizzata all'esercizio di una funzione pubblica e, quindi, al perseguimento di interessi generali, questo orientamento finalistico debba venire tradito, e che il pubblico agente ceda alla tentazione di abusare della fiducia dei consociati a fini di privato beneficio.

Alejandro Nieto sosteneva proprio che "*la corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo*"² e la misura di quanto tale percezione sia radicata nel corpo sociale è data dalle ultime rilevazioni sul *Corruption Perception Index* (CPI) di *Transparency International*, rese note nel dicembre del 2011, che, con riguardo al nostro Paese, denunciano un progressivo aggravamento della corruzione percepita negli ultimi

¹ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. Pen.*, supplemento a n.11/2012, p. 3; [R. GAROFOLI, La nuova disciplina dei reati contro la P.A., in questa Rivista, 15 gennaio 2013.](#)

² Cfr. A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1997, p. 7.

anni³. È stato però rilevato, raffrontando questi dati con quelli tratti dalle rilevazioni giudiziarie, come si sia stabilito un preoccupante rapporto di inversa proporzionalità tra la corruzione "praticata" e la corruzione "denunciata e sanzionata": mentre le dimensioni della prima si sono notevolmente ampliate, la seconda si è, negli ultimi venti anni, significativamente ridimensionata⁴.

Insomma, a causa della particolare fenomenologia che caratterizza i delitti di corruzione, la repressione penale incontra anche oggi un grande limite nell'elevata cifra oscura che caratterizza tali fenomeni criminali: fenomeni da sempre connotati dal fortissimo vincolo di omertà che lega corrotto e corruttore, in un patto illecito che il più delle volte resta impenetrabile, garantendo l'impunità di entrambi i soggetti⁵.

Questo contributo si focalizza su due Paesi che, come dimostrano le rilevazioni internazionali⁶ degli ultimi anni circa le dimensioni del fenomeno corruttivo, sono particolarmente interessati alla ricerca di strumenti di repressione, che si dimostrino tanto più efficaci quanto più ancora oggi risulta difficile fare emergere e, conseguentemente, punire, tali vicende criminali. E proprio con l'intenzione dichiarata di rispondere a questa impellente necessità (anche alla luce delle pressanti raccomandazioni internazionali) e di potenziare gli strumenti di lotta, anche penale, alla corruzione, il sistema dei delitti di corruzione è stato, di recente, sottoposto a riforma in entrambi i Paesi: in Italia, con la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", e in Spagna con la *Ley Orgánica* 5/2010, del 22 giugno, con cui è stata modificata la *Ley Orgánica* 10/1995, del *Código Penal*.

È sembrata, dunque, utile, un'analisi comparativa della disciplina dei delitti di corruzione nei due ordinamenti considerati, che, rilevandone punti di forza e nodi problematici, consenta di apprezzare se, ed eventualmente in che modo, nei due ordinamenti si sia provveduto a garantire una maggiore effettività alle norme penali in materia di corruzione, provando a invertire il trend negativo di aumento delle difficoltà incontrate nella repressione giudiziaria dei fenomeni corruttivi.

Inoltre, sebbene in entrambi i Paesi si sia ormai acquisita la coscienza dell'insufficienza di un sistema repressivo imperniato soltanto o prevalentemente su

³ Cfr. il Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La Corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Roma 2012, in http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/24/2012_10_22_Rapporto_corruzione_PA.pdf, p. 9, che posiziona l'Italia al 72° posto su 174 Paesi valutati, rivelando un peggioramento rispetto alla rilevazione precedente, che ci situava, a pari merito con Paesi quali il Ghana e la Macedonia, al 69° posto.

⁴ Cfr. R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 Novembre 2012, n.190 e le politiche ancora necessarie, in questa Rivista*, 22 febbraio 2013.

⁵ Cfr. F. STELLA, *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, in RTDPE, 1994, p. 937.

⁶ Cfr. *Third evaluation round. Evaluation report on Spain, Incrimination (ETS 173 and 191, GPC 2)*, GRECO, in http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3%282008%293_Spain_One_EN.pdf; *Joint First and Second Round Evaluation. Compliance Report on Italy*, GRECO RC-I/II (2011) 1E, in http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2%282011%291_Italy_EN.pdf

misure di natura penale, e si sia invece rafforzato il fronte della prevenzione amministrativa, resta interessante valutare se, con lo strumento della normazione penale, si sia raggiunto maggiormente l'obiettivo della prevenzione generale, che è proprio di ogni sistema penale, e nell'ottica dell'orientamento delle condotte dei consociati, volta alla promozione di un'etica pubblica. Per quanto riguarda, infine, il piano del contenuto e del metodo, l'elaborato si svolge sotto forma di esposizione e commento della disciplina spagnola dei delitti di corruzione, condotta in un'ottica comparatistica con la corrispondente disciplina italiana, in particolare riguardo ai punti che si sono ritenuti di maggiore interesse.

2. La repressione del fenomeno corruttivo in Spagna: una premessa

Per introdurre la tematica della repressione penale della corruzione in Spagna, è utile una previa chiarificazione di carattere terminologico, che consenta di cogliere la diversa accezione tecnico-giuridica che i termini *corrupción* e *cohecho* posseggono nell'ordinamento giuridico spagnolo.

Anche nella dottrina italiana non si è mancato di sottolineare come di corruzione si possa parlare in diversi modi, cogliendo ogni volta una sfumatura diversa del fenomeno studiato: si può distinguere, infatti, un senso ampio di corruzione, proprio del linguaggio sociologico, economico e politologico, corrispondente ad un "abuso dei poteri (o violazione degli obblighi) a fini di privato beneficio", da un senso ristretto di corruzione, consistente in "un accordo tra un agente pubblico ed un *extraneus* circa il passaggio attuale o potenziale di una qualche utilità indebita"⁷.

Al riguardo, è utile notare come, mentre in Italia i diversi concetti sono veicolati attraverso il medesimo termine (quello di "corruzione", per l'appunto), tale ambiguità semantica non si riscontri nel linguaggio politico-giuridico proprio di altri idiomi, come quello inglese, tedesco o spagnolo, ove invece l'espressione di quei due diversi concetti è affidata a due termini diversi: si parla, rispettivamente, di "*corruption*" e "*bribery*", "*Korruption*" e "*Bestechung*", "*corrupción*" e "*cohecho*" per esprimere i concetti di corruzione *lato sensu* e baratteria (o corruzione in senso stretto)⁸.

Per queste ragioni, venendo in particolare al lessico tecnico-giuridico spagnolo, quando viene utilizzato il termine "*corrupción*" si fa riferimento, in generale, all'uso del potere pubblico per il lucro personale, un uso che può integrare delitti diversi, come il *cohecho*, la *malversación*, il *tráfico de influencias*, le *fraudes y exacciones ilegales* o le *negociaciones prohibidas a los funcionarios*⁹ e, in generale, connotare gli abusi nell'esercizio

⁷ Come propone A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, p. 1.

⁸ Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 2.

⁹ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, XVIII ed., Valencia, 2010, p. 1017; F. MORALES PRATS, M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V - Nuevo Código Penal*, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, a cura di Quintero Olivares, II ed., Navarra, 2009, p. 1666.

della funzione pubblica indirizzati all'ottenimento di un beneficio: tutte condotte aventi come elemento comune "*la instrumentalización del cargo con fines ajenos a los fines públicos*"¹⁰. Figure di delitto diverse, dunque, che possono essere fatte rientrare in un concetto lato di corruzione, ma che non possono essere, nel loro insieme, comparate con il concetto ristretto tecnico-giuridico di corruzione, quello, cioè, risultante dalla disciplina positiva dei reati di corruzione pubblica (artt. 318 ss. c.p. italiano)¹¹.

La comparazione che si svolgerà in questa sede, pertanto, dovrà più correttamente essere condotta, per quanto che riguarda la disciplina spagnola, con riferimento specifico alle fattispecie di *cohecho*, come disciplinate dagli articoli da 419 a 427 del c.p. spagnolo, che sono collocati nel Capitolo V del Titolo XIX, Titolo rubricato "*Delitos contra la Administración pública*", che ricomprende tutti i delitti, sopra menzionati, riconducibili alla nozione generale di *corrupción*. All'interno di tale Titolo, il delitto di *cohecho* rappresenta forse il delitto più significativo ed, inoltre, caratterizzato dalla più elevata cifra oscura: le condotte in questione restano frequentemente impunte a causa del fatto che si tratta di "*conductas en las que tanto el funcionario como el particular persiguen un beneficio personal*", tale per cui "*su descubrimiento depende esencialmente de la casualidad*"¹².

Resta da precisare, nell'ambito di una presentazione generale della disciplina dei delitti di *cohecho*, come tale disciplina sia stata di recente modificata con la citata *Ley Orgánica* 5/2010, con la quale il legislatore ha espressamente dichiarato l'intenzione di adattare la legislazione spagnola agli obblighi di natura internazionale, derivanti, in particolare, dalla Convenzione Penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 e alla Convenzione relativa alla lotta contro gli atti di corruzione nei quali sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione Europea (Convenzione siglata sulla base dell'art. k.3 del Trattato dell'Unione europea). Ed ancora, un'altra importante ragione che ha spinto il legislatore a tale riforma è costituita dal rapporto di valutazione del GRECO adottato nella sua 42^a Riunione Plenaria a Strasburgo e presentato nel 2009, molte delle cui raccomandazioni sono state incorporate nella nuova regolamentazione¹³.

3. I tipi di delitto nel *código penal* spagnolo

3.1. Il *cohecho activo* e il *cohecho pasivo*: due delitti distinti ed autonomi

Anche la dottrina spagnola, come quella italiana, si è interrogata sull'autonomia dei reati di *cohecho activo* e *cohecho pasivo*.

¹⁰ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1666.

¹¹ Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 3.

¹² Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, p. 25.

¹³ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, II ed., Valladolid, 2011, p. 1577.

Così, come per i corrispondenti delitti previsti dall'ordinamento italiano, ossia la corruzione attiva, cioè il delitto dell'*extraneus* corruttore, e la corruzione passiva, cioè il delitto dell'*intraneus*, pubblico agente, il *cohecho activo* (art. 424 c.p.) è quello commesso dal *particular* che "*ófrece, promete o entrega una dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública (...)*". Invece il *cohecho pasivo* (artt. 419, 420, 421, 422 e 423 c.p.) è quello commesso da una "*autoridad*" o "*funcionario público*", che "*recibiére o solicitaré (...) dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptaré ofrecimiento o promesa (...)*". Insomma, la qualifica di attivo o passivo è attribuita in dipendenza della condizione soggettiva dell'autore del delitto¹⁴.

Per quanto riguarda la natura giuridica del delitto di *cohecho*, dunque, la dottrina si è chiesta se si trattasse di un "*delito pluripersonal*" o "*a participación necesaria*" (cioè un delitto per la cui materiale realizzazione sia imprescindibile l'intervento di più di un soggetto, e nella cui descrizione tipica appaia, implicitamente o esplicitamente, la condotta di tutti coloro che intervengono nel fatto di reato¹⁵) o di due delitti autonomi e distinti: si tratta di un dibattito analogo a quello sviluppatosi in seno alla dottrina italiana, che è tuttora divisa tra sostenitori della tesi del reato plurisoggettivo (o reato unico a concorso necessario) e i sostenitori della tesi degli autonomi reati unisoggettivi.

Secondo una parte della dottrina italiana, infatti, la distinzione "ha un valore meramente scolastico, senza rispecchiare la reale struttura normativa della corruzione"¹⁶, in quanto tutti i reati di corruzione sarebbero reati plurisoggettivi propri, ovvero reati unici «a concorso necessario»¹⁷. Ciò significa che tali reati richiedono sempre, come elemento essenziale della fattispecie criminosa, la presenza di due soggetti, che concorrono nella commissione di un solo reato.

L'assunto è fondato in primo luogo su argomenti normativi; sembra significativa, in primo luogo, la tecnica usata dal legislatore: l'art. 321 – rubricato «Pene per il corruttore» – estende al privato le pene stabilite per il pubblico ufficiale corrotto e ciò sarebbe un indice del fatto che tale articolo non incrimina una nuova e diversa figura di reato, ma integra le stesse norme di cui agli artt. 318 ss. Inoltre si sostiene che, a ritenere che la condotta del corrotto – dazione o promessa – costituisca un reato autonomo, la previsione dell'art. 322, che punisce l'istigazione alla corruzione, sarebbe priva di significato e superflua, perché la punibilità del medesimo fatto deriverebbe dall'applicazione dell'art. 56 c.p., che disciplina in via generale il delitto tentato; al

¹⁴ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1577; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1019; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1671; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 38.

¹⁵ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1669; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 42.

¹⁶ Cfr. C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, III ed., vol. II, Milano, 2011, p. 3020.

¹⁷ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale, Parte speciale*, cit., p. 344; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 218; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, V ed., Padova, 2008, p. 773; C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3020.

contrario, la norma di cui all'art. 322 si giustifica, nell'ambito della teoria del reato unico a concorso necessario, perché la punibilità di chi tenta di corrompere l'altro soggetto, che non accetta, prevederebbe una deroga al principio generale dell'istigazione non accolta, sancito dall'art. 115 c.p.

Inoltre si fa notare come i comportamenti dei due soggetti protagonisti dell'accordo illecito siano, nella sostanza, strutturalmente identici; ciò nel senso che, seppure il testo della legge preveda che il pubblico ufficiale "riceva" o "accetti" e che il privato "dia" o "prometta", "a ben guardare, la differenza è puramente apparente, perché un "dare" e un "ricevere" esistono sia da una parte che dall'altra"¹⁸; insomma, anche sul piano logico si ritiene artificioso sdoppiare un reato che è unitario, trattandosi di un accordo in vista di un reciproco scambio di favori: è intuitivo che non c'è corrotto senza un corruttore, e che non c'è corruttore senza una persona disposta a lasciarsi corrompere¹⁹.

Altra parte della dottrina ritiene invece che, sebbene sia corretto affermare che i fatti di corruzione hanno nella loro struttura almeno due soggetti, ciò non toglie che i reati di corruzione abbiano natura unisoggettiva e che, dunque, corruzione attiva e passiva siano a tutti gli effetti delitti autonomi²⁰.

Innanzitutto si fa notare come la punibilità del corruttore non possa farsi discendere dagli artt. 318 ss., prescindendo dalla previsione di cui all'art. 321: gli artt. 318 ss. prevedono solo le condotte illecite del pubblico agente ed è proprio per questo che è necessaria un'integrazione normativa che renda tipica anche la condotta illecita del corruttore, altrimenti bisognerebbe concludere per la superfluità dell'art. 321²¹. Ed ancora, si ricadrebbe in una petizione di principio cercando di far discendere la tesi del reato a concorso necessario dalla presenza di una norma apposita dedicata all'istigazione alla corruzione: invero, l'argomento da solo non dimostra nulla, dato che è plausibile, nell'ambito della teoria dei reati autonomi, che si tratti semplicemente di un caso di "tentativo eccettuato", cioè di una fattispecie che prevede un trattamento sanzionatorio differenziato per un'ipotesi che altrimenti avrebbe integrato gli estremi di un tentativo punibile²².

Si fa anche notare come le condotte dei due soggetti abbiano contenuti d'illecito diversi, come offendano, cioè, beni diversi e non costituiscano, dunque, aggressione plurisoggettiva ad un medesimo interesse²³. Per di più si sottolinea come i reati plurisoggettivi propri siano caratterizzati da condotte ad illiceità reciproca, cioè l'illiceità della condotta di ciascun concorrente necessario dipende dall'illiceità della condotta degli altri concorrenti necessari; ciò, però, non si riscontra nel caso della corruzione, in quanto è pacifico che il dolo del corrotto è indipendente dal dolo del

¹⁸ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 219.

¹⁹ Cfr. C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3020.

²⁰ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 187; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 7; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1532.

²¹ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1532; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 10.

²² Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 11.

²³ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1533.

corruttore: ciò significa che "l'illiceità della condotta di corruzione passiva (...) presuppone bensì una condotta del privato, ma non presuppone affatto che questa sia illecita (e viceversa)"²⁴; insomma non sempre la realtà fenomenica coincide con le scelte incriminatrici del legislatore e in questo caso si avrebbe esattamente uno scarto tra la realtà fenomenica e la sua regolamentazione giuridica²⁵.

Un'altra considerazione appare, infine, risolutiva: può anche accadere che il corruttore risponda di corruzione propria e il corrotto di corruzione impropria (o viceversa), oppure che l'uno risponda di corruzione antecedente e l'altro di corruzione susseguente, perché diverso può essere il dolo dei due soggetti, che pure addiventano al medesimo patto materiale, l'accordo corruttivo: "si può avere, dunque, una completa diversità di titoli di reato, che spezza in modo definitivo la pretesa unitarietà dei delitti di corruzione attiva e passiva"²⁶.

Un simile contrasto interpretativo sembra invece sia stato composto, oggi, dalla dottrina penale spagnola con riferimento alla natura giuridica dei delitti di *cohecho activo* e *pasivo*: infatti, sebbene tradizionalmente la dottrina spagnola abbia accolto la tesi del carattere bilaterale del delitto di *cohecho*²⁷, oggi può dirsi che questa concezione sia stata praticamente abbandonata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, che ritengono trattarsi di due delitti tra loro autonomi ed indipendenti, ciascuno dei quali viene commesso conformemente alla sua dinamica tipica.

A tal riguardo, l'argomento fondamentale viene tratto dal diritto positivo, che incrimina come delitto consumato anche la *solicitud* di *dádiva* da parte del funzionario, che non sia accettata dal *particular* (si parla di "*auto-ofrecimiento*" o "*auto-corrupción*"), e il tentativo di corruzione da parte del *particular*, che *ofrece* la *dádiva*²⁸.

Pertanto sembra non condivisibile quanto sostenuto da parte minoritaria della dottrina, che considera il delitto di *cohecho* come un *delito a participación necesaria*, dal *carácter pluripersonal*²⁹, che richiederebbe "*en su estructura típica la concurrencia de varias acciones de diferentes personas*"³⁰. Tale tesi appare, infatti, viziata in quanto si argomenta a partire da una premessa dogmatica in contrasto col dato positivo, che si è già messo in luce, relativo alla punibilità come delitti consumati anche delle condotte monolaterali rispettivamente dell'offrire (da parte del privato) e del sollecitare (da parte del pubblico funzionario). Si ricostruisce, infatti, in modo indipendente ed incompatibile con l'attuale disciplina positiva, il concetto di *cohecho*, che viene fatto consistere, "*en líneas generales, en un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que*

²⁴ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1533.

²⁵ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 14.

²⁶ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 191.

²⁷ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 39.

²⁸ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1019.

²⁹ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Commento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1670; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 42.

³⁰ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 42.

tiene por objeto el ejercicio de una función pública"; insomma, l'essenza del delitto in questione risiederebbe nel "libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular"³¹.

Come si spiegherà meglio nel paragrafo successivo, però, considerato che oggi il codice penale spagnolo incrimina a titolo di corruzione consumata anche le mere condotte unilaterali di sollecitazione, la lettera della legge non consente più una lettura delle norme che continui ad imperniare le fattispecie di *cohecho* sulla necessità di un accordo come momento centrale della vicenda corruttiva³². Pertanto, risulta non condivisibile l'assunto che se ne fa conseguire, secondo cui nel caso di specie dovrebbero sempre concorrere due condotte e due soggetti perché sia leso il bene giuridico, né sembra risolutiva l'osservazione secondo cui, per quanto riguarda la *solicitud de dádiva*, questa sarebbe comunque una condotta che, pur essendo una "conducta típica monosubjetiva", "potencialmente puede dar lugar también a una estructura plurisubjetiva"³³. Infatti, una volta ammesso che si è in presenza di una condotta tipica inequivocabilmente monosoggettiva, non sembra rilevante il rilievo secondo cui tale condotta può condurre, tra l'altro solo in via eventuale e senza che anche da tale circostanza dipenda la punibilità del soggetto attivo (di cui già si sono verificati tutti i presupposti), al raggiungimento effettivo dell'accordo criminoso (la struttura plurisoggettiva cui si fa riferimento).

3.2. Il cohecho proprio, il cohecho improprio e il cohecho en consideración del cargo o función

Si suole, poi, distinguere tra *cohecho propio* (art. 419 c.p.), *cohecho improprio* (art. 420 c.p.) e *cohecho en consideración del cargo o función* (art. 422 c.p.).

Si definisce *cohecho propio* quel tipo di *cohecho* commesso per la realizzazione, nell'esercizio della funzione pubblica, di un atto contrario ai doveri inerenti a questa, o perché non venga realizzato o perché venga ritardato ingiustificatamente un atto che deve essere realizzato³⁴.

Si ha invece *cohecho improprio* nell'ipotesi in cui la finalità delle condotte incriminate sia quella di realizzare un atto proprio della funzione, cioè che non sia contrario, bensì conforme ai doveri della stessa³⁵.

Nell'ambito sia del *cohecho propio* che del *cohecho improprio* è dato distinguere tra *cohecho antecedente* (artt. 419 e 420 c.p.) e *subsiguiente o de recompensa*³⁶ (art. 421 c.p.);

³¹ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 47.

³² Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 138.

³³ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 51.

³⁴ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1578; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1671; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 723; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 37.

³⁵ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1578; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1671; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 37.

³⁶ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724.

questa classificazione ulteriore si basa sul momento in cui si raggiunge l'accordo tra corrotto e corruttore o anche sul momento in cui è posta in essere la condotta monosoggettiva di sollecitazione o offerta: la forma antecedente si ha quando l'accordo o la sollecitazione o l'offerta hanno luogo prima che venga adottato l'atto concreto oggetto del patto illecito, mentre la forma susseguente è caratterizzata dal fatto che il patto è raggiunto o è stata posta in essere la condotta di sollecitazione o di offerta una volta che l'atto dell'ufficio sia stato realizzato, in modo che la *dádiva* rappresenti una ricompensa per le condotte poste in essere dal pubblico ufficiale³⁷.

Invece si parla di *cohecho de facilitación*³⁸ a proposito degli scambi di utilità effettuati "*en consideración a su cargo o función*": in tal caso, in base ad una interpretazione sistematica degli artt. 419, 420 e 422 e considerando l'assenza di ogni riferimento ad una ricompensa o all'ottenimento di un determinato comportamento del funzionario, sembra che la singolarità di tale delitto rispetto alle forme propria ed impropria risieda nel fatto che la *dádiva* o il regalo "*no se vinculan a una actuación determinada del funcionario que los recibe*"³⁹.

Le riflessioni svolte dalla dottrina italiana circa gli attuali rapporti sistematici tra le due fattispecie della corruzione propria (art. 319) e della corruzione per l'esercizio delle funzioni (art. 318) possono qui soccorrere nel valutare i rapporti tra le tre fattispecie spagnole di reato di cui si è detto.

Alla luce della rimodulazione dell'art. 318 e, quindi, dell'introduzione nel nostro codice penale della fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione e dell'abrogazione della norma che prevedeva il delitto di corruzione impropria, è apparso, infatti, opportuno analizzare i rapporti attuali tra i diversi delitti di corruzione, in base ad un'interpretazione sistematica degli stessi.

Secondo l'opinione unanime dei primi commentatori della riforma, attualmente "il sistema si muoverebbe attorno ad una fattispecie *generale* (la corruzione per l'esercizio delle funzioni), della quale la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e la corruzione in atti giudiziari costituirebbe una *species*"⁴⁰.

Insomma l'art. 318 costituirebbe una "fattispecie corruttiva di carattere generale, non più vincolata alla strumentalità dell'accordo ad un atto predeterminato"⁴¹, mentre la corruzione per il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio costituisce una specie, risolvendosi in "una ipotesi particolare della più generale «compravendita della

³⁷ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1672; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1578.

³⁸ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724; J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, XVIII ed. (rivista e aggiornata da A. Serrano Gomez), Madrid, 1995, p. 1172; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1578.

³⁹ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724.

⁴⁰ Cfr. [E. DOLCINI, F. VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 1/2012, p. 235](#); cfr. anche [G. BALBI, Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 3-4/2012, p. 7](#); D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in CP, supplemento a n. 11/2012, p. 7; Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 5.

⁴¹ Cfr. [G. BALBI, Alcune osservazioni, cit., p. 7](#).

funzione» del pubblico ufficiale, che si realizza ogniqualvolta questi sia impropriamente retribuito «in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri»⁴². Focalizzando l'attenzione in particolare sui rapporti intercorrenti fra la corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 e la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319, sembra, dunque, che questi rapporti si siano trasformati radicalmente: "non più di alterità ma di genere a specie"⁴³.

In particolare la due fattispecie sarebbero poste in rapporto di "disvalore scalare": ciò evita quelle forzature fino ad oggi operate dalla giurisprudenza italiana in base alle quali si ravvisava la più grave ipotesi della corruzione propria nel caso in cui il pubblico ministero non fosse riuscito a provare quale fosse l'atto specifico fatto oggetto dell'illecita compravendita (ipotesi di cosiddetta messa a "libro paga" del pubblico ufficiale da parte del privato corruttore)⁴⁴; da oggi, invece, la giurisprudenza può orientarsi, in tali casi, verso la fattispecie meno grave della corruzione per l'esercizio della funzione⁴⁵.

Inoltre è interessante valutare quali siano i rapporti tra l'abrogata fattispecie di corruzione per il compimento di un atto d'ufficio – di cui al previgente art. 318 – e la nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione – di cui al novellato art. 318 – specie con riferimento ai profili di diritto intertemporale.

L'opinione della dottrina unanime, confermata dalle prime pronunce giurisprudenziali successive alla riforma, è che i fatti di corruzione impropria commessi prima della novella siano ancora punibili in quanto ricompresi nella più generale fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni⁴⁶.

Ciò comporta, ovviamente, la perdita di significato della distinzione – anche sul piano sanzionatorio – tra corruzione impropria antecedente e susseguente⁴⁷, essendo stato eliminato il riferimento ad un atto determinato, e fa sì che tra vecchia e nuova disposizione si possa individuare un rapporto di continuità normativa, ai sensi e agli

⁴² Cfr. [E. DOLCINI, F. VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere, cit., p. 235](#).

⁴³ Cfr. [G. BALBI, Alcune osservazioni, cit., p. 8](#).

⁴⁴ È noto, infatti, come la giurisprudenza di legittimità antecedente alla riforma sia giunta ad affermare come integri il reato di corruzione, in particolare di quella cosiddetta "propria", sia l'accordo per il compimento di un atto non necessariamente individuato "ab origine", ma almeno collegato ad un "genus" di atti preventivamente individuabili, sia l'accordo che abbia ad oggetto l'asservimento – più o meno sistematico – della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegna al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori (Cfr. Cass. Sez. Fer., 25 agosto 2009, n. 34834; in senso analogo cfr. Cass. Sez. VI, 16 gennaio 2008, n. 20046; Cass. Sez. III, 21 giugno 2005, n. 25839; Cass. Sez. II, 9 dicembre 2003, n. 2622).

⁴⁵ Cfr. [E. DOLCINI, F. VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere, cit., p. 236](#).

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, ud. 11.1.2013, ric. Abbruzzese (ric. n. 30539/12); [E. DOLCINI, F. VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere, cit., p. 237](#); D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 8; Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 5.

⁴⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 8; Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 4.

effetti dell'art. 2, comma 4, c.p.⁴⁸. Pertanto, i fatti di corruzione propria commessi prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012 continuano ad essere punibili (non essendosi verificata un'*abolitio criminis*), e il giudice dovrà applicare il trattamento sanzionatorio in concreto più favorevole al reo (si tratterà, normalmente, della previgente disciplina di cui all'art. 318, prevedendo questo la pena della reclusione da sei mesi a tre anni).

Sembra allora che, come nell'ordinamento italiano la corruzione propria costituisce una specie all'interno del genere costituito dalla fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318, anche nell'ordinamento spagnolo i due tipi di delitto del *cohecho propio* e *improprio* possano essere considerati come due *species* del *genus* costituito dal *cohecho en consideración del cargo o función*.

Però una differenza rispetto alla sistematica dei delitti nell'ordinamento italiano sembra possa essere apprezzata almeno sotto due profili.

In primo luogo, infatti, il c.p. italiano, dopo la riforma del 2012, che ha introdotto la fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, non contempla più un'apposita fattispecie che incrimini la corruzione commessa per il compimento di uno specifico atto conforme ai doveri dell'ufficio, che continua ad essere incriminata in quanto ricompresa nella nuova fattispecie generale di cui al nuovo art. 318. Quindi, se in Italia il sistema ruota oggi intorno a due fattispecie fondamentali, una generale (art. 318) e solo una speciale (art. 319), il sistema spagnolo ruota intorno a tre fattispecie fondamentali, una generale (art. 422 c.p.) e due speciali (artt. 419 e 420 c.p.).

Tale comparazione risulta di particolare interesse, se si considera che in Italia, a tal proposito, anche in una prospettiva *de iure condendo*, Balbi ha ritenuto che anche nell'ordinamento italiano sarebbe più saggio, mantenendo all'art. 318 la fattispecie generale, introdurre all'art. 319 non solo una, bensì due ipotesi speciali di corruzione per atto determinato; ciò "consentirebbe, all'interno di questa seconda fattispecie, di mantenere sì un trattamento sanzionatorio più elevato per il caso in cui l'atto oggetto dell'accordo sia contrario ai doveri dell'ufficio, ma nel contempo di prevedere una specialità degradante qualora l'atto sia a quei doveri conforme"⁴⁹.

Una seconda differenza fra i due ordinamenti riguarda le due fattispecie generali della corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. italiano e del *cohecho en consideración del cargo o función* di cui all'art. 422 c.p. spagnolo: non sembra, infatti, che le due fattispecie, per quanto entrambe generali, siano perfettamente sovrapponibili, perché la fattispecie spagnola parrebbe ricomprendere anche fatti illeciti, che sarebbero, invece, penalmente leciti in base ad una corretta interpretazione della corrispondente fattispecie italiana. All'interno della dottrina italiana, con riferimento all'art. 318 c.p. italiano, Spena ha infatti evidenziato come altro è remunerare un pubblico funzionario senza alcun riferimento ad un atto specifico, ma pur sempre "per l'esercizio della funzione" e ben altra cosa è compiere il fatto "in

⁴⁸ Cfr. Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 5; E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 237; D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 8.

⁴⁹ Cfr. G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 8.

considerazione" della stessa, caso, questo, caratterizzato senz'altro da un disvalore minore, per le minori ripercussioni sul principio di imparzialità dell'azione amministrativa⁵⁰.

Inoltre, l'art. 422 del codice penale spagnolo ha di mira fatti che, complessivamente, sono caratterizzati da una minore gravità rispetto a quelli previsti dall'art. 318 del codice penale italiano, come sembra doversi concludere in considerazione delle pene previste dalle due fattispecie: infatti mentre la corruzione per l'esercizio delle funzioni è punita con la pena della reclusione da uno a cinque anni, il *cohecho en consideración del cargo o función* è sanzionato dal c.p. spagnolo con la "*pena de prisión de seis meses a un año*": i più ridotti limiti edittali si spiegherebbe appunto con la minore offensività delle condotte ricomprese nella fattispecie di cui all'art. 422 c.p. spagnolo.

4. Il *cohecho pasivo impropio* ed il *cohecho subsiguiente*

Un breve cenno merita il *cohecho pasivo impropio*, previsto dall'art. 420 c.p., che si differenzia dal *cohecho pasivo propio* solamente per via dalla natura dell'atto retribuito, che in tal caso è un *acto propio del cargo*, cioè non contrario ai doveri inerenti l'esercizio della funzione⁵¹ e che non viola il diritto amministrativo, potendosi trattare, anche in tal caso, di un comportamento amministrativo tanto vincolato quanto discrezionale⁵². Per il resto la descrizione della condotta è perfettamente identica a quella presente nell'art. 419, in particolare anche in tal caso si tratta di tipo misto alternativo, che ruota intorno alle tre condotte del *solicitar o recibir una dádiva o aceptar la promesa de su entrega futura*.

La minore gravità di tale tipo di *cohecho* rispetto al *cohecho propio*, derivante dalla minore capacità offensiva rispetto al bene giuridico tutelato, trova riscontro nella misura della pena, che è "*la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años*".

Si tratta, insomma, di una fattispecie che trovava il suo corrispondente nel delitto previsto dal previgente art. 318 c.p., ma che oggi non è più incriminata da un'apposita norma nell'ordinamento italiano, posto che la corruzione per il compimento di uno specifico atto conforme ai doveri dell'ufficio continua ad essere incriminata in quanto ricompresa nella nuova fattispecie generale di cui al nuovo art. 318.

Un breve cenno va fatto, infine, alla fattispecie del *cohecho pasivo subsiguiente*: ai sensi dell'art. 421 c.p. "*las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitar por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos*".

⁵⁰ Cfr. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, cit., p. 22; Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 142.

⁵¹ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1585.

⁵² Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1585.

In tal caso, dunque, la sollecitazione o ricezione dell'utilità è posteriore al compimento dell'atto inerente all'esercizio della funzione da parte del pubblico ufficiale⁵³, motivo per il quale parte della dottrina usa a tal proposito anche la denominazione di *cohecho de recompensa*⁵⁴.

Tale norma permette così la punibilità della forma *subsiguiente* di *cohecho*, ma, ed in ciò sta una differenza rispetto a quanto previsto nella disciplina italiana, solo del *cohecho pasivo*: è sicuramente esclusa, infatti, la punibilità della corrispondente condotta del *particular*, dato che non viene richiamato anche il successivo art. 424, che incrimina il *cohecho activo*, e dato che tale art. 424 descrive solo la condotta di *cohecho activo antecedente*.

In realtà una parte della dottrina ha ritenuto inopportuna l'incriminazione di tali condotte (come del resto è stato evidenziato da una parte della dottrina italiana in relazione alla fattispecie della corruzione susseguente⁵⁵), perché, non avendo queste prodotto alcuna influenza nel processo decisionale del funzionario, la punizione di esse non sarebbe funzionale alla tutela dell'imparzialità⁵⁶. L'introduzione di tale fattispecie viene quindi spiegata con la finalità di facilitare la prova del *cohecho*, sostenendo che si tratterebbe, in realtà, di "*cohechos antecedentes en los que no se llega a probar el pacto previo*"⁵⁷: per tale motivo alcuni condizionano rigidamente l'applicazione di questa discutibile modalità di *cohecho* all'assenza di prova dell'accordo previo rispetto all'esecuzione dell'atto, che comunque verrebbe in tali casi presunto dal legislatore⁵⁸.

Che la punibilità sia fondata su una simile presunzione, per quanto ciò difficilmente ammissibile nel diritto penale, sembra trovare una conferma nel fatto che l'art. 421 c.p. prevede per il funzionario una pena più o meno grave a seconda della natura dell'atto ricompensato⁵⁹.

Si noti, infine, come la gamma delle condotte punibili sia meno ampia rispetto alla disciplina previgente, quanto rispetto alle corrispondenti condotte previste nelle forme antecedenti: la disposizione allude, infatti, alle condotte di *solicitar* o *recibir dádiva*, senza menzione espressa della condotta di *aceptación de la promesa de su entrega*⁶⁰.

5. Il *cohecho pasivo en consideración del cargo o de la función* e la nuova fattispecie italiana di corruzione per l'esercizio della funzione

⁵³ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1586; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1022.

⁵⁴ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724.

⁵⁵ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p.1560; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 175.

⁵⁶ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1705; M. GOMEZ TOMILLO(a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1587.

⁵⁷ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1705.

⁵⁸ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1705; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1586.

⁵⁹ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1586.

⁶⁰ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1586.

5.1. Il bene giuridico tutelato e la condotta tipica

Quella presa adesso in esame è una figura di delitto che non si trova in molti ordinamenti giuridici, che optano in via preferenziale per la sanzione amministrativa di simili comportamenti.

In effetti, facendo innanzitutto riferimento al diritto penale spagnolo, rispetto a tale fattispecie di *cohecho*, previsto dall'art. 420 c.p., si è lamentato un deficit di offensività dovuto all'incapacità delle condotte considerate di ledere il principio di imparzialità⁶¹.

Secondo la dottrina, dunque, con tale delitto si sarebbe inteso semplificare la prova del *cohecho*, consentendo di fornire in giudizio semplicemente la prova del fatto che il pubblico funzionario abbia ricevuto un donativo, e non richiedendosi, invece, anche la prova della realizzazione di uno specifico atto in relazione con l'utilità ricevuta: per tale motivo in dottrina si è parlato, a tal proposito, anche di "*cohecho de facilitación*"⁶².

La giurisprudenza, da parte sua, ritiene che in tale caso il bene giuridico tutelato vada ricostruito diversamente e, in particolare, viene individuato nella "*imagen del Estado de Derecho entendida como confianza en el ejercicio de las funciones públicas bajo el imperio de la Ley*"⁶³, ciò che farebbe del *cohecho* subsiguiente un *delito de peligro abstracto*, che garantisce la "*rectitud de la función pública*" e la "*incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios*"⁶⁴. Sulla stessa linea, in una sentenza il *Tribunal Supremo* ha affermato che "*se castigan actos impropio de la deontología de los funcionarios, quienes (...) han de dar máximo ejemplo de «decoro e integridad»*"⁶⁵.

Nell'ordinamento italiano, i fatti corrispondenti sono oggi oggetto di una nuova disciplina: l'art. 318, prima rubricato "Corruzione per un atto d'ufficio"⁶⁶, è stato completamente riscritto dalla L. 190/2012 e prevede oggi la fattispecie della "Corruzione per l'esercizio della funzione"; l'articolo stabilisce: "Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a cinque anni".

Il più evidente e significativo elemento di differenziazione rispetto all'articolo previgente è costituito dalla soppressione della necessità di individuare puntualmente uno specifico atto o una specifica condotta oggetto del patto corruttivo, essendo ora

⁶¹ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1706.

⁶² Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1587; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724.

⁶³ STS 361/1998, del 16 marzo.

⁶⁴ STS 2115/1993, del 7 ottobre.

⁶⁵ STS 1417/1998, del 16 dicembre.

⁶⁶ L'articolo così recitava: "Il pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è dalla reclusione fino a un anno".

incriminato il mero mercimonio della pubblica funzione, anche nei casi in cui questa non si specifichi in un singolo atto⁶⁷, in maniera analoga a quanto osservato a proposito dell'analogo delitto previsto dal c.p. spagnolo.

In particolare, si sarebbe finalmente giunti ad incriminare il cd. asservimento della pubblica funzione agli interessi del privato; si tratterà, a seconda che il soggetto forte sia l'*extraneus* o l'*intraneus*, della cd. iscrizione del pubblico agente "al libro paga" del privato o di una dazione strumentale alla *captatio benevolentiae* del pubblico ufficiale⁶⁸.

La novella, dunque, sotto tale profilo, a detta dei primi commentatori della riforma, lungi dall'essere meramente funzionale ad una semplificazione probatoria⁶⁹, colmerebbe un importante vuoto di tutela: quello riguardante la corruzione *in incertis actis*⁷⁰. Di tale esigenza si era fatta carico la giurisprudenza, che, forzando la lettera della precedente formulazione dell'articolo, era giunta a ritenere sufficiente per l'integrazione del delitto di corruzione un generico collegamento del patto illecito con la competenza o con la sfera di intervento del pubblico ufficiale⁷¹; il legislatore della riforma sembra aver quindi recepito tale approdo della giurisprudenza, che oggi potrebbe per tale motivo essere superato.

Non si tratta, però, a ben vedere, di un'esigenza ignorata dai penalisti: specie alla luce dell'esperienza di Mani Pulite, la dottrina, pur riconoscendo che la giurisprudenza stesse operando una forzatura rispetto al dato letterale delle norme, riconobbe che tale interpretazione era fondata su di un'esigenza ragionevole, quella di contrastare una prassi imperante ormai consolidatasi quale modello di scambio corruttivo⁷².

Emblematico il caso, frequentemente verificatosi, della corruzione cd. "a futura memoria", cioè delle ipotesi in cui il soggetto pubblico viene dal privato "pagato in maniera forfettaria o periodica non perché compia un determinato atto o ometta un determinato atto, ma perché sia disponibile a compiere o ad omettere tutti gli atti che dovessero essere utili al privato, che lo sovvenziona"⁷³: siamo qui "nell'ambito di una relazione intersoggettiva di durata, che per certi aspetti ripropone analogicamente il modello del reato associativo"⁷⁴.

⁶⁷ Cfr. [E. DOLCINI, F. VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere, cit., p. 235](#); Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 3; [G. BALBI, Alcune osservazioni cit., p. 7](#).

⁶⁸ Cfr. [G. BALBI, Alcune osservazioni, cit., p. 7](#).

⁶⁹ Sebbene sia innegabile che tale nuovo delitto, "sganciando conseguentemente il reato dall'atto, alleggerisce indubbiamente l'onere probatorio dell'accusa", come riconosce, in particolare, Palazzo: cfr. [F. PALAZZO, Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n.1/2012, p. 228](#).

⁷⁰ Cfr. [G. BALBI, Alcune osservazioni, cit., p. 6](#).

⁷¹ Cfr. Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 3.

⁷² Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. Pen.*, supplemento a n.11/2012, p. 7.

⁷³ Cfr. P. DAVIGO, *Falso in bilancio, concussione e corruzione: l'esperienza giurisprudenziale*, in AA.VV., *Falso in bilancio, concussione e corruzione: esperienze a confronto (aspetti sostanziali e processuali)*, a cura di A. Manna, Bari, 1998, p. 69.

⁷⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *RIDPP*, 2000, p. 888.

Quindi la norma attuale ha il grande pregio di ricucire finalmente la discrasia fra norma legale e diritto giurisprudenziale, secondo un indirizzo interpretativo che fu anche recepito dalle varie proposte di riforma formulate dagli anni '90 del secolo scorso. Ci si era già chiesti, infatti, se non fosse arrivato il momento di emancipare l'illecito dal riferimento alla retribuzione di singoli atti d'ufficio, assicurando anche la punibilità di una serie di condotte delle quali non si riuscisse a provare, in sede processuale, la specifica controprestazione del pubblico ufficiale⁷⁵.

