

IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA I DELITTI DI CORRUZIONE E LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

Nota a [Cass., sez. VI, sent. 14 giugno 2017 \(dep. 27 luglio 2017\), n. 35940, Pres. Carcano, Rel. Calvanese, Ric. Proc. Rep. Di Catania in proc. Miceli](#)

di Matteo Minervini

Abstract. *Una recente decisione della Corte di Cassazione in tema di corruzione tocca lo spinoso profilo dei rapporti tra gli artt. 318 e 319 c.p. a seguito della riforma legislativa n. 190/2012, e tra questi e la discrezionalità amministrativa. Il contributo, prendendo spunto dalla vicenda giudiziaria, s'interroga in particolar modo sulla condivisibilità della scelta della giurisprudenza di ricondurre nel più grave delitto di corruzione propria il fenomeno della c.d. "vendita della discrezionalità" così come interpretata nella prassi giudiziaria. Ed invero, la espressa introduzione del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione nel "rinnovato" art. 318 c.p. fa sorgere qualche perplessità riguardo a tale opzione ermeneutica rigoristica: la vendita della discrezionalità amministrativa, infatti, sembra più ragionevolmente sussumibile all'interno di quest'ultima e meno grave fattispecie, salvo casi peculiari.*

SOMMARIO: 1. La ricostruzione giudiziaria della vicenda. – 2. L'inquadramento sistematico dei delitti di corruzione a seguito della l. n. 190/2012. – 3. (Segue) Il rapporto tra il delitto di corruzione "propria" e la corruzione per l'esercizio della funzione. – 4. Il complesso rapporto tra le fattispecie di corruzione e la discrezionalità amministrativa nel "diritto vivente". – 5. Conclusioni.

1. La ricostruzione giudiziaria della vicenda.

Con la sentenza in epigrafe, la Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione annulla l'ordinanza del 13 marzo 2017 emessa dal Tribunale di Catania, che, in sede di riesame *ex art. 309 c.p.p.*, aveva a sua volta annullato un'ordinanza cautelare domiciliare emessa per gravi indizi riconducibili al delitto di corruzione *ex art. 319 c.p.*

Nello specifico, l'indagato avrebbe concorso nella promessa di elargizione di una tangente destinata ad un membro di una commissione aggiudicatrice di una gara ad evidenza pubblica per il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio consistenti



12/2017

nel recepire indicazioni dal soggetto interessato all'aggiudicazione (ed effettivamente poi risultato aggiudicatario) di un appalto.

Il Tribunale di Catania ha ritenuto che la condotta del pubblico ufficiale non fosse inquadrabile nello schema della corruzione c.d. propria *ex art. 319 c.p.*, non essendo, nella fattispecie, individuabile alcun l'atto contrario ai doveri d'ufficio. Ed invero, non era stato rilevato dall'accusa nessun profilo di irregolarità in ordine allo svolgimento della gara e della relativa aggiudicazione dell'appalto, e non risultava nemmeno che il pubblico ufficiale avesse compiuto o concordato interventi a favore dell'impresa risultata poi aggiudicatrice. L'agente pubblico, osserva il Tribunale del riesame, si era limitato a segnalare problematiche di natura tecnica delle quali, inoltre, aveva scarsa conoscenza. D'altra parte, secondo la versione fornita in giudizio, la ricompensa era stata ricevuta per favori prestati nell'ambito della gara, quindi, al di fuori del *pactum sceleris* richiesto dall'*art. 319 c.p.*; né i fatti potevano, in mancanza di un *pactum sceleris*, configurare la più lieve forma di corruzione *ex art. 318 c.p.*

La Corte di Cassazione adita, coerente con l'interpretazione pretoria costante in materia di c.d. "vendita della discrezionalità", ha ritenuto, invece, sussistenti gli estremi del delitto di corruzione *ex art. 319 c.p.* Secondo quanto indicato dalla Corte nelle conclusioni "in diritto", il reato in questione si configurerebbe per il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, nonché per lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi. Tale "sudditanza", infatti, si tradurrebbe in atti che, se pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'*an*, nel *quando* o nel *quomodo*, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali. Per questi motivi, la Cassazione ha rinviato la questione al tribunale di Catania per un nuovo esame, tornando così, implicitamente, a ribadire l'orientamento ermeneutico secondo cui il pubblico ufficiale asservito a interessi personali di terzi, che compia atti formalmente legittimi ma discrezionali, commette il più grave reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio *ex art. 319 c.p.* e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione *ex art. 318 c.p.*¹.