Nell'ordinamento spagnolo la condotta tipica è descritta dall'art. 422 c.p. come il comportamento del funzionario "*que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración de su cargo o función*". La pena prevista è "*la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo o cargo publico de uno a tres años*".

La condotta è qui descritta in termini differenti rispetto alle fattispecie di *cohecho propio* ed *improprio*: si utilizza solo il verbo *admitir*, che sta ad indicare il fatto di ricevere effettivamente l'utilità, *por sí o por persona interpuesta*; il *Tribunal Supremo* ha interpretato estensivamente tale requisito, includendovi i casi di accettazione di un'utilità che sia stata semplicemente promessa⁷⁶. Non si menziona invece la condotta di *solicitud*, che sia stata o meno accettata dalla controparte⁷⁷.

La condotta è simile a quella prevista dal nuovo art. 318 c.p. italiano, secondo cui il fatto illecito consiste nel ricevere indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o anche nell'accettarne la promessa.

5.2. L'oggetto materiale dell'accettazione e i doni di cortesia socialmente ammessi

Anche con riferimento alla descrizione dell'oggetto materiale, la disposizione spagnola relativa al *cohecho de facilitación* si differenzia da quelle del *cohecho propio* e *improprio*, in quanto non si fa qui riferimento a *dádiva, favor o retribución de cualquier clase*, bensì a *dádiva o regalo*. La dottrina ha interpretato restrittivamente questi termini, esigendo che la *dádiva o regalo* presenti un'adeguata capacità, valutata *ex ante*, di esercitare un'effettiva pressione sulla volontà del funzionario in relazione all'imparziale esercizio delle sue funzioni⁷⁸.

Tra l'altro, parallelamente a quanto si osserva nella corrispondente fattispecie italiana della corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 del c.p., l'elisione del riferimento alla retribuzione evidenzia il fatto che, affinché tale fattispecie

⁷⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in RIDPP, 2000, p. 889.

⁷⁶ STS 168/1994, del 2 febbraio; STS 883/1994, dell'11 maggio; Cfr. anche F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1709; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588.

⁷⁷ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588.

⁷⁸ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1709; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588.

sia integrata, non è necessario che sussista un vero e proprio rapporto di proporzione, che esprime un significato propriamente retributivo di atti concreti⁷⁹.

Ma, sempre analogamente a quanto sostenuto in Italia con riferimento al delitto di cui all'art. 318 c.p., non sarebbe corretta una interpretazione letterale che, contraddicendo i caratteri di frammentarietà ed *extrema ratio* che devono caratterizzare il diritto penale, ritenesse integrato tale delitto in ogni caso di accettazione, da parte del funzionario, di qualsiasi donativo, per insignificante che sia⁸⁰. Infatti gli usi sociali, specie nel contesto di piccole comunità, rendono socialmente ammissibili "*regalos de cortesía socialmente admitidos*", e perciò andrà valutato di volta in volta se il donativo accettato dal funzionario sia "*adecuado socialmente*": gli esempi classici sono quelli di gratificazioni offerte ad un funzionario, quali l'offerta di un caffè o di una sigaretta, o un mazzo di fiori, in cambio di "piccoli favori", magari in occasione di particolari festività, richiedendosi comunque una valutazione caso per caso dell'entità moderata di tali regali d'uso, variabili secondo la zona geografica e gli usi vigenti in seno alla particolare comunità considerata⁸¹.

Tale restrizione relativa all'accettazione di donativi, basata sul criterio dell'*adecuación social*, è oggi regolata dalla legge, in particolare dall'art. 54.6 della Ley 7/2007, recante l'*Estatuto Básico del Empleado Público*, che ricomprende, tra i doveri del pubblico impiegato il seguente principio di condotta: "*Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal*". Dunque, d'accordo con quanto stabilito da tale norma, l'accettazione di "*obsequios*" che ecceda gli usi "*habituales, sociales y de cortesía*" entra nel campo del diritto penale⁸².

È impossibile non notare la forte analogia che, in seguito alla riforma introdotta in Italia con la legge 190/2012, si è venuta oggi a creare tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo: in modo del tutto analogo a quanto previsto nell'ordinamento spagnolo già dal 2007, anche in Italia, di recente, è stata emanata una norma amministrativa che, in combinazione con l'art. 318 del c.p., individua il limite tra regalia d'uso socialmente ammessa e donativo penalmente illecito: si fa riferimento all'art. 4 del D.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, entrato in vigore il 19 giugno 2013, recante il "*codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2011, n. 165*"; l'articolo 54 del D.Lgs. 165/2011 conteneva, infatti, la delega al governo a prevedere il divieto "*di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali, o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei*

⁷⁹ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588.

⁸⁰ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588; Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 Novembre 2012, cit., p. 5.

⁸¹ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1024; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1708.

⁸² Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1025; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1588.

compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia".

Ai sensi della nuova norma amministrativa citata, di natura regolamentare, *"Il dipendente non accetta, per sé o per altri, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore effettuati occasionalmente nell'ambito delle normali relazioni di cortesia e nell'ambito delle consuetudini internazionali"* (art. 4, comma 2, del D.P.R. 62/2013).

Il quinto comma dello stesso articolo precisa, però, che *"Ai fini del presente articolo, per regali o altre utilità di modico valore si intendono quelle di valore non superiore, in via orientativa, a 150 euro, anche sotto forma di sconto. I codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni possono prevedere limiti inferiori, anche fino all'esclusione della possibilità di riceverli, in relazione alle caratteristiche dell'ente e alla tipologia delle mansioni"*.

Mentre, sia pure in via orientativa, l'ordinamento italiano fissa una soglia monetaria di riferimento utile a valutare se un'entità possa o meno dirsi di modico valore, invece, nell'ordinamento spagnolo, nemmeno a livello di legislazione amministrativa si è ritenuto di fissare criteri quantitativi certi, che pure indubbiamente attribuiscono una maggiore certezza giuridica ai confini, alquanto sfumati, tra ambito meramente amministrativo-disciplinare e ambito penale; ma ciò non è, a ben vedere, secondo parte della dottrina spagnola, né realizzabile né auspicabile, dato che *"el carácter motivador de un regalo dependerá de las circunstancias personales y económicas del funcionario"*⁸³.

5.3. La relazione causale rispetto alla funzione pubblica

Una fondamentale differenza si deve poi apprezzare fra le due fattispecie analizzate nel presente paragrafo: come già si è anticipato nel paragrafo 3.2., infatti, non può affatto dirsi che le due fattispecie, per quanto entrambe generali, siano perfettamente sovrapponibili, perché la fattispecie spagnola ricomprende anche fatti illeciti, che, invece, sono penalmente leciti in base ad una corretta interpretazione della corrispondente fattispecie italiana.

Ed infatti, per quanto riguarda il *cohecho de facilitación*, come ribadito in più occasioni dalla giurisprudenza spagnola⁸⁴, è vero che deve necessariamente sussistere una *"conexión causal"* tra la consegna della *dádiva* e l'ufficio pubblico del funzionario, ma è altresì sufficiente che la consegna si realizzi a causa della semplice considerazione della funzione svolta dal funzionario pubblico, nel senso che se il funzionario non avesse ricoperto quella speciale posizione conferitagli dall'incarico pubblico, il privato non si sarebbe rivolto a questi offrendogli il donativo. Quindi, *a contrario*, se ne deduce che il comportamento non sarà tipico solo nei casi in cui il regalo sia offerto ed

⁸³ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1589.

⁸⁴ Cfr. STS 362/2008, del 13 giugno; STS 30/1994, del 21 gennaio.

accettato per altri motivi, come ad esempio in virtù di una rapporto d'amicizia o familiare⁸⁵.

Si potrebbe pensare, allora, che, con la L. 190/2012, anche il nostro legislatore, come si può osservare con riferimento al sistema spagnolo, abbia fatto propria una concezione clientelare della corruzione, nella quale ad essere incriminato sarebbe qualsiasi passaggio di utilità tra i due soggetti in relazione generica con l'attività esercitata dal pubblico ufficiale, quindi meramente in ragione del suo ruolo o della sua qualità. In tali dazioni di utilità risulta molto sfumato il riferimento alla controprestazione del pubblico ufficiale, essendo queste più simili a "forme di finanziamento «gratuito», cioè non immediatamente sinallagmatico, mediante le quali il privato mira esclusivamente a *captare la benevolentiam* dell'agente".

Si potrebbe così pensare, ad esempio, che il nuovo art. 318 ricomprenda anche quelle piccole regalie di modico valore e apparentemente disinteressate con le quali un privato, che non conosce il grado di corruttibilità del funzionario da cui vorrebbe ottenere un favore, "tasta il terreno", valutando le reazioni di quest'ultimo e, quindi, la sua "disponibilità" a raggiungere l'accordo illecito. In realtà è stato evidenziato come tale ipotesi, che effettivamente si allontana alquanto dal modello mercantile, non sembra propriamente sussumibile sotto la fattispecie della corruzione, trattandosi piuttosto di meri atti preparatori rispetto ad essa⁸⁶.

Per quanto riguarda invece l'ipotesi, pacificamente riconducibile alla fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 318, di cd. iscrizione del pubblico ufficiale al libro paga del privato, o di corruzione "a futura memoria", il fatto che qui il ritorno per il privato sia eventuale ha suscitato il dubbio che si creasse un modello potenzialmente alternativo a quello retributivo-mercantile.

In realtà, già prima che fosse in discussione l'introduzione del nuovo art. 318, Spina aveva posto in luce come in una simile ipotesi l'allontanamento da tale paradigma andrebbe, comunque, ridimensionato rispetto a quanto non appaia *prima facie*.

L'Autore faceva particolare riferimento, ad esempio, al caso in cui "i rapporti fra privato e p.a. si atteggiino alla stregua di una vera e propria remunerazione periodica e continuativa del secondo da parte del primo, con l'oggettiva intesa che, ove il privato ne avesse bisogno in futuro, l'agente si attiverebbe in suo favore nell'ambito delle proprie competenze". In tal caso, anche se sembra mancare, al momento stesso della remunerazione, un collegamento con una determinata controprestazione del pubblico ufficiale, non può dimenticarsi che la prestazione del privato non è affatto gratuita: l'indeterminatezza e l'eventualità della controprestazione non esclude che il rapporto tra *extraneus* e *intraneus* abbia la struttura di un rapporto di scambio⁸⁷.

Ma anche in seguito alla riscrittura dell'art. 318 e alla nuova incriminazione della corruzione per l'esercizio delle funzioni, Spina continua a sostenere che il

⁸⁵ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1589.

⁸⁶ Cfr. A. SPINA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 54.

⁸⁷ Cfr. A. SPINA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 55.

modello mercantile sia ancora attuale, avendo la riforma del 2012 solo allentato, ma non rinnegato, l'adesione a quel modello.

In effetti, gli scambi di utilità incriminati dall'art. 318 sono scambi che avvengono non meramente in considerazione della qualità del pubblico ufficiale, ma pur sempre "per l'esercizio della sua funzione", cioè in relazione allo svolgimento della sua attività funzionale, per quanto indeterminata e non concretizzata, sin dal momento del raggiungimento dell'accordo, in uno specifico atto d'ufficio⁸⁸.

Del resto, è già stato posto in evidenza *supra* come la stessa conclusione sembra potersi far derivare dalla considerazione della diversa gravità delle pene comminate nei due ordinamenti per i due delitti qui considerati: mentre la fattispecie italiana di corruzione per l'esercizio delle funzioni è punita con la pena della reclusione da uno a cinque anni, il *cohecho en consideración del cargo o función* è sanzionato dal c.p. spagnolo con la "*pena de prisión de seis meses a un año*": i più ridotti limiti edittali, come detto, si spiegherebbero appunto con la minore offensività delle condotte ricomprese nella fattispecie di cui all'art. 422 c.p. spagnolo.

6. L'esenzione dalla responsabilità penale per il privato che denuncia il fatto; la mancata introduzione in Italia di una causa di non punibilità

L'art. 424 c.p., che disciplina il *cohecho activo*, incrimina il fatto del "*particular que ofreciere o entregar dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función*".

Si può innanzitutto rilevare come tale formulazione sia indubbiamente più efficace di quella previgente, che, con terminologia tautologica e assolutamente imprecisa, incriminava a titolo di *cohecho activo* il "*corromper o intentar corromper al funcionario*"⁸⁹. Oggi invece le possibili condotte del privato sono descritte in termini precisi e speculari a quelli usati per descrivere le corrispondenti condotte del funzionario (chiarendosi, tra l'altro, ciò su cui in passato erano sorti molti dubbi, cioè che non vi è dubbio sul fatto che sia punibile anche il *cohecho activo improprio*, come già aveva ritenuto la giurisprudenza⁹⁰).

Insomma, la tecnica usata ricorda quella usata nel nostro codice penale, all'art. 321, rubricato "Pene per il corruttore", per punire la cd. corruzione attiva, e cioè il delitto del privato corruttore: anche nel nostro ordinamento le condotte del privato sono esattamente speculari a quelle, corrispondenti, del funzionario corrotto in

⁸⁸ Cfr. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, cit., p. 22.

⁸⁹ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1697; Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 138.

⁹⁰ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1592; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1027; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 724.

relazione alle ipotesi, che si richiamano, degli articoli 318 e 319. Invece una significativa differenza nel regime sanzionatorio del privato corruttore si rinviene con riguardo ad una norma particolare del c.p. spagnolo, che non ha una sua corrispondente nel nostro ordinamento: all'art. 426 c.p., infatti, si introduce in favore del privato una "*excusa absolutoria*", cioè una clausola di esenzione dalla responsabilità per il privato che commette un delitto di *cohecho* e lo denuncia.

La disposizione è ispirata alla chiara finalità politico-criminale di facilitare le denunce da parte dei privati e fare affiorare così un maggior numero di vicende di corruzione, rendendo più efficace la persecuzione dei delitti di *cohecho pasivo*⁹¹.

Perché il *particular* che denuncia possa restare esente da pena si richiede che concorrano cumulativamente tre condizioni.

In primo luogo il privato deve aver "*accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público*": questo requisito va interpretato non nel senso che deve trattarsi della prima volta che si commette un delitto di *cohecho* (si tratterebbe di una prova inversa di abitudine), ma come assenza di trattative illecite continuate con il funzionario⁹². La presenza di questo requisito evita che la denuncia possa essere effettuata per impulsi diversi da quello volontario (ad esempio in risposta ad eventuali "inadempienze" reiterate del pubblico ufficiale rispetto a quanto da lui promesso); si evita, quindi, che tale esenzione si trasformi in uno strumento di minaccia o estorsione nei confronti del funzionario pubblico, con cui già si erano conclusi altri accordi corruttivi, diventando in tal modo un fattore criminogeno, che costringe il funzionario a continuare nella violazione delle leggi⁹³.

In secondo luogo, l'iniziativa corruttiva deve provenire dal funzionario pubblico, e non dal *particular*, ciò che potrebbe essere difficile da provare in giudizio, soprattutto in caso di trattative prolungate⁹⁴.

Infine, la norma pone dei limiti di natura temporale, perché richiede che la denuncia sia presentata in un arco di tempo determinato, che non può eccedere i due mesi dalla data in cui si sono svolti i fatti, e sempre che non sia stato ancora aperto il procedimento penale⁹⁵.

Parte della dottrina spagnola ha duramente criticato la disposizione in esame, facendo notare come, se pure questo strumento consente spesso di punire il funzionario, ciò nonostante "*se deja impune al gran corruptor (empresario importante, o a*

⁹¹ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1028; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1594; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1711.

⁹² Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1712; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1594.

⁹³ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1712; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1594.

⁹⁴ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1595; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 725; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1712.

⁹⁵ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 725; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1595; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1712.

intermediarios profesionales)", il quale può sfruttare tale esenzione quando più gli conviene, o usarla per vendicarsi di un funzionario che gli chiede più di quanto illecitamente pattuito, o del cui aiuto non ha più bisogno, o semplicemente come modo per evadere la sua responsabilità penale quando sospetti che il fatto stia per essere scoperto⁹⁶.

Altri ritengono che la norma sia utile ed efficace, soprattutto con riferimento alle fattispecie meno gravi di *cohecho*, ma comunque sembra che la dimostrazione definitiva dell'inefficacia della misura in esame sia data dalla sua scarsissima applicazione. Quindi vi è anche chi, partendo da questo dato, e considerando i rischi che l'esenzione genera, giudica che, *de iure condendo*, sarebbe opportuna una riconsiderazione di tale *excusa absolutoria*, che si applica in maniera automatica se vengono compiuti i requisiti particolarmente stretti previsti.

Si è pensato dunque, anche sulla base delle indicazioni contenute nel già citato Rapporto del GRECO del 2009, all'opportunità di eliminare tale norma e di prevedere al suo posto delle attenuanti generiche, ad esempio per la confessione alle autorità o la riparazione del danno o la diminuzione dei suoi effetti⁹⁷.

Il dibattito dottrinale appena riportato richiama alla mente quello svoltosi anche nella dottrina italiana in riferimento alla proposta di Cernobbio, proposta di revisione legislativa dei delitti di corruzione e concussione, formulata nel 1994 dal cd. gruppo di Milano (Colombo, Davigo, Di Pietro, Dominioni, Pulitanò, Stella, Dinoia)⁹⁸.

In quella sede, infatti, era stata proposta, fra le altre misure, una causa di non punibilità, sia per la corruzione attiva che per la corruzione passiva, a favore di colui che, prima che la notizia di reato fosse stata iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunciasse, fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili; ed inoltre si proponeva di subordinare la punibilità del corrotto e del corruttore alla restituzione di quanto, rispettivamente, ricevuto e versato, sempre entro tre mesi dalla commissione del fatto, versando o rendendo comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria tale somma (ovvero, per la parte in cui la somma fosse stata utilizzata nell'interesse di altri o versata ad altri, dando indicazioni che consentissero di individuare l'effettivo beneficiario)⁹⁹.

Stella, uno degli Autori della proposta, ha giustificato quello che riteneva essere un caposaldo della proposta in base alla considerazione che l'esperienza stessa mostra come l'obiettivo di debellare tali vicende criminali non possa essere raggiunto solo con

⁹⁶ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1029.

⁹⁷ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1596.

⁹⁸ Cfr. AA.VV., *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento ai partiti*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1994

⁹⁹ Cfr. C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione tra utopia punitiva e suggestione penale*, in *CP*, 1994, p. 2342; S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione e i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, in *RTDPE*, 1995, p. 2; F. STELLA, *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, in *RTDPE*, 1994, p. 937; G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *RIDPP*, 2000, p. 897.

un inasprimento, per quanto consistente, delle pene, specie per fatti, come quelli di corruzione, la cui principale caratteristica risiede nel fortissimo vincolo di omertà che lega corrotto e corruttore in un patto illecito, che il più delle volte resta impenetrabile, garantendo l'impunità di entrambi i soggetti. L'introduzione della causa di non punibilità avrebbe permesso, invece, a giudizio dell'Autore, di "penetrare l'impenetrabile", all'interno di una visione del diritto penale che si preoccupi non solo di compensare ad ogni costo il male del reato col male del carcere, ma anche di raggiungere, attraverso le norme penali, un'utilità per la società: molto pragmaticamente, un'analisi costi benefici condurrebbe alla conclusione che "il *beneficio* di una democrazia vitale perché sana, di una riconquistata fiducia dei cittadini nello Stato, (...) di un mercato delle imprese finalmente libero è incomparabilmente superiore al *costo* sociale della delazione"¹⁰⁰.

Un primo livello del dibattito, quindi, rivela in sé un contrasto profondo relativo alla stessa concezione del diritto penale e delle sue finalità: su questo piano, da Ardizzone in particolare, erano state mosse le critiche teoriche più radicali alla proposta. A preoccupare, infatti, era in sostanza fondamentalmente "l'abbandono dei principi del diritto penale classico orientato alla responsabilità colpevole per il fatto commesso", come se, per raggiungere l'obiettivo della difesa sociale, si tradisse nella sostanza la stessa idea di giustizia, che pure veniva indicata come punto attrattivo della proposta, creando una forte conflittualità tra i valori su cui si fonda il diritto penale; insomma, dal sistema penale dovrebbe sempre emergere con chiarezza il messaggio in base al quale "se l'offesa è stata realizzata, deve conseguire il processo accertativo della responsabilità di colui che se ne ritiene autore"¹⁰¹.

Inoltre, su di un secondo livello del dibattito, incentrato questa volta su critiche e proposte di natura pragmatica e non teorica, si è sostenuto che, pure ammettendo l'ammissibilità sul piano dei principi di strumenti giuridici mirati ad una maggiore efficacia (e non solo ad una giustizia astratta) delle norme penali, la soluzione più opportuna non sarebbe la radicale introduzione di una vera e propria causa di non punibilità¹⁰².

Questa, infatti, potrebbe fornire al corrotto e al corruttore una potente arma di ricatto e pressione nei confronti del correo, rischiando di tradursi addirittura in un fatto criminogeno, spingendo inevitabilmente al protrarsi delle relazioni corruttive tra i due soggetti¹⁰³. Come si può notare, simili perplessità sono esattamente sovrapponibili a quelle sorte anche nell'ambito dottrina spagnola.