2. L'inquadramento sistematico dei delitti di corruzione a seguito della l. n. 190/2012.

Prima di procedere ad una disamina critica del principio di diritto enunciato dalla decisione che si annota è opportuno fare un passo indietro e riannodare brevemente la recente evoluzione dell'atteggiamento del legislatore e della giurisprudenza rispetto al problema della corruzione per l'esercizio della funzione.

Com'è noto, il fenomeno corruttivo si è significativamente evoluto negli ultimi tempi², arrivando ad assumere un carattere sistemico³ ed a comprendere tra le sue

¹ V. sentenza in commento, 3.

² La presa d'atto delle preoccupanti dimensioni quantitative e qualitative assunte dal fenomeno ha, invero, sollecitato l'adozione di più strumenti normativi sovranazionali: convergenti nell'additare la necessità di

forme di manifestazione anche le ipotesi in cui il pubblico amministratore non si limiti a fare mercimonio di un singolo atto d'ufficio, ma conceda al privato la sua generale disponibilità in vista del conseguimento, da parte di quest'ultimo, di una serie indeterminata di risultati vantaggiosi. Si è riscontrato, cioè, nella prassi come il rapporto corruttivo possa non riguardare la compravendita di uno o più atti singoli del p.u. conformi o contrari ai doveri d'ufficio, ma proiettarsi in una «prospettiva di durata», trasformandosi in un “mercimonio della funzione” latamente considerata⁴.

Sino a pochi anni fa, in un sistema di norme incriminatrici anti-corruzione di tipo ‘atto-centrico’, la risposta alla ‘vendita dei poteri’ è stata di fatto affidata alla giurisprudenza. Nella prassi applicativa invalsa *ante-riforma*, infatti, già si tendeva a dilatare l'ambito operativo della fattispecie di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p., così da includervi estensivamente (o analogicamente?) – a dispetto del riferimento letterale in essa contenuto al singolo atto di ufficio – le ipotesi di pagamento del pubblico ufficiale per esercitare le funzioni a lui attribuite⁵.

Solo in occasione della riforma del 2012 dell'intera disciplina preventiva e repressiva in materia di corruzione si è avuta un'espressa regolamentazione legislativa di tale fenomeno e la sua tipizzazione non come corruzione c.d. propria, bensì come il meno grave delitto di corruzione c.d. impropria *ex art.* 318 c.p., come rivela *ictu oculi* la stessa denominazione di questa novellata fattispecie «*Corruzione per l'esercizio della funzione*»⁶.

La risposta fornita da quest'ultimo intervento si colloca sul terreno della “pragmaticità operativa”⁷ che colpisce non più (soltanto) il mercimonio dell'atto pubblico, bensì le ipotesi di c.d. “messa a libro paga” del soggetto pubblico: ed invero, a dispetto della costante interpretazione pretoria, la stretta osservanza della previsione legale dovrebbe far rientrare nell'art. 318 c.p. qualunque patto corruttivo che non abbia ad oggetto un atto d'ufficio determinato o determinabile⁸.

predispone, nei vari Stati, norme più efficaci allo scopo di porre un freno al dilagare della corruzione. Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione ONU di Merida del 2003 e alla Convenzione di Strasburgo sulla corruzione del 1999, dalle quali derivava l'obbligo di introdurre anche nel nostro ordinamento fattispecie incriminatrici quali il «traffico di influenze illecite» e la «corruzione tra privati». Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Volume I*, Bologna, 2012, in *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, 2013, 1 ss.

³ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 17 ss.

⁴ Cfr. FIANDACA, *Esigenze di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss.

⁵ Tra le prime pronunce, si veda Cass. pen., sez. VI, 30 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, 413 ss.

⁶ In questa prospettiva, il nuovo art. 318 c.p. è stato visto come una sorta di “interpretazione autentica”, volta a far sì che l'esegesi della fattispecie di corruzione incentrata sull'atto contrario ai doveri d'ufficio sia ricondotta all'interno dei confini segnati dal significato proprio dei termini in essa utilizzati, in modo che la contrarietà ai doveri d'ufficio assuma nuovamente la propria autonomia, specificità e obiettività. In questi termini, GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Diritto penale e processo*, settembre 2014, 1031.

⁷ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, vol. II*, Milano, 2016, 422.

⁸ Cfr. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, 70.

3. (Segue) Il rapporto tra il delitto di corruzione “propria” e la corruzione per l’esercizio della funzione.

Tracciata brevemente l’evoluzione della disciplina della corruzione per l’esercizio della funzione di cui al novellato art. 318 c.p., è utile analizzare di seguito gli elementi che la caratterizzano e differenziano rispetto alla corruzione propria *ex* art. 319 c.p.