Del resto, neppure le altre proposte alternative all'introduzione di una causa di non punibilità sono esenti da critiche e perplessità. Si è osservato, ad esempio, che eventuali sconti di pena per chi confessa, o altri premi e incentivi di varia natura, non sarebbero minimamente efficaci, considerando una valutazione di convenienza

¹⁰⁰ Cfr. F. STELLA, *La "filosofia" della proposta*, cit., p. 937.

¹⁰¹ Cfr. S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione*, cit., p. 6.

¹⁰² Cfr. C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro*, cit., p. 2345; S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione*, cit., p. 8; G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in RIDPP, 2000, p. 897.

¹⁰³ Cfr. C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro*, cit., p. 2345.

facilmente prevedibile: in primo luogo, dato che "uno dei beni più preziosi dei colletti bianchi è l'immagine", sembra impensabile che un imprenditore o un importante politico o funzionario pubblico possano denunciare un fatto in cui sono coinvolti, allettati da un semplice sconto di pena, quindi avendo pur sempre la prospettiva di una infamante condanna penale¹⁰⁴; così come, in un'ottica ancora più materiale, che pure è stata pragmaticamente messa in luce, se un imprenditore paga per vincere un appalto, è altamente improbabile che poi denunci tutto, correndo il rischio di perdere quell'appalto¹⁰⁵.

Un'altra strada proposta sia nello stesso progetto di Cernobbio, sia da altri Autori, ha riguardato l'allargamento del patteggiamento, magari con un limite di pena più basso per chi accede al procedimento semplificato e un limite di pena più alto per chi si sottopone al procedimento ordinario, maggiormente garantista¹⁰⁶. Ma critiche analoghe a quelle mosse a proposito degli sconti premiali di pena possono essere fondate sull'improbabilità che questa possa essere l'efficace chiave risolutiva della questione: infatti, patteggiare comporta comunque raggiungere un accordo per l'applicazione di una pena e non sembra facile da realizzarsi l'eventualità che un imprenditore sacrifichi spontaneamente la sua immagine nei confronti del mercato e della stampa nazionali ed internazionali, chiedendo l'applicazione patteggiata di una pena¹⁰⁷.

Tale dibattito, come visto, non ha portato ancora ad una sintesi soddisfacente fra le due esigenze, certamente pressanti e compresenti, di assicurare i colpevoli alla giustizia da un lato, e di combattere l'elevatissima cifra oscura di tali reati, derivante dal forte vincolo di omertà che lega corrotto e corruttore, dall'altro. È però interessante notare come, in seguito alla riforma operata con L. 190/2012, tali considerazioni di opportunità politico-criminale siano state riportate con rinnovato interesse sul piano del dibattito dottrinale; gran parte della dottrina più recente ha ripreso in considerazione o l'eventualità dell'introduzione di una vera e propria causa di non punibilità, o, comunque, ha auspicato l'elaborazione di meccanismi premiali di tutela di vario genere per i privati che, prima dell'inizio di un procedimento penale, denunciino i fatti di corruzione, come già previsto in altri Paesi (ad esempio valutando la previsione di un'attenuante speciale)¹⁰⁸.

Infatti, i commentatori della riforma non hanno potuto fare a meno di notare come, in particolare in seguito alla nuova incriminazione del privato per il nuovo titolo di induzione indebita, si eleva notevolmente il rischio di annullare le *chances* di

¹⁰⁴ Cfr. F. STELLA, *La "filosofia" della proposta*, cit., p. 938.

¹⁰⁵ Cfr. C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro*, cit., p. 2345.

¹⁰⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Doppio ambito edittale di pena e riforma del patteggiamento*, in *DPP*, 1, 1995, p. 110; C. F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro*, cit., p. 2346.

¹⁰⁷ Cfr. F. STELLA, *La "filosofia" della proposta*, cit., p. 938.

¹⁰⁸ Cfr. [R. GAROFOLI, Il contrasto alla corruzione, cit., p. 11](#); [G. BALBI, Alcune osservazioni, cit., p. 11](#); [F. PALAZZO, Concussione, corruzione e dintorni, cit., p. 230](#); [F. VIGANÒ, Sui supposti guasti della riforma della concussione, in Dir. pen. cont. – Riv. trim. n. 2/2013, p. 146](#); D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 18.

giungere alla scoperta e poi alla prova in giudizio dei fatti di corruzione, per una serie intuitiva di fattori convergenti. In primo luogo per via del fatto che al privato non potrà più essere prospettata, per i fatti oggi descritti dall'art. 319-*quater* (in base ad una prassi che, in realtà, era stata censurata in sede internazionale), la possibilità di essere qualificato come vittima di concussione, e quindi di restare impunito: ciò che rischia di aumentare, rispetto al passato, l'interesse di colui che potrebbe essere una relevantissima fonte di prova a mantenere il silenzio sulla vicenda¹⁰⁹. In secondo luogo perché si ostacola l'attività dei Pubblici Ministeri, dato che il privato, che diventa prima indagato e poi imputato, non potrà più acquisire lo *status* di persona informata sui fatti, né quello di testimone.

Si è tornati a pensare, dunque, che proprio l'inserimento di una causa di non punibilità per il privato, che denunci tempestivamente il fatto entro certi termini e subordinatamente al verificarsi di certe condizioni, possa "riequilibrare" la posizione della pubblica accusa¹¹⁰ e, più in generale, assicurare una lotta più efficace ad un fenomeno così pervasivo e complesso, che andrebbe combattuto non solo con misure di tipo penale, ma anche e soprattutto con la prevenzione (in particolare amministrativa) ed il *law enforcement*: l'assenza di una lotta a tutto tondo contro la corruzione, infatti, sino ad oggi ha condizionato negativamente anche l'efficacia di misure quali quelle nuovamente riproposte sul piano penale¹¹¹.

7. Il *cohecho pasivo propio*

L'art. 419 c.p., che disciplina il *cohecho pasivo propio* antecedente, dispone che "*la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitar, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptar ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años (...)*".

Soggetti attivi di tale fattispecie sono la *autoridad* o il *funcionario público*, le cui definizioni si rinviengono nell'art. 24 c.p., ma anche i soggetti elencati nell'art. 423, cioè "*jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente*" ed inoltre "*cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*"; questa disposizione amplia la cerchia dei possibili soggetti attivi di tutte le fattispecie di *cohecho pasivo*¹¹², non solo di quello proprio antecedente, perché l'art. 423 richiama tutte le fattispecie previste negli articoli precedenti.

¹⁰⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 230.

¹¹⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., p. 146.

¹¹¹ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 18.

¹¹² Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1590; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 722; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 75; J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 1172.

La condotta tipica consiste nel *recibir* o *solicitar* una *dádiva, favor o retribución* o nella *aceptación del ofrecimiento o promesa*¹¹³.

La condotta che consiste nel *solicitar* fa riferimento alla condotta del funzionario che manifesta (espressamente o tacitamente) ad un terzo la sua disponibilità a ricevere una dazione per la realizzazione dell'atto contrario ai doveri dell'ufficio¹¹⁴; per la sua consumazione non è necessario che tale sollecitazione sia accolta, né che effettivamente sia ricevuta l'utilità, né tanto meno che sia compiuto l'atto antidoveroso¹¹⁵.

Il *recibir* suppone la vera e propria accettazione e ricezione del donativo (che sia stato previamente consegnato da un altro soggetto: "*el funcionario no «recibe» si no hay alguien quien «da»*"¹¹⁶) con l'intenzione di appropriarsene¹¹⁷; non è necessario che sia il funzionario ad appropriarsi materialmente del donativo, potendo questo essere ricevuto anche per persona interposta¹¹⁸. La ricezione, a differenza della mera sollecitazione, implica che sia stato raggiunto un accordo tra funzionario e privato¹¹⁹.

L'*aceptación* dell'offerta o promessa significa "*aprobar la oferta de una entrega futura de presente*" e implica, come la condotta di ricezione e a differenza della mera sollecitazione, il raggiungimento di un accordo con il privato per l'attribuzione futura di un beneficio al funzionario¹²⁰: "*nadie «acepta» si en principio no hay alguien que «prometa»*"¹²¹; non si esige però, l'effettiva ricezione del vantaggio su cui si è raggiunto l'accordo¹²².

Tale disposizione, dunque, è un esempio di "*tipo mixto alternativo*"¹²³, perché per la sua consumazione è sufficiente l'esecuzione di una qualsiasi delle forme alternativamente descritte, senza che l'esecuzione di più d'una di queste, nel caso concreto, supponga una pluralità di delitti¹²⁴: di modo che "*aunque el funcionario solicite una dádiva y, a consecuencia de la entrega del particular, la reciba, cometerá un solo delito de cohecho*"¹²⁵.

¹¹³ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 722; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021.

¹¹⁴ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1674.

¹¹⁵ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580.

¹¹⁶ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 110.

¹¹⁷ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1674; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580.

¹¹⁸ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 76; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580.

¹¹⁹ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580.

¹²⁰ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1674; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580.

¹²¹ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 122.

¹²² Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1675.

¹²³ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 76; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1581.

¹²⁴ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 76.

¹²⁵ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1581.

7.1. *L'oggetto della retribuzione: dádiva, favor o retribución de cualquier clase; il carattere economico e retributivo*

Passando a trattare dell'oggetto della retribuzione, ciò che spinge il funzionario a compiere il delitto in questione è la volontà di ottenere *dádiva, favor o retribución de cualquier clase*, come anche un loro *ofrecimiento o promesas*.

È stato evidenziato come sarebbe stato più conveniente, anche per conformarsi alla regolamentazione delle Convenzioni internazionali in materia, utilizzare l'espressione più comprensiva di "*beneficio indebito*", chiarendo che questa ricomprende qualsiasi tipologia di beneficio, non risultando altrimenti chiaro, ad esempio, cosa possa aggiungere al tipo penale il termine "*favor*", che poteva semplicemente essere omesso, confondendosi con il concetto di "*dádiva*"¹²⁶.

Alla luce della formulazione attuale, quindi, non è chiaro se si sia voluto includere nella fattispecie anche ogni vantaggio di tipo immateriale, compresi quelli che non sono caratterizzati da una intrinseca valutabilità in termini economico-patrimoniali.

Nemmeno è chiaro cosa apporti alla descrizione dell'oggetto materiale della condotta il termine "*retribución*", che ribadisce semplicemente il dato secondo il quale *dádivas* o *favores* costituiscono una retribuzione rispetto all'atto funzionale al cui compimento il privato ha interesse¹²⁷: tale funzione, del resto, a prescindere da un'espressa menzione nella lettera della disposizione, non può scomparire dalla struttura del delitto senza originare gravi conseguenze interpretative (come ad esempio quella di considerare integrato il delitto nell'ipotesi in cui per un atto contrario ai doveri d'ufficio venga regalata una scatola di sigari)¹²⁸.

Il requisito della retribuzione, insomma, è la chiave che consente di risolvere i dubbi legati tanto alla natura qualitativa quanto alla natura quantitativa del conferimento¹²⁹, analogamente a quanto rilevato a proposito del dibattito emerso nella dottrina italiana, con riferimento alla disciplina del delitto di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p. e all'oggetto materiale di tale condotta illecita, circa l'esigenza o meno del carattere patrimoniale dell'utilità e della sua proporzionalità rispetto all'atto d'ufficio compravenduto.

Ed infatti, con riferimento, in primo luogo, al problema della patrimonialità dell'utilità, nella dottrina italiana sono due gli orientamenti fondamentali che si contrappongono: una tesi più restrittiva circoscrive tale nozione ai soli vantaggi

¹²⁶ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1582.

¹²⁷ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1582; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 129.

¹²⁸ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 129.

¹²⁹ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1582; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 130.

materiali o, addirittura, ai soli vantaggi che abbiano carattere patrimoniale¹³⁰, mentre, secondo una tesi più estensiva, il termine ricomprenderebbe qualsiasi prestazione che, anche solo soggettivamente o in via mediata, sia atta a soddisfare un bisogno del pubblico ufficiale, procurandogli un qualunque vantaggio¹³¹.

La tesi più restrittiva si fonda, però, a ben vedere, su argomentazioni poco convincenti: infatti è stato rilevato che, ad esempio, dal semplice fatto che nella descrizione normativa l'"altra utilità" risulti accostata al "denaro" non può affatto farsi discendere razionalmente una omologazione delle due entità sotto lo stesso genere (*sub specie patrimonii*)¹³²; né sembra rilevante l'osservazione secondo cui l'"utilità" deve poter essere trasferita e quindi consistere in un'entità materiale, perché "necessaria e sufficiente è la idoneità della condotta di un soggetto a fornire una utilità per un altro soggetto, cioè a soddisfarne un bisogno"¹³³.

Secondo i sostenitori della tesi più estensiva, invece, vale in tale ipotesi il principio «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», in quanto né dalla lettera né dallo spirito della norma si traggono particolari indicazioni per una concezione restrittiva del termine "utilità", ed anzi, una lettura della norma maggiormente conforme alle esigenze di tutela del bene giuridico spinge a considerare offensivi verso l'attività funzionale dello Stato, sul piano politico-criminale, anche quegli episodi di corruzione in cui un atto d'ufficio viene compravenduto dietro prestazione di atti sessuali o onorificenze o di una promozione sul posto di lavoro¹³⁴ (per citare gli esempi più controversi). Senza dubbio è da ribadire che non ogni utilità non dotata di carattere intrinsecamente patrimoniale, come un semplice sorriso, può considerarsi idonea a costituire la controprestazione per il compimento di un atto d'ufficio; la ragione, però, risiede semplicemente nel fatto che in tal caso l'"utilità", che certamente può considerarsi tale, manca dell'ulteriore requisito della proporzione rispetto all'atto, che – come si vedrà nel prosieguo del paragrafo – è necessario perché fra le due prestazioni vi sia un rapporto retributivo¹³⁵.

Fra tali tesi estreme vi è poi chi, pur non escludendo che anche un vantaggio non patrimoniale possa integrare un'utilità, considera decisivo non tanto il carattere patrimoniale o meno di quest'ultima, quanto la possibilità di considerare tale vantaggio come una retribuzione¹³⁶. Ciò condurrebbe però a ritenere corretto quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la prestazione sessuale sarebbe adeguata a

¹³⁰ Cfr. P. DI VICO, *Il delitto del corruttore*, in *Annali*, 1936, p. 395; G. BETTIOL, *In tema di interesse privato in atti di ufficio*, in *Studi Petrocelli*, I, Milano 1972, p. 279.

¹³¹ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 215.

¹³² Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 68; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 215; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1547.

¹³³ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1547; cfr. anche A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 215; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 67.

¹³⁴ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 214; C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3067; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1545; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 68.

¹³⁵ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 215.

¹³⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 228.

costituire un'utilità e quindi ad integrare il reato di corruzione soltanto se effettuata da una persona che si prostituisce, perché solo in tal caso l'atto sessuale sarebbe patrimonialmente valutabile e, quindi, valutabile come retribuzione; ma verso tale orientamento la dottrina ha già espresso le perplessità legate ad uno "scivolamento soggettivistico" inaccettabile nell'ottica di un diritto penale del fatto¹³⁷.

Con riferimento, poi, al diverso problema della proporzionalità tra prestazione e controprestazione con riguardo alla disciplina italiana della corruzione propria, non vi è uniformità di vedute in dottrina circa la necessità, per il configurarsi di tale tipologia di delitto, di un rapporto di proporzione tra la prestazione del privato – l'utilità data o promessa – e la controprestazione del pubblico ufficiale – l'atto contrario ai doveri d'ufficio (o l'omissione o il ritardo di un atto conforme ai doveri d'ufficio) che il pubblico ufficiale si impegna a compiere o ha già compiuto.

La soluzione del problema, a ben vedere, è conseguenziale alla risoluzione di una questione di carattere più generale: ci si deve chiedere, in primo luogo, se il denaro o l'altra utilità debba valere come "retribuzione" per il compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio. Le perplessità, al riguardo, nascevano da un argomento testuale, desumibile dal modo in cui erano formulati gli artt. 318 e 319 c.p. nel testo previgente: si sottolineava la difformità testuale tra l'art. 318, in cui si diceva espressamente che il pubblico ufficiale riceveva una "retribuzione" che non gli era dovuta per un atto d'ufficio e l'art. 319, in cui mancava – e manca tutt'ora – un esplicito riferimento al termine "retribuzione"¹³⁸.

Ed identico dubbio potrebbe sorgere anche con rispetto alla nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione, dato che, in seguito alla riforma, anche nel nuovo art. 318 – non più solo nell'art. 319 – manca un esplicito riferimento al carattere retributivo della prestazione del privato.

La giurisprudenza prendeva spunto dalla differenza testuale tra le due disposizioni per ritenere non necessario, nel caso specifico della corruzione propria, un rapporto sinallagmatico tra il "valore" dell'atto oggetto dell'accordo e l'utilità data o promessa in cambio dal privato, con una tendenza ad escludere il carattere corrispettivo di quest'ultima solo ricorrendo una sproporzione manifesta rispetto all'atto compravenduto¹³⁹, giungendo anche a ritenere che nemmeno le piccole regalie d'uso possono escludere il delitto di corruzione propria, a volte sul presupposto che anche in tali casi si avrebbe una lesione del prestigio della pubblica amministrazione¹⁴⁰.

La dottrina pressoché unanime, al contrario, ha giustamente osservato che "dare al pubblico ufficiale denaro o altra utilità per il compimento di un atto dell'ufficio, altro non significa se non retribuirlo, ricompensarlo"¹⁴¹, cosicché "la «retribuzione» dell'atto,

¹³⁷ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 69.

¹³⁸ Cfr. S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 781; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 204; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1555; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 70.

¹³⁹ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 71.

¹⁴⁰ Cfr. C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3027.

¹⁴¹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227.

sia esso conforme o contrario ai doveri dell'ufficio, è caratteristica costante di tutte le forme di corruzione"¹⁴².

La conseguenza più importante è che deve sussistere necessariamente un certo rapporto di proporzione tra le due controprestazioni, ciò che porta sicuramente ad escludere la tipicità di accordi tra pubblico ufficiale e privato in cui la "prestazione" di quest'ultimo sia un "piccolo donativo" (cd. "*munusculum*") – ciò che poteva escludersi già in base alla valutazione dell'inoffensività intrinseca di una simile condotta, incapace di ledere in modo rilevante il bene giuridico¹⁴³ – o comunque manifestamente squilibrata rispetto al "valore" dell'atto oggetto del patto.

Gli Autori individuano poi in modo lievemente differente come vada verificato, in concreto, tale rapporto di proporzionalità: vi è chi sottolinea, ad esempio, come, nel caso specifico della corruzione propria, dovendosi retribuire un atto contrario ai doveri dell'ufficio, "in un certo senso il compenso deve essere proporzionalmente maggiore"¹⁴⁴; vi è chi osserva che sussiste corruzione anche laddove la retribuzione sia sproporzionata per eccesso¹⁴⁵; chi ritiene che il rapporto di proporzione vada accertato secondo parametri di adeguatezza sociale, avendo riguardo, ad esempio, alla posizione del pubblico funzionario, l'entità dell'affare, i suoi rapporti col donante, ecc.¹⁴⁶; vi è, infine, chi sostiene che debba accertarsi un'adeguatezza causale della dazione rispetto al compimento dell'atto¹⁴⁷, che, cioè, si deve verificare "l'idoneità dell'iniziativa del privato (...) a determinare l'accettazione da parte del pubblico ufficiale", "idoneità che va giudicata *ex ante*"¹⁴⁸: in altre parole, non rileva tanto l'astratta proporzionalità tra l'offerta e il valore dell'atto, quanto "l'intrinseca attitudine dell'offerta ad incidere motivazionalmente sul pubblico funzionario rispetto alla sua successiva attività"¹⁴⁹.

Quest'ultima osservazione, del resto, è condivisa da chi sottolinea che "retribuzione proporzionata è ciò che il pubblico ufficiale ritenga tale"¹⁵⁰, o da chi mette in luce il principio probatorio secondo il quale "se il pubblico ufficiale, per compiere un atto contrario ai doveri del suo ufficio, accetta un qualche compenso anche assai ridotto, una massima di esperienza fa supporre che il compenso, nelle circostanze concrete, era proporzionato all'atto, soprattutto poi se l'atto è effettivamente compiuto"¹⁵¹.

¹⁴² Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 204; cfr. anche S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 781; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1555; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 73.

¹⁴³ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1557.

¹⁴⁴ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 207.

¹⁴⁵ Cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, 1999, p. 261.

¹⁴⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 208; C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3028.

¹⁴⁷ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 75; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 305;

¹⁴⁸ Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 306.

¹⁴⁹ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 76.

¹⁵⁰ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1557.

¹⁵¹ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 207.

In conclusione, potendosi ritenere che la proporzionalità fosse un requisito indispensabile della fattispecie di corruzione propria già alla luce della disciplina previgente – sulla base di una attenta interpretazione letterale e teleologica dell'art. 319, non ostandovi la diversità di formulazione rispetto all'art. 318 – non sembrano esservi ragioni particolari che escludano la necessità di tale rapporto di proporzione pure in base alla normativa attuale – restando per l'appunto ininfluenza, per l'interpretazione dell'art. 319, la modifica dell'art. 318.

Tornando, quindi, alla disciplina spagnola del *cohecho propio*, per quanto riguarda il carattere patrimoniale della *dádiva* o *favor*, secondo la dottrina spagnola tradizionale e maggioritaria integrerebbero il reato solo le prestazioni economicamente valutabili e di carattere materiale¹⁵², non invece le prestazioni immateriali o, ad ogni modo, non suscettibili di valutazione economica diretta, come una promozione sul posto di lavoro¹⁵³ o le prestazioni sessuali¹⁵⁴.

Tale dottrina, però, sembra non più condivisibile alla luce della riforma del 2010, che ha modificato i termini con cui era descritto l'oggetto materiale della retribuzione: infatti, l'interpretazione secondo cui tale oggetto dovrebbe consistere in "*ventajas de naturaleza material, cuya obtención suponga una objetiva y medible mejora de la situación económica del funcionario*"¹⁵⁵ derivava dalla terminologia più restrittiva che caratterizzava la precedente formulazione della norma, ove si parlava di "*dádiva o presente*"; oggi, invece, non solo l'oggetto materiale della retribuzione è descritto con i termini più comprensivi di "*dádiva o favor*", ma è stato altresì aggiunto un espresso riferimento anche ad altre specie di retribuzione ("*retribución de cualquier clase*"), riferimento assente nella precedente formulazione.

Invece, forse, oggi appare più in armonia con la lettera della nuova disposizione l'opinione della dottrina spagnola, in linea con le conclusioni della dottrina maggioritaria italiana, secondo cui "*la nueva redacción alude a retribuciones de cualquier clase, lo que comprende no sólo las valorables económicamente, sino cualquier otra ventaja de contenido patrimonial o personal (incluidas, por lo tanto, las de carácter sexual)*"¹⁵⁶.

Per quanto riguarda la diversa questione circa la natura quantitativa della *dádiva*, la dottrina spagnola dominante ritiene che non siano ricompresi nell'ambito dell'incriminazione i regali d'uso o di cortesia, specialmente in occasioni di particolari ricorrenze o festività, specie se di scarso valore. I criteri che vengono di volta in volta richiamati dai diversi autori, a volte anche cumulativamente, sono quelli della *proporcionalidad*, della *causalidad adecuada* e della *adeguación social*¹⁵⁷.

¹⁵² Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1676; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 144.

¹⁵³ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 151.

¹⁵⁴ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 153.

¹⁵⁵ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1676.

¹⁵⁶ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1582.

¹⁵⁷ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 136.

Alcuni sottolineano in modo particolare come sia necessaria una relativa proporzione tra ciò che viene richiesto o ricevuto dal funzionario e la condotta di quest'ultimo, che viene così posta in vendita¹⁵⁸.

Altri escludono i donativi di nessun valore o quelli incapaci di piegare la volontà imparziale del funzionario, cioè quei donativi che, in base ad una valutazione effettuata *ex ante*, non siano adeguati a causare l'accettazione del funzionario e quindi il raggiungimento del fine che la norma vuole evitare, cioè la violazione del principio di imparzialità (criterio della causalità adeguata)¹⁵⁹; tale valutazione va condotta tenendo in considerazione la concreta situazione economica, politica, sociale e familiare del funzionario coinvolto¹⁶⁰. Ciò che richiama, all'evidenza, quanto si è detto pocanzi trattando delle riflessioni sul punto di quella parte della dottrina italiana che ritiene necessaria un'adeguatezza causale della dazione rispetto al compimento dell'atto e di quella secondo la quale il rapporto di proporzione va accertato secondo parametri di adeguatezza sociale.

Altri ancora, rifacendosi al criterio dell'adeguatezza sociale, ritengono che siano da considerarsi penalmente irrilevanti le richieste o ricezioni di *dádiva*, *favor o retribución de cualquier clase* che siano di valore irrilevante o socialmente adeguati, specialmente "*cuando no se vinculan a una actuación ilícita del funcionario*"¹⁶¹ o siano addirittura consentiti dalle abitudini o dai costumi sociali o per certi settori di attività¹⁶².

È da notare infine, come l'utilità possa essere richiesta o ricevuta "*en provecho propio o de un tercero*": quindi non è necessario che il beneficiario diretto della *dádiva* sia lo stesso funzionario, potendo anche essere un suo familiare, un amico, una persona con cui questo sia legato da vincoli di varia natura o anche un ente pubblico o privato, come un'associazione o un partito politico (non però, ad esempio, un ente di beneficenza¹⁶³, perché non è compatibile con il delitto una motivazione altruistica)¹⁶⁴; sembra che però il beneficio non possa esservi solo per il terzo, e che anche in funzionario debba ricavarne un qualche vantaggio, anche solo in modo indiretto¹⁶⁵.

Anche nella corrispondente disposizione italiana viene specificato che l'utilità può essere ricevuta dal pubblico ufficiale "per sé o per un terzo": risulta utile, dunque, anche in tal caso, capire chi possa considerarsi "terzo" ai sensi di tale norma. Parte della

¹⁵⁸ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1677.

¹⁵⁹ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1022; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1677.

¹⁶⁰ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 139.

¹⁶¹ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 721.

¹⁶² Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 141.

¹⁶³ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1678.

¹⁶⁴ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1678; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 1582; M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1175; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1582.

¹⁶⁵ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1582.

dottrina ritiene, al riguardo, che possa esser terzo tanto un privato quanto un soggetto pubblico; in quest'ultimo caso, però, deve trattarsi di un soggetto pubblico al di fuori dell'ente per il quale il pubblico ufficiale *intraneus* opera¹⁶⁶.

Inoltre, anche in Italia è discusso se possa averi corruzione anche quando, andando l'utilità ad esclusivo vantaggio del terzo, il pubblico ufficiale non ricavi alcun vantaggio personale dall'accordo corruttivo¹⁶⁷: secondo alcuni, analogamente a quanto ritenuto dalla dottrina spagnola citata, ciò non sarebbe possibile, perché anche quando l'utilità sia goduta direttamente da un terzo "deve ridondarne un vantaggio indiretto sul pubblico ufficiale, in capo al quale si seguita ad imperniare (...) il rapporto di retribuzione"¹⁶⁸.

7.2. L'atto del cargo; la contrarietà ai doveri dell'ufficio; l'atto discrezionale

Come è stato rilevato anche dalla dottrina italiana a proposito del significato da attribuire, nell'ambito delle fattispecie di corruzione di cui agli artt. 318 ss. del c.p. italiano, alla nozione di "atto d'ufficio", è pacifico anche per la dottrina spagnola che, con riferimento alla nozione di "*acto del cargo*" rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 419 ss. del c.p. spagnolo, questa non vada confusa con la nozione di "*acto administrativo*"¹⁶⁹.

Ciò dipende fondamentalmente dal fatto che la finalità con la quale si usa il termine "*acto*" agli effetti del *cohecho propio* è diversa da quella adottata nel diritto amministrativo: ne consegue che anche con riferimento alla disciplina spagnola, come con riferimento alla disciplina italiana, nella nozione di *acto del cargo* si ricomprendono non solo gli atti giuridici come i regolamenti, i contratti e gli atti amministrativi, ma anche tutte le attività materiali e tecniche realizzate dal funzionario, che non implicano alcuna modificazione di specifiche situazioni giuridiche legate al loro svolgimento (si fanno gli esempi della cura di un malato e dei voti dati da un professore)¹⁷⁰.

L'azione o l'omissione contraria ai doveri dell'ufficio deve essere realizzata dal funzionario "*en el ejercicio del cargo*". Secondo una parte della dottrina deve esservi una relazione dell'atto compiuto, omesso o ritardato con i doveri del funzionario, nel senso che egli deve avere specificamente attribuita una competenza in senso tecnico rispetto

¹⁶⁶ Cfr. C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3056; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 209;

¹⁶⁷ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1548.

¹⁶⁸ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 209; cfr. anche S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 775.

¹⁶⁹ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 192; con riferimento alla disciplina italiana cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 218; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1548; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 779; C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3057; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 228; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 80.

¹⁷⁰ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 195.

all'attività in questione¹⁷¹. Invece, secondo la giurisprudenza e altra parte della dottrina, è più ragionevole un'interpretazione più ampia del concetto di competenza, secondo la quale è sufficiente la possibilità del funzionario di compiere quell'azione od omissione, non dovuta ad una vera e propria competenza, ma anche ai poteri di fatto derivanti dalla "*relación funcional inmediata*" del funzionario con l'incarico che gli è attribuito¹⁷²; ciò significa che in virtù della particolare connessione tra l'atto e la funzione pubblica svolta dal funzionario, nonché grazie alle opportunità derivate dalla particolare posizione soggettiva da lui così acquisita, egli può porlo in essere con speciale facilità¹⁷³.

Ad analoghe conclusioni è giunta la dottrina italiana, che si è interrogata, con riferimento al corrispondente problema relativo alla disposizione di cui all'art. 319 c.p., su quale concetto di competenza bisogna accogliere per valutare la condotta commissiva di un pubblico ufficiale, il quale pone in essere un atto contrario ai suoi doveri; infatti, a tal proposito, è sorto il dubbio se si abbia corruzione nel caso in cui egli accetti una retribuzione per un atto, a compiere il quale egli è – tecnicamente – incompetente. È certo che non può aversi corruzione quando l'incompetenza è assoluta; nel caso di incompetenza relativa (competenza non specifica del pubblico agente ma dell'ufficio di cui questi fa parte), invece, parte della dottrina ritiene che "basterebbe, per la configurabilità del reato, che l'atto rientri nella competenza dell'ufficio al quale il soggetto appartiene; mentre non occorrerebbe che la competenza sia specificamente propria del soggetto in questione"¹⁷⁴. A rilevare sarebbe, in conclusione, non una competenza in senso tecnico, ma una competenza di fatto o generica¹⁷⁵, facendosi riferimento alla "possibilità di operare, in concreto, una qualsiasi ingerenza o incidenza (...) nell'emanazione dell'atto oggetto dell'accordo"¹⁷⁶.

Nel caso, però, in cui si tratti di un'astensione dalla commissione di un atto, la dottrina spagnola ha osservato come questa sia penalmente rilevante non ove il funzionario si astenga dal compiere un qualsiasi atto, ma solo ove ometta di adempiere quello specifico dovere inerente alla funzione, che aveva l'obbligo di adempiere secondo le norme che disciplinano quell'attività: sembra sia questo il significato da attribuire all'inciso "*que debiera practicar*"¹⁷⁷; analogamente, del resto, la dottrina italiana ritiene che le condotte dell'omissione e del ritardo presuppongono la competenza – nel senso tecnico del diritto amministrativo – del pubblico ufficiale a compiere l'atto stesso¹⁷⁸.

¹⁷¹ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1022; M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 722.

¹⁷² Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 201.

¹⁷³ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1581; I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 201.

¹⁷⁴ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 222.

¹⁷⁵ Cfr. S. SEMINARA, *Comento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 779.

¹⁷⁶ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 85.

¹⁷⁷ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 226.

¹⁷⁸ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 228; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 781; A. SPENA, *Comento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1567.

Rispetto alla disciplina in vigore prima della riforma del 2010, nell'attuale *código penal* spagnolo non sono più previste fattispecie distinte a seconda che l'atto antidoveroso costituisca anche un delitto o sia semplicemente un atto ingiusto non costitutivo di delitto¹⁷⁹.

Oggi l'*acto contrario a los deberes del cargo* cui fa riferimento l'*art. 419 c.p.* può consistere sia in un atto che in sé integra anche gli estremi di un delitto, sia in un atto che sia illecito ma non penalmente, bensì solo rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico, potendo trattarsi ad esempio di un illecito civile o amministrativo, tutti casi in cui può cumularsi alla pena comminata dall'*art. 419* la sanzione (penale, civile o amministrativa) prevista dalla norma che viene violata, rendendo illecito l'atto¹⁸⁰.

In ogni caso l'atto deve essere "*injusto*", nel senso di "*contrario al debido*", secondo parametri oggettivi; ciò si verifica quando l'atto è considerato *lato sensu* viziato, perché contraddice materialmente la legalità amministrativa. Ma non tutte le irregolarità rilevano a tale fine, bensì solo quelle sostanziali, non meramente formali, e quelle che attribuiscono alla condotta del funzionario una capacità lesiva nei confronti del bene giuridico tutelato¹⁸¹.

È inoltre possibile che al funzionario sia attribuito il potere di scegliere tra diverse possibilità e che egli compia la sua scelta influenzato dalla *dádiva* del *particular*: si tratta del caso in cui l'atto oggetto dell'accordo sia di natura discrezionale.

È interessante, sul punto, il confronto fra il dibattito avutosi in seno alla dottrina spagnola e quello avutosi nella dottrina italiana, che pure si è posta il problema di capire sulla base di quali presupposti un atto discrezionale possa essere valutato come "contrario ai doveri dell'ufficio".

Nel caso dell'atto vincolato, infatti, sono le puntuali norme di legge, che ne determinano in modo dettagliato le caratteristiche, a fungere da parametro; nel caso di attività discrezionale, invece, la legge si limita a fissare un obiettivo concreto, realizzabile attraverso più attività tutte lecite, in una cornice generale di regole e principi, tra i quali spiccano quelli di logica e di imparzialità: come si può facilmente constatare, il parametro, in tal caso, si rivela piuttosto sfumato.

Per ciò che riguarda il dibattito italiano, secondo una prima tesi, che la dottrina respinge decisamente, ma che è talvolta accolta in giurisprudenza, la corruzione avente ad oggetto un atto discrezionale sarebbe sempre per atto contrario ai doveri d'ufficio¹⁸². Si fa operare, cioè, una presunzione, in virtù della quale il pubblico agente, per il semplice fatto di avere accettato una retribuzione da parte di un privato, avrebbe perso la capacità di orientare la scelta affidatagli dalla legge a tutela dell'interesse pubblico,

¹⁷⁹ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1578.

¹⁸⁰ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1023; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1581.

¹⁸¹ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 226; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1581.

¹⁸² Cfr. S. MASSI, *Atto vincolato, atto discrezionale e "asservimento" del pubblico agente nella struttura della corruzione propria*, in *RTDPE*, 2003, p. 276.

finendo inevitabilmente per emettere un atto contrario ai doveri dell'ufficio perché fatalmente viziato da eccesso di potere¹⁸³.

La tesi però non convince, perché è possibile che, nel caso di specie, l'interesse del privato coincida con quello pubblico e che, dunque, la violazione del principio di imparzialità non risulti evidente né lesiva dell'interesse per raggiungere il quale il potere discrezionale era stato attribuito¹⁸⁴.

Secondo un'altra teoria, la cd. teoria della motivazione, l'atto emanato è contrario ai doveri dell'ufficio nel caso in cui sia dimostrato che il funzionario, nell'operare le sue scelte, si sia lasciato motivare solo dal compenso del privato e non invece dall'interesse pubblico. È evidente però come in tal modo si finisce per ritenere determinante l'elemento, puramente soggettivo e interno, della sfera psichica del soggetto attivo, mentre il criterio proposto, per essere valido, dovrebbe costituire un punto di riferimento oggettivo¹⁸⁵.

Si è dunque proposto di verificare se, nel caso concreto, l'atto emanato sia oggettivamente diverso rispetto a quello che il pubblico ufficiale avrebbe emanato se non fosse stato stipulato l'accordo corruttivo: è questa la cd. teoria della motivazione obbiettivata¹⁸⁶. Questo criterio, però, non si rivela soddisfacente nel caso in cui il pubblico ufficiale, nel momento in cui riceve l'utilità, abbia già l'intenzione di compiere quell'atto illecito che il privato gli chiede¹⁸⁷.

È stato anche proposto di valutare se l'atto discrezionale emesso contrasti obiettivamente con gli scopi per i quali è stato attribuito il potere. Si pone così, però, evidentemente, il problema legato al sindacato giudiziale del merito dell'atto amministrativo, attraverso il quale si consentirebbe ad un giudice di sostituirsi al pubblico ufficiale nel compimento di valutazioni di opportunità, che spettano solo alla pubblica amministrazione. Inoltre le cause dell'inopportunità di un atto amministrativo possono essere le più varie, e possono anche non derivare dalla violazione, da parte del funzionario, delle regole inerenti all'esercizio del suo potere¹⁸⁸.

La tesi che oggi prevale in dottrina è quella che ritiene discriminante la circostanza che vengano o meno rispettate le regole inerenti all'uso del potere discrezionale¹⁸⁹. Il presupposto di tale tesi è l'osservazione, corretta, che la

¹⁸³ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 229; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 288; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 95.

¹⁸⁴ Cfr. S. MASSI, *Atto vincolato, atto discrezionale*, cit., p. 276; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 230; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 289; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 96; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 318.

¹⁸⁵ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 230; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 96; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 289; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 318.

¹⁸⁶ Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 296.

¹⁸⁷ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 231.

¹⁸⁸ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 232.

¹⁸⁹ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 232; S. MASSI, *Atto vincolato, atto discrezionale*, cit., p. 279; A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1553; C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3067; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 775.

discrezionalità è qualcosa di diverso dall'arbitrio, e che il potere discrezionale costituisce piuttosto uno strumento per consentire un migliore e più ponderato perseguimento degli interessi pubblici¹⁹⁰.

Quindi "il pubblico ufficiale che (...) non persegue nel caso specifico quel particolare obiettivo concreto in funzione del quale il potere in questione gli viene attribuito, o non rispetta i precetti di logica e di imparzialità, viola le regole che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale: perciò, il suo atto è «contrario ai doveri di ufficio»"¹⁹¹.

La giurisprudenza spagnola, a sua volta, ha avuto modo di sottolineare come la scelta finale del funzionario consti, in tali casi, di componenti di discrezionalità difficilmente controllabili, motivo per il quale il *Tribunal Supremo* ha ritenuto che "*el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública, sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto*"¹⁹².

Ne consegue, però, che se il carattere giusto o ingiusto dell'atto discrezionale posto in essere dal pubblico ufficiale si fa dipendere dal suo vincolo con una ricompensa, risulta difficile spiegare la particolarità dei casi di *cohecho impropio* (art. 420), in cui esiste lo stesso vincolo.

Per questi motivi, altra parte della dottrina spagnola ha ritenuto che per valutare la conformità dell'atto discrezionale realizzato rispetto all'ordinamento giuridico bisognerà avvalersi delle "*técnicas de control de la actividad discrecional propias de la disciplina administrativa*"¹⁹³. In tal modo, data una determinata attività di natura discrezionale, "*la sola motivación de lucro (...) no sería suficiente para calificarla de injusta*". L'argomentazione sembra convincente, considerato anche che la contraria soluzione interpretativa conduce ad annullare le differenze tra le modalità di *cohecho* di cui agli artt. 419 e 420 c.p., dato che tutti gli atti realizzati dal funzionario in cambio di una *dádiva* si convertirebbero automaticamente in atti ingiusti, ciò che costituirebbe una *interpretatio abrogans* del requisito, rispettivamente della ingiustizia o della giustizia dell'atto, previsto dalla disposizioni citate¹⁹⁴.

7.3. Consumazione e tentativo; le pene

La dottrina italiana unanime individua, come momento in cui si consumano tutti i delitti di corruzione, quello in cui viene accettata dal pubblico funzionario la promessa di denaro o di altra utilità, ovvero, se non vi è promessa, ma direttamente la

¹⁹⁰ Cfr. A. SPENA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 1553.

¹⁹¹ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 232.

¹⁹² Cfr. SSTS 2052/2001, del 7 novembre; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1581.

¹⁹³ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1023; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1583; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1687.

¹⁹⁴ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1688.

dazione del privato e contestuale ricezione del pubblico ufficiale, il momento consumativo è fatto coincidere con quello della dazione¹⁹⁵.

La normativa italiana incrimina, poi, specificamente, quale reato autonomo, il tentativo di corruzione: invero, la previsione dell'art. 322, che punisce l'istigazione alla corruzione, fa riferimento a condotte la cui punibilità deriverebbe già dall'applicazione dell'art. 56 c.p., che disciplina in via generale il delitto tentato; ma, come già accennato trattando dei delitti di corruzione attiva e passiva e della teoria dei reati autonomi, la presenza di un'apposita norma dedicata all'istigazione alla corruzione, quella appunto di cui all'art. 322, si giustifica semplicemente in quanto si tratterebbe di un caso di "tentativo eccettuato", che prevede un trattamento sanzionatorio differenziato per un'ipotesi che altrimenti avrebbe integrato gli estremi di un tentativo punibile¹⁹⁶.

Per quanto riguarda, invece, la consumazione del corrispondente delitto nell'ordinamento spagnolo, come è stato già anticipato *supra*, l'attuale formulazione della norma spagnola ha abbandonato la concezione del *cohecho* come un effettivo accordo tra colui che offre e colui che riceve la *dádiva*, perciò oggi è sufficiente, perché il reato possa considerarsi consumato, che sia stata compiuta la condotta unilaterale di *solicitud* (da parte del funzionario) o di *oferta* (da parte del privato)¹⁹⁷.

Per tale ragione la dottrina spagnola maggioritaria esclude l'ammissibilità del tentativo, perché già il tipo penale punisce comportamenti, quale quello di *solicitud de dádiva*, che di per sé costituiscono condotte pericolose per il bene giuridico¹⁹⁸; infatti, se in via di principio la *solicitud de dádiva* da parte di un funzionario, che non arriva ad essere ricevuta né conosciuta dal suo destinatario, potrebbe integrare un supposto tentativo di *cohecho*, tuttavia della sua incriminazione è lecito dubitare, perché tale ipotesi è ben lontana dalla lesione del bene giuridico¹⁹⁹.

Soltanto secondo una parte minoritaria della dottrina²⁰⁰ e un orientamento giurisprudenziale²⁰¹, il tentativo sarebbe ammissibile nel caso di sollecitazione non giunta al destinatario, come nel caso in cui il funzionario si sia avvalso di un intermediario per trasmettere la sua *solicitud*.

Una comune tendenza all'inasprimento delle pene con riguardo al delitto in esame si è registrata in entrambi gli ordinamenti.

¹⁹⁵ Cfr. C. BENUSSI, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 3069; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi, Parte speciale*, cit., p. 258; S. SEMINARA, *Commento agli artt. 318-322-bis c.p.*, cit., p. 776; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 230; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 122.

¹⁹⁶ Cfr. G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 11.

¹⁹⁷ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 722; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1583; J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 1176.

¹⁹⁸ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGUEZ PUERTA, *Commento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1682; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1583; J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 1176.

¹⁹⁹ Cfr. F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGUEZ PUERTA, *Commento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1682.

²⁰⁰ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 240; I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, p. 405.

²⁰¹ Cfr. STS 208/2006, del 20 febbraio.

Infatti, se, in seguito alle modifiche introdotte con la legge 6 novembre 2012, n.190, l'art. 319 è rimasto immutato per ciò che riguarda la descrizione della fattispecie, il trattamento sanzionatorio è stato, invece, notevolmente inasprito (in armonia con il generalizzato aumento delle pene principali dei delitti dei pubblici ufficiali): in luogo della pena precedente della reclusione da due a cinque anni è comminata oggi la pena della reclusione da quattro a otto anni²⁰².

In Spagna la pena comminata è quella della "*prisión de tres a seis años, multa de doce a veintiquatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo publico por tiempo de siete a doce años*". La pena della reclusione è stata incrementata rispetto alla normativa anteriore ed ora risulta conforme alle Convenzioni internazionali già citate, che richiedevano sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, che includessero, nei casi più gravi, pene privative della libertà personale che potessero dar luogo a estradizione²⁰³.

Quando l'atto realizzato, ritardato od omesso, infine, integra anche un altro delitto, oltre alle pene previste per il delitto di *cohecho* si applicheranno le pene comminate per quest'altro delitto, secondo l'espresso disposto dell'art. 419 c.p.

8. Il discrimine tra la corruzione e la concussione: la riflessione dottrinale nei due ordinamenti

8.1. Il confine fra la concussione, la corruzione e la nuova fattispecie dell'induzione indebita

Uno degli aspetti più interessanti che emergono dallo studio comparato del sistema dei delitti di corruzione nei due ordinamenti considerati sembra la diversa rilevanza attribuita dagli studiosi e dai pratici del diritto alla problematica della distinzione fra i delitti di corruzione e le fattispecie concussive che, sia pure sotto *nomina iuris* differenti, possono rintracciarsi in entrambi gli ordinamenti.

Giova allora richiamare, in primo luogo, quanto emerso dal dibattito italiano circa la linea di demarcazione da tracciare tra la concussione e le fattispecie attigue, tra le quali, in particolare, si annovera oggi la fattispecie dell'induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319-*quater* c.p., introdotta nel nostro ordinamento dalla citata L. 190/2012.

Sul punto, una recente pronuncia delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione²⁰⁴ ha mirato a comporre i contrasti giurisprudenziali che erano sorti in seguito alle novità introdotte dalla L. 190/2012 ed alle le molteplici letture interpretative fornite in proposito dalla dottrina penalistica italiana. Si è giunti, così, ad

²⁰² Cfr. Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 2.

²⁰³ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1584.

²⁰⁴ Cass. Pen., Sez. Unite, 14 marzo 2014, n. 12228, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/12228_03_14.pdf.

una ricostruzione del sistema dei rapporti fra i delitti in esame che, peraltro, non risponde solo all'esigenza dogmatica di fissare un confine concettuale certo fra le fattispecie di cui ci si occupa, ma anche all'esigenza, pure avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti alla pronuncia delle Sezioni Unite, di fornire un criterio interpretativo altresì sufficientemente "dinamico" da consentire il rispetto dei principi di determinatezza e tassatività anche nei casi "ambigui", emersi nella variegata fenomenologia delle dinamiche corruttive e concussive, casi rispetto ai quali i criteri di distinzione fino a quel momento proposti palesavano la loro inadeguatezza²⁰⁵.

Per effetto della riforma, come noto, la fattispecie unitaria prima prevista dall'art. 317, che comprendeva le due condotte della costrizione e dell'induzione quali modalità alternative di realizzazione del reato di concussione, è stata "spacchettata" in due distinte figure delittuose, quelle previste dagli attuali artt. 317 e 319-*quater*²⁰⁶.

In particolare, adesso la concussione prevista dall'art. 317 è configurabile solo per costrizione e non più anche per induzione, ed inoltre tale condotta è oggi riferita esclusivamente al pubblico ufficiale e non più anche all'incaricato di pubblico servizio. È stato infine innalzato il minimo edittale della pena da quattro a sei anni di reclusione, mentre il massimo di dodici anni è rimasto inalterato²⁰⁷.

Invece la seconda modalità, quella dell'induzione, è stata "scorporata dal previgente art. 317 e ricollocata nel nuovo art. 319-*quater*²⁰⁸, il quale, rubricato "Induzione indebita a dare o promettere utilità", prevede, al primo comma, che "salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni".

Sono evidenti le differenze rispetto alla concussione di cui all'art. 317: a parte la previsione della sola induzione come unica modalità di realizzazione del reato, tale ultima fattispecie è configurabile anche a carico dell'incaricato di pubblico servizio ed inoltre la sanzione è quella più lieve della reclusione da tre a otto anni. Ma la differenza più significativa risiede nella previsione del secondo comma dell'art. 319-*quater*, che

²⁰⁵ Cfr. sul punto, fra gli altri, V. VALENTINI, *Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p. Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, n. 2/2013, p. 13; V. MONGILLO, *L'incerta frontiera. Il discrimine tra concussione ed induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2013, p. 205. Si segnala come già nella sentenza *Melfi* (Cass. Pen., Sez. VI, 12 marzo 2013, n.11794), la Cassazione avesse preso atto dell'insufficienza dei precedenti criteri interpretativi proposti a fornire una chiave di lettura chiara anche nei casi "difficili", di confine fra le due categorie delittuose.

²⁰⁶ Cfr. Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 6; R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in *questa Rivista*, 3 maggio 2013; F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p.229; G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 10; F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti*, cit., p. 143.

²⁰⁷ Cfr. G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 11; F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 229; R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 1; R. GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit., p.3, Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 6.

²⁰⁸ Cfr. Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 6; R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 2.

comporta la punibilità anche dell'*extraneus* indotto a dare o promettere l'utilità: "nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni"²⁰⁹.

Tornando alla condotta di induzione indebita descritta nel primo comma dell'art. 319-*quater*, chi pone in essere tale condotta soggiacerà al trattamento sanzionatorio previsto dallo stesso art. 319-*quater*, salvo, però, che il fatto costituisca più grave reato, secondo quanto disposto dal primo comma, che introduce, così, una clausola di riserva; una clausola, però, la cui funzione non è di immediata evidenza e rispetto alla quale si rinvia alle osservazioni svolte dalle Sezioni Unite della Cassazione, di seguito riportate.

Per poter identificare gli elementi costitutivi propri della condotta del delitto in questione, è allora indispensabile focalizzare l'attenzione sui tratti che permettono di distinguere la stessa rispetto alle condotte, contigue, della concussione da un lato e della corruzione dall'altro.

In tale prospettiva vanno analizzati in modo particolare i concetti di "induzione" e di "abuso della qualità o dei poteri", concetti niente affatto pacifici, da cui però dipende buona parte della definizione dell'ambito applicativo, ciò che dà la sensazione di una insufficiente tipizzazione delle condotte²¹⁰.

Innanzitutto è opportuno analizzare come delimitare le fattispecie di induzione indebita, da un lato, e di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) o per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), dall'altro.

Sembra che, per operare tale distinzione, debba essere verificata la sussistenza, nel caso concreto, dell'abuso della qualità o dei poteri richiesto dall'art. 319-*quater* c.p.²¹¹. In tal caso, infatti, la volontà del privato è soggetta a pressione da parte del pubblico ufficiale²¹², mentre nel caso di una negoziazione in cui non venga in rilievo alcun abuso induttivo (con prospettazione, pertanto, di un male giusto da parte del pubblico ufficiale) e quindi vi sia stata una negoziazione su un piano di parità tra le parti, andrà applicato uno dei due delitti di corruzione²¹³. Dello stesso parere è anche la recente giurisprudenza di legittimità, che ha affermato che le attuali fattispecie di cui agli art. 317 e 319-*quater* c.p. continuano a distinguersi dalle fattispecie di corruzione, e che tale distinzione risiede proprio nella presenza, solo nei due reati di concussione e induzione indebita, del denominatore comune che è l'abuso di potere o delle qualità²¹⁴.

In particolare, nella recente pronuncia, sopra citata, delle Sezioni Unite Penali²¹⁵, la Cassazione ha sostanzialmente confermato tali approdi giurisprudenziali,

²⁰⁹ Cfr. [G. BALBI, Alcune osservazioni, cit., p. 11](#); [F. PALAZZO, Concussione, corruzione e dintorni, cit., p. 10](#); [R. GAROFOLI, Concussione e indebita induzione, cit., p. 2](#); [R. GAROFOLI, La nuova disciplina, cit., p. 6](#); Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 6.

²¹⁰ Cfr. [A. SPENA, Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p., in questa Rivista, 28 marzo 2013](#).

²¹¹ Cfr. [R. GAROFOLI, Concussione e indebita induzione, cit., p. 17](#); [R. GAROFOLI, La nuova disciplina, cit., p. 13](#).

²¹² Cfr. [A. SPENA, Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p., cit., p. 19](#).

²¹³ Cfr. [R. GAROFOLI, Concussione e indebita induzione, cit., p. 17](#); [R. GAROFOLI, La nuova disciplina, cit., p. 13](#).

²¹⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 8695, Imp. Nardi.

²¹⁵ Cass. Pen., Sez. Unite, 14 marzo 2014, n. 12228, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/12228_03_14.pdf.

sostenendo che “il reato di concussione e quello di induzione indebita si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre *l'extraneus*, comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo (...) evidenzia l'incontro assolutamente libero e consapevole delle volontà delle parti”.

Sulla scorta del medesimo principio di diritto, quindi, nella medesima pronuncia, la Suprema Corte si sofferma sulla ulteriore problematica della differenza tra il tentativo di induzione indebita e l'istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 322, commi terzo e quarto, c.p., che risiederebbe proprio nella differenza che sussiste, già sotto il profilo linguistico, fra il concetto di “induzione” e quello di “sollecitazione”: il primo concetto, infatti, presuppone, secondo la Corte, un *quid pluris* rispetto al secondo, un *quid pluris* che deve essere colto “nel carattere perentorio e ultimativo della richiesta e nella natura reiterata ed insistente della medesima”, in quanto, in tal caso, il funzionario pubblico, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, pone potenzialmente il suo interlocutore in uno stato di soggezione; la mera sollecitazione, invece, “si concretizza nella proposta di un semplice scambio di favori”, inserendosi sempre nell'ottica di instaurare un rapporto paritetico fra i soggetti coinvolti, diretto al mercimonio dei pubblici poteri.

Con riferimento, invece, al limite tra l'induzione di cui all'art. 319-*quater* e la concussione di cui all'art. 317 c.p., questo si è rivelato particolarmente ambiguo e complesso da rintracciare, come è stato dimostrato dall'emersione di contrasti interpretativi²¹⁶, fino in tempi recenti, anche in seno alla giurisprudenza di legittimità, prima dell'intervento delle Sezioni Unite.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite dava atto della emersione di tre orientamenti in seno alle sezioni semplici della Cassazione con riguardo ai criteri differenziali tra i delitti di cui agli artt. 317 e 319-*quater*, e, quindi, tra le condotte di costrizione e di induzione. Come subito evidenziato da autorevole dottrina, però, le Sezioni Unite non hanno avallato alcuno dei tre orientamenti²¹⁷, i quali evidenziano certamente aspetti condivisibili, ma non sufficienti, se isolatamente considerati, a fornire un sicuro criterio discrezionale.

Era già stato posto in luce, innanzitutto, come tanto la condotta di costrizione di cui all'art. 317 quanto quella di induzione di cui all'art. 319-*quater* siano entrambe

²¹⁶ Per una puntuale rassegna dei quali, in attesa della pronuncia sul punto delle Sezioni Unite, cfr. V. VALENTINI, *Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p. Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite*, in Arch. pen., n. 2/2013, p. 5; V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 174; F. VIGANÒ, *L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla distinzione tra concussione e induzione indebita*, in questa Rivista, 20 maggio 2013.

²¹⁷ Cfr. G. L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e “induzione indebita”: minaccia di un danno ingiusto vs. prospezione di un vantaggio indebito*, in questa Rivista, 17 marzo 2014. La Corte, dunque, non ha fatto proprio *sic et simpliciter* neppure quell'orientamento, inaugurato dalla sentenza Melfi (Cass. Pen., Sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11794), che pure era stato definito, in virtù della sua logica “compromissoria” come “il grande favorito” (cfr. V. VALENTINI, *Ancora sulla frattura*, cit., p. 11).

collegate all'abuso della qualità o dei poteri, secondo la formula rimasta anche dopo la rimodulazione dell'art. 317 e ripresa nella fattispecie di cui all'art. 319-*quater*²¹⁸.

Diventa, dunque, discriminante circoscrivere efficacemente il concetto di "induzione". Su tale locuzione, però, in passato non si era formata una interpretazione univoca, perché prima della riforma distinguere tra costrizione e induzione, in quanto modalità alternative di realizzazione della condotta di concussione descritta dal previgente art. 317, non comportava conseguenze diverse dalla semplice commisurazione della pena da applicare al pubblico ufficiale²¹⁹, trattandosi in ogni caso di condotta concussiva, e quindi andando il privato esente da pena in ogni caso. Oggi, invece, sulla distinzione in parola si fonda non solo la qualificazione della condotta del pubblico ufficiale (con le relative conseguenze in ordine all'entità della pena da applicare), ma la stessa punibilità del privato²²⁰, nel primo caso considerato come "vittima", persona offesa dal reato e come tale esente da pena (art. 317), e nel secondo caso considerato soggetto penalmente responsabile (art. 319-*quater*, secondo comma).

Ed allora, nella sua ultima pronuncia a Sezioni Unite, la Corte si è preoccupata, in primo luogo, di evidenziare non solo le potenzialità, ma anche i limiti degli orientamenti giurisprudenziali sorti sulla questione. Il primo orientamento, inaugurato dalla sentenza Nardi²²¹, recuperando gli approdi cui era pervenuta la giurisprudenza di legittimità precedente alla riforma²²², riteneva che i due delitti citati fossero l'effetto di una mera operazione di "sdoppiamento" dell'unica figura di concussione disciplinata dal previgente art. 317 c.p. e riproponeva come criterio distintivo tra le due fattispecie quello dell'intensità della pressione prevaricatrice, coniugata ai conseguenti effetti spiegati sulla psiche del destinatario²²³.

L'indirizzo è stato criticato in dottrina²²⁴, in particolare in quanto "finisce per individuare nella sola mancata resistenza alla indebita pretesa il disvalore stigmatizzato dal legislatore del 2012 con la prevista punibilità del privato *ex art. 319-*quater*, co. 2, c.p.*"²²⁵. Ed in effetti, chi, in dottrina, segue tale orientamento giurisprudenziale, afferma che "la minaccia penale potrebbe incentivare una resistenza attiva contro l'induzione, e appunto questo la nuova norma si prefigge"²²⁶, così da

²¹⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 9.

²¹⁹ Cfr. R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 4.

²²⁰ Cfr. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p.*, cit., p. 14; G. BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 11.

²²¹ Cass. Pen., Sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 8695, Imp. Nardi. L'orientamento è stato, poi, ripreso in numerose pronunce successive della Sesta Sezione, tra le quali Cass. Pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 12388, Imp. Sarno; Cass. Pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 12373, Imp. Mariotti; Cass. Pen., Sez. VI, 8 aprile 2013, n. 16154, Imp. Pierri.

²²² Cfr. R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 4, ove si nota come, prima dalla riforma, venissero considerati determinanti, ai fini della distinzione in esame, la modalità della condotta posta in essere dall'agente pubblico e il conseguente grado di coartazione morale determinato nel privato.

²²³ Cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 174; R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 5; G. L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio*, cit., p. 2; V. VALENTINI, *Ancora sulla frattura*, cit., p. 6.

²²⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *La Cassazione torna sulla distinzione tra concussione e induzione indebita, in questa Rivista*, 28 febbraio 2013; R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 5.

²²⁵ Cfr. R. GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 6.

²²⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 10.

spezzare "la catena di più o meno interessati adeguamenti e connivenze dei privati rispetto a prassi devianti dei titolari dei pubblici uffici"²²⁷.

Così, in maniera che viene definita "aberrante", la *ratio* della punibilità del soggetto che subisce l'induzione verrebbe individuata "nella violazione, da parte sua, di un asserito «dovere di non collaborazione» col proprio 'carnefice', di un dovere di «resistenza attiva contro l'induzione»: insomma, di un paradossale «dovere di non piegarsi all'abuso» che finisce per rendere il cittadino, e non la stessa P.A., garante della imparzialità e del corretto funzionamento di questa"²²⁸.

Per impostare la soluzione del problema in maniera corretta e comprendere cosa giustifica il diverso trattamento del privato a seconda che questi venga "costretto" o "indotto", occorre, invece, "assumere un punto di vista normativo (...) e stabilire se sia dal privato *esigibile* che questi si decida a resistere alle pressioni del concussore, anche a costo di sopportarne le conseguenze"²²⁹.

Secondo una differente prospettiva giurisprudenziale, emersa in diverse pronunce della Sesta Sezione della Cassazione all'indomani della riforma²³⁰, la Corte ha negato che la distinzione tra le due ipotesi delittuose dipenda dall'intensità della pressione psicologica esercitata, ritenendo invece decisiva la qualificazione in termini di "giustizia" o "ingiustizia" del danno prospettato dal pubblico ufficiale al privato²³¹.

Infatti, la Suprema Corte ha affermato che "il termine «costringe» dell'articolo 317 del c.p. modificato dalla legge 190/2012 significa qualunque violenza morale attuata con abuso di qualità o di poteri, che si risolva in una minaccia, esplicita o implicita, di un male ingiusto recante lesione non patrimoniale o patrimoniale, costituita da danno emergente o da lucro cessante. Rientra invece, nell'induzione ai sensi del successivo articolo 319-*quater* la condotta del pubblico ufficiale che prospetti conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge per ottenere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità. In questo caso è punibile anche il soggetto indotto che mira a un risultato illegittimo a lui favorevole"²³².

²²⁷ Cfr. [E. DOLCINI, F. VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere, cit., p. 244.](#)

²²⁸ Cfr. [A. SPENA, Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p., cit., p. 16.](#)

²²⁹ Cfr. [A. SPENA, Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p., cit., p. 16.](#)

²³⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 3251, Imp. Roscia; Cass. Pen., Sez. VI, 15 febbraio 2013, n. 7495, Imp. Gori.

²³¹ Cfr. [F. VIGANÒ Francesco, Concussione e induzione indebita: il discrimine sta nell'ingiustizia del male prospettato al privato, in questa Rivista, 4 marzo 2013; G. L. GATTA, Dalle Sezioni Unite il criterio, cit., p. 2; V. MONGILLO, L'incerta frontiera, cit., p. 189; V. VALENTINI, Ancora sulla frattura, cit., p. 6.](#)

²³² Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 3251, Imp. Roscia. In tale prospettiva, è stato osservato come la linea di demarcazione tra i due delitti sia tracciata in considerazione del tipo di abuso delle qualità o dei poteri concretamente esercitato nel caso di specie, cioè l'abuso costringitivo o l'abuso induttivo (Cfr. [A. SPENA, Per una critica dell'art. 319-*quater* c.p., cit., p. 19](#)). Pertanto, compie il delitto di cui all'art. 317 il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o della sue funzioni, impiega violenza o minaccia per ricevere indebitamente un'utilità (Cfr. [R. Garofoli, Concussione e indebita induzione, cit., p. 7](#)): e il termine "minaccia" nella sintassi del codice indica univocamente la prospettazione di un male ingiusto (Cfr. A. Cisterna, *Nella nuova figura prevista dal legislatore disposta anche la punizione del privato*, in *Guida dir.*, n.7/2013, p. 61). Invece, compie il delitto di cui all'art. 319-*quater* chi, per ricevere indebitamente l'utilità, prospetta una qualsiasi conseguenza dannosa che non sia tuttavia contraria alla legge: in tale ipotesi non può

Quindi, come è stato sottolineato in dottrina, la Corte ha individuato un elemento di discriminazione dotato di un più soddisfacente grado di certezza nel vantaggio che il privato consegue per effetto dell'azione del pubblico ufficiale²³³: infatti, nell'ipotesi di cui all'art. 319-*quater*, la punibilità del privato indotto si giustifica perché egli "di fatto mira ad un *risultato illecito a lui favorevole*"²³⁴.

Anche in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo art. 319-*quater*, del resto, può trovarsi una conferma della condivisibilità dell'orientamento decritto: dato che la previsione dell'art. 27 Cost. richiede che si possa punire un soggetto solo per una condotta riprovevole, e tale non può considerarsi, come già accennato, la mancata resistenza alla pressione esercitata dal pubblico agente, ne segue che il vero contenuto di disvalore della condotta incriminata dal secondo comma dell'art. 319-*quater* risiede nel fatto che l'*extraneus* approfitta dell'abuso induttivo del pubblico agente per perseguire un vantaggio ingiusto²³⁵.

Altra parte della dottrina, però, ha evidenziato anche i limiti di tale secondo paradigma interpretativo²³⁶; Mongillo, in particolare, ha rintracciato il suo *punctum dolens* "nella definizione di induzione, la cui *extensio* appare troppo angusta", ciò che nei casi più ambigui, quelli posti sulla linea di confine tra concussione ed induzione può fare emergere incrinature e lacune²³⁷. L'Autore, infatti, rileva come, con l'utilizzo di tale criterio distintivo, si corre il pericolo che la giurisprudenza sia costretta ad avallare applicazioni forzatamente estensive dell'art. 317 c.p., allo scopo di assicurare che l'ambito di operatività assegnato agli artt. 317 e 319-*quater* c.p. corrisponda all'area del previgente art. 317 c.p. e, quindi, per evitare che in tali casi ambigui possa giungersi alla declaratoria di irrilevanza penale del fatto. Ciò, però, al costo di riservare "in taluni casi un trattamento ingiustamente deteriore al p.a., in violazione dei limiti tassativi della fattispecie costringitiva, e per converso eccessivamente benevolo al privato, lasciandolo immune da pena"²³⁸.

Un terzo orientamento, poi, è stato inaugurato dalla sentenza Melfi²³⁹; le Sezioni Unite, nella recente pronuncia sopra citata, hanno definito tale indirizzo "intermedio",

parlarsi di minaccia perché il danno non sarebbe inferto *contra ius* e quindi mancherebbe la costrizione, anche se può dirsi raggiunto il risultato di indurre il soggetto alla consegna o alla promessa indebita (Cfr. [R. GAROFOLI, Concussione e indebita induzione, cit., p. 7](#)).

²³³ Cfr. A. CISTERNA, *Nella nuova figura*, cit., p. 61.

²³⁴ Cfr. [R. GAROFOLI, Concussione e indebita induzione, cit., p. 7](#).

²³⁵ Cfr. [R. GAROFOLI, Concussione e indebita induzione, cit., p. 9](#).

²³⁶ Cfr. V. VALENTINI, *Ancora sulla frattura*, cit., p. 9; [V. MONGILLO, L'incerta frontiera, cit., p. 193](#).

²³⁷ Cfr. [V. MONGILLO, L'incerta frontiera, cit., p. 193](#).

²³⁸ Cfr. [V. MONGILLO, L'incerta frontiera, cit., p. 194](#); l'Autore non manca di evidenziare, altresì, come tale preoccupazione abbia trovato qualche riscontro anche nei primi arresti giurisprudenziali, come nel caso preso in esame dalla sentenza Caboni (Cass. Pen., Sez. VI, 12 aprile 2013, n. 16566), ove si è affermata l'esistenza di una condotta coercitiva ricorrendo alla formula retorica della "prospettazione implicita di un generico danno": tale pronuncia, quindi, sostiene l'Autore, "sembra rafforzare l'impressione secondo cui l'assegnazione di uno spazio troppo ristretto all'induzione possa far precipitare il p.u. nel vortice dell'art. 317 c.p. ogni qual volta la dazione indebita non appaia motivata dalla volontà di evitare un atto doveroso o, comunque, di ottenere uno *specifico* vantaggio".

²³⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11794.

posto che individua sostanzialmente il criterio discrezionale tra le fattispecie di concussione e quella di induzione indebita “nel diverso effetto che la pressione del soggetto pubblico spiega sul soggetto privato, con la precisazione che, per le situazioni dubbie, deve farsi leva, in funzione complementare, anche sul criterio del vantaggio indebito perseguito dal secondo”²⁴⁰.

Secondo tale ottica interpretativa, quindi, come già era stato evidenziato dalla dottrina²⁴¹, si adotta una logica compromissoria in virtù della quale “la Corte mutua dal primo indirizzo (...) il parametro discrezionale di base, cioè l’intensità della pressione ed il grado di autodeterminazione lasciata al privato, salvo però specificarlo attraverso il più tassativo criterio del vantaggio indebito”²⁴². Ciò consente, quindi, di scongiurare i rischi inevitabilmente connessi all’utilizzo esclusivo di criteri puramente formali, specie nei casi più problematici, rispetto ai quali non è agevole determinare il grado di condizionamento della libertà morale del privato solo guardando alle modalità espressive della pressione esercitata dal soggetto pubblico.

Nella pronuncia da ultimo resa dalle Sezioni Unite, però, come sopra accennato, non viene avallato alcuno degli orientamenti predetti, procedendosi, invece, ad una interpretazione dei rapporti sistematici fra i delitti in esame che muove da una basilare premessa²⁴³: la *ratio* della riforma, che deve guidare l’interprete nel compito di individuare i criteri distintivi tra la concussione e l’induzione indebita, sta nell’esigenza di “chiudere ogni possibile spazio d’impunità al privato che, non costretto ma semplicemente indotto da quanto prospettato dal pubblico funzionario disonesto, effettui una dazione o una promessa indebita”²⁴⁴.

Dopo aver constatato che entrambe le condotte richiamate, ossia tanto quella di induzione che quella di costrizione, sono accomunate da una medesima modalità di realizzazione, e cioè dall’abuso della qualità o dei poteri dell’agente pubblico (abuso che si concreta nella strumentalizzazione da parte del soggetto pubblico, a seconda dei casi, di una qualità effettivamente sussistente o delle attribuzioni ad esse inerenti, per il perseguimento di un fine immediatamente illecito), le Sezioni Unite si concentrano sull’individuazione degli elementi differenziali tra le due condotte, mosse dall’intento di rintracciare una linea di confine tra le stesse chiara ed esaustiva.

Ad orientare l’operazione ermeneutica in questione, come sopra accennato, la Corte pone la circostanza, ritenuta la più innovativa del nuovo assetto normativo, che mentre nel caso della concussione il soggetto privato continua a rivestire il ruolo di “vittima”, nella induzione indebita egli riveste il ruolo di “concorrente” nel delitto, ed è, pertanto, ritenuto meritevole di sanzione penale, cosicché anche i beni giuridici tutelati dalle due norme non sono più sovrapponibili: mentre, infatti, il primo delitto

²⁴⁰ Cfr. in termini Cass. Pen., Sezioni Unite, 14 marzo 2014, n. 12228 in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/12228_03_14.pdf.

²⁴¹ Cfr. V. VALENTINI, *Ancora sulla frattura*, cit., p. 12; V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 201.

²⁴² Cfr. V. MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 200.

²⁴³ Come è stato bene evidenziato da G. L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio*, cit., p. 3.

²⁴⁴ Cass. Pen., Sez. Unite, 14 marzo 2014, n. 12228, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/12228_03_14.pdf.

ha certamente natura plurioffensiva, in quanto l'art. 317 c.p. tutela l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche la libertà di autodeterminazione e al patrimonio del privato, invece l'induzione indebita è ritenuto un delitto monoffensivo, perché l'art. 319-*quater* c.p. tutela solo l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione.

Innanzitutto la Corte chiarisce che, per ciò che concerne la concussione, "la costrizione va intesa come costrizione psichica relativa (*vis compulsiva*), in quanto, mediante la condotta abusiva, si pone la vittima di fronte all'alternativa secca di aderire all'indebita richiesta oppure di subire le conseguenze negative di un suo rifiuto, restringendo così notevolmente, senza tuttavia annullarlo, il potere di autodeterminazione del soggetto privato": si tratterebbe, quindi, in sostanza, non tanto di costrizione in quanto tale²⁴⁵, bensì di abuso coattivo, con il quale si fa riferimento alla violenza (sempre intesa nel senso di *vis compulsiva* e non, invece, *absoluta*) o, più frequentemente, di minaccia.

L'autore della minaccia rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di concussione, dunque, è colui il quale prospetta alla vittima un'alternativa secca tra il sottomettersi alla volontà del minacciante o subire il male indicato, il che realizza la coercizione. Il male prospettato è sempre un male ingiusto, ossia *contra ius* e lesivo di interessi della vittima. Non sarebbero decisive, invece, perché possa dirsi integrato l'abuso coattivo, modalità espressive particolarmente esplicite della condotta del concussore: precisa la Corte, infatti, come "la minaccia non necessariamente deve concretizzarsi in espressioni esplicite e brutali, ma potrà essere anche implicita, velata, allusiva, più blanda ed assumere finanche la forma del consiglio, dell'esortazione, della metafora, purché tali comportamenti evidenzino, in modo chiaro, una carica intimidatoria analoga alla minaccia esplicita". Ciò che, piuttosto, i giudici dovranno attentamente valutare è che rimanga "estranea alla sfera psichica e alla spinta motivante dell'*extraneus* qualsiasi scopo determinante di vantaggio indebito, considerato che, in caso contrario, il predetto non può essere ritenuto vittima agli effetti dell'art. 317 c.p., perché finisce per perseguire un proprio tornaconto, divenendo co-protagonista della vicenda illecita".

Pertanto, anti giuridicità del danno prospettato dal pubblico ufficiale ed assenza di un movente opportunistico per il privato costituiscono i parametri che denunciano lo "stato di costrizione" ex art. 317 c.p.

²⁴⁵ Tali chiarimenti della Suprema Corte devono portare a ritenere infondate le ricostruzioni sul punto di quegli Autori i quali hanno ritenuto integrata la concussione disciplinata dal nuovo art. 317 c.p. in presenza di una condotta coattiva da parte del pubblico ufficiale che si concretasse in una coercizione assoluta, tale da non lasciare margini alla libertà di autodeterminazione del privato, o, per dirla con altri termini, una coazione psichica assoluta, da contrapporre ad una coazione psichica relativa, come andrebbe invece intesa la fattispecie di induzione indebita, rispetto alla quale varrebbe invece il brocardo *etiam coactus tamen voluit*. Le Sezioni Unite, nella pronuncia citata, hanno invece chiarito che, anche per potersi ritenere integrato il delitto di concussione, deve trattarsi, comunque, sempre di *vis compulsiva* e non *absoluta* da parte del soggetto pubblico, in conseguenza della cui condotta il potere di autodeterminazione del privato non viene annullato del tutto, bensì soltanto ristretto.

Quanto al delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p., invece, le Sezioni Unite hanno chiarito che "il verbo «indurre» spiega una funzione di selettività residuale rispetto al verbo «costringere» presente nell'art. 317, nel senso che copre quegli spazi non riferibili alla costrizione" e "ciò trova riscontro nella clausola di riserva contenuta nell'art. 319-*quater*, comma 1, c.p. ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"). Come invero già aveva rilevato l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione²⁴⁶, secondo il quale non era chiaro quali potessero essere tali più gravi reati realizzabili dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio attraverso una condotta di indebita induzione, anche le Sezioni Unite riconoscono la non agevole intellegibilità di tale clausola.

La presenza di tale clausola sembrerebbe, infatti, *ictu oculi*, legittimare un'interpretazione del concetto di induzione che non si contrappone a quello di costrizione, ma che fa della nozione di induzione una nozione di carattere generale adatta a ricomprendere anche la costrizione assoluta; la funzione della clausola di riserva parrebbe, così, quella di ricondurre tali ultime condotte esclusivamente all'art. 317, sottraendole dall'alveo dell'art. 319-*quater*, che pure concettualmente le ricomprenderebbe. Le Sezioni Unite, invece, chiariscono oggi che la funzione di tale clausola di progressività non può che essere quella di fare riferimento al reato di concussione (per il pubblico ufficiale, s'intende, mentre per l'incaricato di pubblico servizio si tratterà, eventualmente, di estorsione aggravata) e la tecnica legislativa approssimata dipenderebbe semplicemente dal fatto che il legislatore sembra essere stato ancora condizionato dalla polivalenza semantica della "induzione" intesa genericamente, la quale ricomprende, impropriamente, sia condotte che determinano una costrizione sia condotte che non hanno tale effetto.

Il criterio discrezionale tra concussione ed indebita induzione, insomma, secondo la citata pronuncia, "deve essere ricercato nella dicotomia minaccia-non minaccia, che è l'altro lato della medaglia rispetto alla dicotomia costrizione-induzione, evincibile dal dato normativo". Pertanto, con riferimento alle modalità della condotta induttiva, queste "non possono che concretizzarsi nella persuasione, nella suggestione, nell'allusione, nel silenzio, nell'inganno (sempre che quest'ultimo non verta sulla doverosità della dazione o della promessa; diversamente si configurerebbe il reato di truffa), purché tali atteggiamenti non si risolvano nella minaccia implicita, da parte del pubblico agente, di un danno anti-giuridico, senza alcun vantaggio indebito per l'*extraneus*". Quindi, conclude la Corte, "è proprio il vantaggio indebito che, al pari della minaccia tipizzante la concussione, assurge al rango di «criterio di essenza» della fattispecie induttiva, il che giustifica la punibilità dell'indotto".

Insomma, dall'indotto, diversamente che dalla vittima di concussione, è esigibile una resistenza rispetto alla pressione induttiva del pubblico agente, cosicché può essere raggiunto l'obiettivo primario della norma, che è quello di disincentivare lo sfruttamento opportunistico di una condotta abusiva di un pubblico agente, mandando

²⁴⁶ Cfr. Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre 2012, cit., p. 10.

un messaggio chiaro, certamente positivo in un'ottica di prevenzione generale: pagare pubblici funzionari, salvo il caso di vera e propria costrizione scriminante, è un illecito.

Nei casi ambigui, poi (quelli che la Corte colloca nella "zona grigia" dell'abuso di qualità senza alcun riferimento ad uno specifico atto, della prospettazione di un male indeterminato, della situazione "mista" della minaccia-offerta, dell'esercizio del potere discrezionale e del bilanciamento tra beni giuridici di rango particolarmente elevato coinvolti nel conflitto decisionale), si chiarisce, in un'ottica particolarmente attenta e pragmatica, che i criteri di valutazione del danno antigiuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono la concussione e l'induzione indebita, devono essere utilizzati in una prospettiva dinamica all'interno della vicenda concreta, dovendosi valutare complessivamente il fatto in modo approfondito ed equilibrato, individuando quali siano stati i dati più qualificanti, indagando, cioè, sulle spinte motivanti che hanno sorretto in modo più significativo le condotte dei soggetti coinvolti.

Con riferimento ai profili di diritto intertemporale, infine, la Corte precisa come sussista una "totale continuità normativa tra presente e passato con riguardo alla posizione del soggetto qualificato, chiamato a rispondere di fatti già riconducibili (...) nel paradigma del previgente art. 317 c.p."

In particolare, con riguardo alla concussione per costrizione di cui al novellato art. 317 c.p., i fatti pregressi di abuso costringitivo commessi dal pubblico ufficiale continuano a dover essere puniti, dovendosi applicare il trattamento sanzionatorio previgente, più favorevole; viene altresì precisato che, ovviamente, la condotta resta punibile anche qualora l'abuso costringitivo sia posto in essere da un incaricato di pubblico servizio, non configurandosi neanche in tal caso una vera e propria *abolitio criminis*; egli, però, non verrà più punito in qualità di concussore, ponendosi piuttosto la sua condotta, oggi, in continuità normativa, sotto il profilo strutturale, con altre fattispecie incriminatrici di diritto comune, quali, a seconda dei casi concreti, l'estorsione (art. 629 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), la violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), con l'aggravante di cui all'art. 61, comma primo, c.p.

Ed infine, ad avviso delle Sezioni Unite, sussiste continuità normativa, quanto alla posizione del pubblico agente, tra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 c.p. e il nuovo delitto di induzione indebita, "considerato che la pur prevista punibilità, in quest'ultimo, del soggetto indotto non ha mutato la struttura dell'abuso induttivo, ferma restando, per i fatti pregressi, l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma".

8.2. La differenza fra cohecho e exacción illegal

Come si avrà avuto modo di notare trattando dei criteri che, nell'ordinamento italiano, permettono di distinguere le fattispecie di concussione, corruzione e oggi anche induzione indebita, "non è detto che un sistema che non preveda un'apposita incriminazione della concussione, e nel quale, per assunto, non emergano problemi analoghi a quelli che da noi si incontrano nella *distinzione fra corruzione e concussione*, sia

necessariamente *migliore* di uno in cui invece tali problemi sorgono"²⁴⁷: al contrario, proprio la presenza del delitto di concussione (delitto presente con tale denominazione, ad esempio, anche nell'ordinamento brasiliano, portoghese e francese, ma non invece nella gran parte delle esperienze penalistiche europee²⁴⁸) e la necessità di distinguerlo dal delitto di corruzione, hanno portato un contributo prezioso nel pensiero penalistico italiano "in termini di perfezionamento dei concetti e di incremento della sensibilità rispetto a principi politico-criminali fondamentali, quali quelli (...) di *giusta distribuzione delle responsabilità* e di *equo proporzionamento del rapporto tra fatto e risposta sanzionatoria*"²⁴⁹.

Tale perfezionamento concettuale e tale sensibilità, come denuncia in particolare Valeije Alvarez²⁵⁰, mancano invece in Spagna, proprio a causa della mancanza di un delitto di *concusión* dotato di un ruolo centrale nel sistema dei delitti dei funzionari pubblici.

Mancando una figura specifica denominata *concusión*, l'unica figura che nella legislazione spagnola può somigliarle, seguitando nell'approccio comparativo adottato, è quella di *exacciones ilegales*, oggi prevista dall'art. 437 c.p.; tale norma incrimina il fatto dell'*autoridad* o del *funcionario público* "*que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada*".

I risvolti pratici di un'inadeguata e poco approfondita riflessione dottrinale e giurisprudenziale in merito, che invece si può apprezzare nell'esperienza penale italiana, sono considerevoli: infatti, tale fattore, insieme ad una interpretazione restrittiva del delitto di *exacción ilegal* operata dalla giurisprudenza, hanno determinato una confusione considerevole tra *cohecho* e *exacción ilegal*.

In particolare, come conseguenza di tale confusione concettuale, quelle condotte che nel diritto italiano sono punite a titolo di *concusión*, raramente sono sanzionate ricorrendo alla norma sulle *exacciones ilegales*, facendosi rientrare quasi sempre nelle fattispecie del *cohecho* o della *estafa*²⁵¹. Si era infatti diffusa, in dottrina e in giurisprudenza²⁵², una particolare interpretazione del previgente art. 402 c.p. (oggi la norma in questione è contenuta invece nell'art. 437), secondo cui soggetto attivo del delitto di *exacción ilegal* non era ogni pubblico funzionario, ma solo quello che riceva in tutto o in parte i suoi emolumenti in forma di diritti legalmente stabiliti, e per ciò mentre nel caso dei delitti di *estafa* e *cohecho* "*el funcionario no tiene derecho a percibir cantidad alguna*", nel delitto in esame "*la antijuridicidad está en el «quantum» o exceso sobre lo que el funcionario puede legalmente recibir por razón de su cargo*"²⁵³.

²⁴⁷ Cfr. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, cit., p. 9.

²⁴⁸ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)*, in *Revista General de Derecho*, 1994, p. 6524; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 424.

²⁴⁹ Cfr. A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p.*, cit., p. 9; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 424.

²⁵⁰ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *Aspectos problemáticos*, cit., p. 6524.

²⁵¹ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *Aspectos problemáticos*, cit., p. 6535.

²⁵² Cfr. STS 592/1986, del 12 febbraio; STS 3536/1960, del 5 novembre.

²⁵³ Cfr. J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 180.

Si doveva concludere, pertanto, che tutte quelle esazioni di denaro effettuate da parte del funzionario con carenza assoluta di base giuridica, dovessero ricadere necessariamente nell'ambito della corruzione o della truffa, risultando altrimenti atipiche per il diritto positivo e quindi penalmente lecite. Una possibilità, quest'ultima, che destava particolare preoccupazione prima della riforma, perché la norma relativa al *cohecho pasivo* si limitava ad incriminare la accettazione di utilità per il compimento di atti nell'esercizio della funzione, ma non sanzionava in alcun modo il fatto di esigerle o sollecitarle: oggi, in realtà, data la incriminazione della mera sollecitazione, nulla osta a che anche quelle condotte monolaterali di sollecitazione siano tipiche rispetto ad uno dei delitti di *cohecho*, e per ciò, pur restando importante una corretta distinzione tra le fattispecie, sembrano potersi ridimensionare le preoccupazioni legate all'impunità di simili fatti.

A ogni modo, è condivisibile l'opinione di chi critica l'interpretazione restrittiva tradizionale del delitto di *exacción illegal*, basandosi innanzitutto sul dato letterale della disposizione: questa, infatti, in primo luogo, non permette di circoscrivere nel modo che si è detto l'area dei soggetti attivi, incriminando chiaramente il fatto di esigere tanto somme "*que no sen debidas*" quanto somme "*en quantía mayor a la legalmente señalada*". Ed inoltre si fa notare come si possa avere *cohecho* (e non *exacción illegal*) tanto quando il funzionario sollecita o riceve una somma non dovuta, quanto quando la somma in questione è dovuta ma in misura inferiore a quella sollecitata o ricevuta: perciò pare potersi condividere la conclusione secondo cui "*no es el exceso en la percepción lo que diferencia el cohecho de la exacción illegal sino la finalidad por la que se pide. En el cohecho es en atención a un acto del cargo (...). Por contra, en la exacción illegal, nada se dice sobre cual es la finalidad o la motivación que asiste al funcionario*".

Cioè, nell'ambito della *concusión*, il funzionario sollecita un'indebita utilità "*amparándose en la preeminente posición que le confiere el cargo*", di modo che la *dádiva* è poi consegnata o promessa per il timore delle conseguenze pregiudizievoli che possono derivare da un eventuale rifiuto, il che rende sempre il *particular* una vittima del funzionario²⁵⁴.

A differenza che nel sistema penale italiano, ad ogni modo, non sembra rinvenirsi in quello spagnolo un delitto autonomo che occupi nel *código penal* spagnolo lo stesso ruolo che l'articolo 319-*quater* occupa nel codice penale italiano, che costituisca, cioè, una fattispecie "intermedia" fra i delitti di *cohecho* e l'*exacción illegal*; non sembra, infatti, che il codice penale spagnolo consideri autonomamente rilevanti, in sede penale, le condotte tanto del pubblico agente che del privato i quali pervengano ad uno scambio indebito di utilità, o ad una mera promessa ed accettazione della stessa, nel caso specifico in cui questo avvenga non su di un piano di piena *par condicio contractualis*, bensì in conseguenza di un abuso del pubblico funzionario, che, però, non giunga ad integrare una vera e propria *exacción illegal*, ciò che renderebbe il *particular*, come detto, sempre una vittima del funzionario.

²⁵⁴ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *Aspectos problematicos*, cit., p. 6536 ss..

Pertanto, il privato, che accede all'iniziativa di un pubblico funzionario, può essere punito solo in qualità di corruttore, laddove la *solicitud* si atteggi quale mera manifestazione di volontà a ricevere una dazione o una promessa indebita, ovvero andare esente da pena, in quanto vittima di una *exacción ilegal*, quando la sollecitazione del funzionario sia effettuata "*amparándose en la preeminente posición que le confiere el cargo*"²⁵⁵: *tertium non datur*.

Ed invero, come ricordato nel paragrafo 7, trattando del *cohecho pasivo propio*, l'art. 419 c.p., dispone che commette il delitto in questione "*la autoridad o funcionario público que (...) recibir o solicitar (...) dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptar ofrecimiento o promesa (...)*": la condotta tipica può consistere, quindi, non solo nel semplice *recibir*, ma anche, per ciò che qui interessa, nel *solicitar* una *dádiva, favor o retribución*, oltre che nella *aceptación del ofrecimiento o promesa*²⁵⁶.

Con riguardo proprio alla condotta che consiste nel *solicitar*, la dottrina spagnola ha ritenuto come questa faccia semplicemente riferimento alla condotta del funzionario che manifesta (espressamente o tacitamente) ad un terzo la sua disponibilità a ricevere una dazione per la realizzazione dell'atto contrario ai doveri dell'ufficio²⁵⁷. Tale condotta, cioè, sembra più assimilabile alla condotta di sollecitazione che nel nostro ordinamento integra una istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 322, commi terzo e quarto, c.p., ove la sollecitazione non sia accolta, o alla corruzione di cui agli artt. 318 ss., ove invece il privato l'abbia accolta, giungendosi così alla consumazione del patto illecito, e non può essere, invece, estensivamente interpretata, fino al punto di ritenerla comprensiva di quella condotta di induzione che, nel sistema penale italiano, integra il delitto di cui all'art. 319-*quater*, che punisce sia il soggetto pubblico che l'*extraneus*.

Non sembra, insomma, che il *solicitar* di cui all'art. 419 c.p. sia qualcosa di diverso dalla condotta di sollecitazione che, secondo la recente lettura interpretativa fornita al riguardo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana (per la quale vedasi quanto già osservato nel paragrafo 8.1), "si concretizza nella proposta di un semplice scambio di favori", inserendosi sempre nell'ottica di instaurare un rapporto paritetico fra i soggetti coinvolti, diretto al mercimonio dei pubblici poteri; tale condotta, come ricordato dalla Corte, si distingue dalla "induzione" intesa in senso tecnico-giuridico, che configura il delitto italiano di indebita induzione, posto che quest'ultima presuppone un *quid pluris* da rintracciare "nel carattere perentorio e ultimativo della richiesta e nella natura reiterata ed insistente della medesima": ciò fa sì, invece, che il funzionario pubblico ponga il privato in uno stato di soggezione, quindi si esclude che in tal caso l'accordo raggiunto si ponga su un piano di piena parità.

²⁵⁵ Cfr. I. VALEIJE ALVAREZ, *Aspectos problematicos*, cit., p. 6536 ss..

²⁵⁶ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 722; M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 1021.

²⁵⁷ Cfr. M. GOMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al código penal*, cit., p. 1580; F. MORALES PRATS, M. J. RODRIGEZ PUERTA, *Comento a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V*, cit., p. 1674.

Parte della dottrina spagnola, però, non accedendo ad una simile interpretazione restrittiva della nozione di sollecitazione, ha lamentato, in un'ottica di politica criminale, l'ingiustizia potenzialmente insita nell'equiparazione della pena del privato a quella del funzionario, particolarmente in quelle circostanze in cui, proveniendo l'iniziativa per il raggiungimento del *pactum sceleris* da parte del funzionario, il *particular* si trovi in un particolare stato di *debilidad*, derivante dal timore che, laddove non dovesse accedere alla iniziativa del pubblico funzionario, questi possa arrecargli un danno²⁵⁸.

È, però, da notare che altri Autori spagnoli sono intervenuti nel ribadire la necessità di una interpretazione restrittiva della nozione di sollecitazione nella fattispecie di *cohecho activo*, ritenendo che alla base delle contrarie affermazioni risieda proprio la tradizionale confusione tra il delitto di *cohecho* e la *conculsión* e specificando che “*la solicitud del funcionario no debe tener ninguna connotación de coacción o amenaza para el particular, ya que, consecuentemente con el concepto de cohecho manejado, toda presión psicológica del funcionario sobre el particular para que acepte su petición rompería la relación de perfecta igualdad – entre funcionario y particular – que caracteriza el acuerdo ilícito, típico del delito de cohecho*”²⁵⁹. Si è anche avvertito, nel medesimo senso, che “*la solicitud del funcionario debe ser interpretada en los casos de duda con gran prudencia y sentido restrictivo porque, dada la privilegiada posición del funcionario, esta solicitud fácilmente se convierte en una extorsión frente a la que se encuentra indefenso el particular*”²⁶⁰.

Si può ritenere, insomma, che tale conclusione sia quella che maggiormente aderente al disposto dal paragrafo 2 dell'art. 424 c.p. spagnolo, che disciplina il *cohecho activo*, a mente del quale “*cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan*”.

A differenza, cioè, ci quanto accade nell'ordinamento penale italiano, che contempla oltre alle ipotesi di corruzione, anche, all'art. 319-*quater* c.p., il delitto della induzione indebita, per il quale si punisce sì anche il privato, ma comminando una pena inferiore a quella prevista per il soggetto pubblico induttore, in virtù dell'abuso induttivo da questi realizzato, invece il codice spagnolo non prevede una simile fattispecie intermedia con la conseguente gradazione della pena per il privato.

²⁵⁸ Cfr. C. MIR PUIG, *El delito de cohecho en la reforma del Código Penal*, in *Diario La Ley*, n. 7603, Sección Doctrina, 4 aprile 2011, anno XXXII, il quale ha evidenziato come “*al particular se le imponen las mismas penas que las previstas para los funcionarios (...) también (...) en el caso de que atienda la solicitud de éste entregando la dádiva o retribución –a diferencia del anterior art. 423.2 que en tal caso preveía la imposición de la pena inferior en grado a las previstas para los funcionarios (penas de prisión y multa) y a diferencia del Anteproyecto de 2008–, lo cual es discutible, pues, por razones de política criminal, parece que debería ser menor la pena del particular que atiende a la solicitud del funcionario sin haberla inducido –la falta de probidad del funcionario es preexistente– por la debilidad del particular frente al funcionario público, dado que puede temer que el funcionario le perjudique de no acceder a su solicitud, posibilitando un mayor descubrimiento de la corrupción funcional siempre difícil de probar*”.

²⁵⁹ Cfr. I. VALEJE ALVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 102.

²⁶⁰ Cfr. J.M RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1126.

Per quest'ultimo si pone, come detto, solo l'alternativa predetta tra impunità (quale vittima di *exacción ilegal*) e punizione a parità di pena con il corrotto (quale vero e proprio corruttore) ed i casi in cui la sollecitazione del funzionario sia effettuata abusando della sua posizione di preminenza, di modo che la *dádiva* è poi consegnata o promessa per il timore delle conseguenze pregiudizievoli che possono derivare da un eventuale rifiuto, rientrano sicuramente nell'ambito della *exacción ilegal*, non potendo giungersi invece, senza effetti irragionevoli e contrari al principio di colpevolezza, ad una riconduzione della vicenda nell'alveo del *cohecho*, estensivamente interpretato. Senza un'interpretazione restrittiva della nozione di *solicitud*, in conclusione, si entrerebbe in un insolubile contrasto con la stessa *ratio* della norma sul *cohecho activo*, la quale, sull'ovvio presupposto che la stessa natura del delitto in esame presuppone una posizione di parità tra i due protagonisti della vicenda corruttiva, si preoccupa, conseguentemente, di precisare come, anche nei casi in cui il *particular* si sia determinato alla indebita dazione o promessa accogliendo la *solicitud* del funzionario, questi non vada punito con una pena ridotta rispetto a quella comminata al funzionario autore della sollecitazione, bensì "*se le impondrán las mismas penas (...) que a ellos les correspondan*".

9. Conclusioni

Si è cercato fin qui di condurre un'analisi delle discipline dei delitti di corruzione negli ordinamenti italiano e spagnolo, mettendone in rilievo i punti di forza e i punti critici e riflettendo su alcune questioni che in un'ottica comparatistica si sono rivelate più ricche di spunti.

In particolare, fra gli altri obiettivi, ci si era proposto quello di valutare l'esistenza e, in caso positivo, l'efficacia di una seria lotta contro la barriera pericolosa dell'interesse al silenzio, che lega in uno stretto vincolo di segretezza i protagonisti degli accordi corruttivi e, formando un insormontabile ostacolo rispetto ad una efficace attività di indagine, che pure viene svolta dalla magistratura, costituisce uno dei fattori più importanti che concorrono a determinare l'elevata cifra oscura di tale tipologia di reati.

Sotto tale profilo, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si è avuto modo di evidenziare come, in realtà, la riforma operata con L. 190/2012 abbia portato ad un passo indietro.

Si è infatti spiegato come, particolarmente in seguito all'introduzione della nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.) e, in conseguenza, della novità costituita dalla attuale incriminazione anche del privato indotto, non si è fatto altro che diminuire notevolmente le *chances* di giungere alla scoperta e quindi alla prova in giudizio dei fatti di corruzione.

In realtà, per i fatti oggi descritti dalla nuova norma, è venuto meno un efficace strumento di persuasione, che in passato era utilizzato dai giudici per ottenere una testimonianza dal corruttore: si fa riferimento al fatto che, spesso, si prospettava al privato una qualificazione come vittima di concussione, garantendogli, in sostanza,

l'impunità per i fatti confessati, ma ottenendo così di far emergere le responsabilità di pubblici ufficiali corrotti i quali, altrimenti, con tutta probabilità non sarebbero mai stati scoperti. In secondo luogo si è ostacolata notevolmente, rispetto alla disciplina previgente, l'attività dei Pubblici Ministeri, dato che il privato, divenendo prima indagato e poi imputato, non può più acquisire lo *status* di persona informata sui fatti, né quello di testimone.

A fronte delle recenti proposte che, *de iure condendo*, sono state formulate in dottrina nel tentativo scongiurare il rischio insito nella nuova normativa, molte delle quali tendenti a rivalutare (dopo il fallimento già incontrato, in proposito, dalla cd. proposta Cernobbio) un possibile ruolo, nel nostro ordinamento, di una causa di non punibilità per il privato che denunci il fatto prima che questo sia scoperto dall'autorità giudiziaria, l'esperienza spagnola fornisce in merito importanti spunti di riflessione.

Infatti, come si è avuto modo di notare in sede di commento dell'*art. 426 del código penal*, che prevede, ricorrendo certe condizioni, l'applicazione di una causa di non punibilità per il privato che denuncia il fatto in cui è correo, parte della dottrina spagnola ha duramente criticato una misura così fortemente premiale nei confronti del privato: così facendo, infatti, a quest'ultimo verrebbe data la possibilità di approfittare di tale esenzione e di sfruttarla quando più gli conviene, o di usarla come strumento di ricatto nei confronti di un funzionario che gli chieda più di quanto illecitamente pattuito o che non ponga in essere l'attività funzionale promessa, o anche, semplicemente, per sottrarsi alla sua responsabilità penale quando sospetti che il fatto stia per essere scoperto.

Inoltre, si è evidenziato un dato di fatto interessante, che consiste nella scarsissima applicazione pratica di questa norma, dalla quale si evince, sostanzialmente, la sua inefficacia rispetto al raggiungimento dello scopo.

È, insomma, curioso notare come, in un momento in cui la dottrina italiana invoca l'adozione di una simile misura, che da alcuni viene indicata come forse la più efficace per raggiungere l'obiettivo di garantire la repressione giudiziale di un numero sempre maggiore di vicende corruttive, in Spagna vi è, al contrario, anche chi ne auspica una riconsiderazione, sulla base della sostanziale inefficacia dimostrata dalla scarsa esperienza applicativa, nonché considerando i rischi che la previsione di un'esenzione può generare.

Potrebbe forse, allora, costituire una soluzione meno "radicale", ma più efficace e meno rischiosa, quella, pure considerata da diversi Autori tanto italiani quanto spagnoli, di fare ricorso ad attenuanti generiche o specifiche, da modulare secondo le esigenze proprie di ciascun ordinamento.

Una delle questioni più interessanti che si è, poi, provato ad esaminare, riguarda se, ed eventualmente in che misura, le attuali fattispecie incriminatrici della corruzione costituiscano uno strumento non solo di repressione *a posteriori*, ma anche di dissuasione rispetto a certe pratiche, pure ormai tanto diffuse in certi settori della pubblica amministrazione da apparire inestirpabili.

Sotto tale angolo visuale le convergenze tra i due ordinamenti appaiono notevoli. Le fattispecie che più delle altre appaiono adeguate a determinare un'evoluzione positiva in chiave "etica" delle prassi, vigenti in diversi settori, sempre

più vasti, della pubblica amministrazione, sono quelle disciplinate, rispettivamente nel nostro ordinamento e in quello spagnolo, dall'art. 318 c.p., rubricato "Corruzione per l'esercizio della funzione" e dall'art. 422 c.p., che disciplina il *cohecho en consideración del cargo o función*; le prassi a cui si fa riferimento, infatti, sono quelle consistenti nell'offerta ai pubblici funzionari di utilità di varia natura non già per il compimento, da parte di questi ultimi, di un atto determinato del loro ufficio, ma, più genericamente, per l'esercizio delle loro funzioni o in considerazione delle funzioni stesse.

Come si è visto, però, entrambe le fattispecie, per il modo in cui sono formulate, cioè per il fatto di annullare ogni necessario collegamento dell'utilità offerta con un atto specifico svolto nell'esercizio delle funzioni, risultano mancare di un parametro certo rispetto al quale valutare la proporzionalità dell'utilità e, conseguentemente, rispetto al quale valutare la sua tipicità rispetto alle fattispecie considerate. Ma, a tal proposito, si è notato come sullo sfondo di entrambe le fattispecie penali vi siano due norme di natura amministrativa le quali intervengono a fornire un simile parametro, sia pure solo orientativo e non quantitativamente certo.

In Italia tale norma amministrativa è stata prevista solo di recente, in seguito alla L. 190/2012; la norma in questione, inserita nel Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (D.P.R. 16 aprile 2013 n. 62), stabilisce che *"il dipendente non accetta, per sé o per altri, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore effettuati occasionalmente nell'ambito delle normali relazioni di cortesia e nell'ambito delle consuetudini internazionali"*.

La stessa regola di comportamento relativa all'accettazione di donativi, basata sul criterio dell'adeguatezza sociale, vale già da diversi anni anche in Spagna, sulla base dell'art. 54.6 della *Ley 7/2007*, recante l'*Estatuto Básico del Empleado Público*,: *"Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal"*.

Dunque, d'accordo con quanto stabilito da tali norme, nell'ambito tanto dell'ordinamento italiano quanto di quello spagnolo, ricadrà nell'ambito applicativo rispettivamente dell'art 318 c.p. e dell'art. 422 c.p., quindi nell'ambito del penalmente rilevante, ogni ipotesi in cui un pubblico funzionario, in connessione con l'esercizio delle proprie funzioni in un caso, o anche meramente in considerazione delle stesse nell'altro, riceva una qualsiasi dazione che ecceda gli usi abituali e sociali e che vada oltre i limiti delle normali relazioni di cortesia.

Insomma, ciò che interessa in questa sede rilevare, in risposta al quesito che ci si è posti, è che, dalla combinazione tra tali norme penali e amministrative emergerebbe effettivamente una direttiva di comportamento chiara per tutti i cittadini, i quali possono valutare come inopportuna, in quanto al limite con comportamenti penalmente rilevanti, ogni corresponsione di utilità di vario genere ad un pubblico ufficiale, per qualunque ragione essi intendano offrirla.

Del resto, un simile risultato è stato altresì rafforzato, con riferimento particolare al solo ordinamento italiano, in conseguenza dell'introduzione della figura autonoma di reato di cui all'art. 319-*quater* c.p., ed in particolare del suo secondo comma, che oggi prevede anche la punibilità del privato, introduzione la cui *ratio* è

stata individuata dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁶¹ proprio nell'esigenza di "chiudere ogni possibile spazio d'impunità al privato, non costretto ma semplicemente indotto" alla dazione o promessa indebita. Insomma, anche con la concorrenza di tale nuova specifica incriminazione del privato, nell'ordinamento italiano è stato chiarito con maggiore forza come persino da un soggetto indotto sia esigibile una resistenza rispetto alla pressione induttiva del pubblico agente; l'obiettivo primario della norma è stato appunto ritenuto quello di disincentivare lo sfruttamento opportunistico di una condotta abusiva di un pubblico agente, mandando così anche in tal caso un messaggio chiaro, decisamente positivo proprio nella prospettiva, che qui si vuole evidenziare, della funzione di prevenzione generale: pagare pubblici funzionari, salvo il caso di vera e propria costrizione scriminante, è un illecito.

Sembra dunque di poter concludere che, sia pure grazie alla concorrenza della normativa amministrativa di cui si è detto, nell'ordinamento italiano come in quello spagnolo, le fattispecie, che sono state definite "generali", di corruzione rivestano oggi effettivamente un ruolo cruciale in un'ottica general-preventiva, il che è certamente da apprezzare, specialmente in un momento in cui i due Paesi avvertono una forte esigenza di riscatto anche sul piano generale della moralità dell'intero sistema amministrativo.

Pertanto, nell'ambito delle criticità che continuano a caratterizzare sotto molti punti di vista la disciplina penale del fenomeno corruttivo, almeno da tale punto di vista, in Italia come in Spagna, sembra che si sia fornito un messaggio chiaro contro gli attuali tassi di corruzione nelle amministrazioni pubbliche che non sono più tollerabili, anche alla luce del fatto che, in assenza di una seria strategia di contrasto e di prevenzione della corruzione, non sembra vi siano speranze di incentivare investimenti, anche stranieri, così da riportare lentamente alla crescita due Paesi, che si trovano in una situazione economica certamente difficile.

²⁶¹ Cfr. Cass. Pen., Sezioni Unite, 14 marzo 2014, n. 12228, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/12228_03_14.pdf.