L’art. 318 c.p., riscritto dapprima dalla l. 190/2012 e poi, solo in riferimento ai parametri sanzionatori, dalla l. 69/2015, disciplina le ipotesi di c.d. corruzione impropria, ossia quelle in cui il soggetto pubblico esercita i propri poteri e le proprie funzioni “in modo conforme” ai doveri del suo ufficio, e per tale ragione, indebitamente riceve denaro o altra utilità (o ne accetta la promessa): con la novella 190/2012 l’articolo è stato completamente stravolto⁹.

Oggi, in un solo comma viene disciplinata un’unica fattispecie corruttiva incentrata sull’infedeltà del funzionario pubblico che si pone al servizio di interessi privati: una fattispecie che prescinde dalla necessità di individuare specifici atti oggetto del *pactum sceleris* andando a reprimere anche le condotte caratterizzate dall’asservimento della funzione pubblica¹⁰.

La norma in esame abbraccia più figure corruttive dell’agente pubblico, da quella che contempla il compimento di un’attività conforme ai doveri d’ufficio e finalità istituzionali, a quelle ben più gravi che frustrano lo scopo istituzionale, quali, ad esempio, la c.d. “dazione a futura memoria” oppure l’asservimento duraturo e costante della funzione agli interessi del privato¹¹.

Com’è stato rilevato dalla prassi giurisprudenziale¹², l’art. 318 c.p. ha ampliato l’ambito di operatività della corruzione impropria ad ogni fattispecie di “monetizzazione” del potere pubblico anche quando sganciata da un nesso sinallagmatico, e sempre che non sia ben individuabile un singolo atto contrario ai doveri d’ufficio, ipotesi, quest’ultima, espressamente contemplata dall’art. 319 c.p.

La preposizione “per”, anteposta all’espressione “esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri”, secondo taluni andrebbe interpretata nel senso che la condotta è proiettata al conseguimento di vantaggi futuri, sì da rendere incompatibile con la nuova previsione normativa la c.d. corruzione susseguente. Senonché, la dottrina assolutamente maggioritaria ritiene che l’espressione usata non possa che suggerire una lettura in funzione sia finalistica che causale della preposizione, riconducendo in questo modo, sia la corruzione susseguente che quella antecedente nell’alveo dell’art. 318 c.p. e, secondo la giurisprudenza più moderna, lasciando al di fuori dell’ambito

⁹ La norma, infatti, recitava: “il pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa” e, al comma secondo, “il pubblico ufficiale che riceve la retribuzione per un atto d’ufficio da lui già compiuto”.

¹⁰ Cfr. DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato. Tomo II*, fondato da DOLCINI-MARINUCCI, Milano, 2015, 215.

¹¹ Cfr. DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, 215.

¹² Cass., 17 novembre 2014, n. 47271, in *DeJure*; Cass., 6 marzo 2014, n. 10889, in *DeJure*.

operativo della norma solo i pagamenti effettuati in assenza di qualsiasi nesso causale con l'esercizio delle funzioni o dei poteri facenti capo al soggetto pubblico corrotto¹³.

La nuova disposizione sanziona le condotte di corruzione c.d. "sistemica", nelle quali la promessa o la dazione dell'utilità non è correlata a un singolo atto d'ufficio determinato o determinabile, bensì alla generalità degli atti della funzione: in altri termini, si punisce la presa in considerazione del pubblico funzionario degli interessi privati del singolo corruttore, nonché il comportamento di quest'ultimo che vuole crearsi un "percorso agevolato" nei suoi rapporti con la p.a.

Nella prassi, dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 318 c.p., ci si è allora chiesti se queste forme di corruzione c.d. sistemica, già pacificamente assunte dalla giurisprudenza, con una vistosa forzatura ermeneutica, nell'ipotesi più grave di corruzione propria¹⁴, possano (o debbano) essere ricondotte oggi nella più lieve previsione della corruzione impropria quando gli indebiti pagamenti non siano riconducibili ad un singolo atto contrario ai doveri d'ufficio.

Benché si registri nel c.d. diritto vivente la più o meno costante opinione di ricondurre nel paradigma dell'art. 319 c.p. (e non già dell'art. 318 c.p.) lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali del privato (evitando così che sia irragionevolmente punito meno gravemente il pubblico ufficiale che "venda l'intera funzione" rispetto a colui che "venda un singolo atto"); la dottrina più attenta alla lettera della norma, ritiene che fatti del genere debbano essere ricondotti nel paradigma dell'art. 318 c.p. In sintesi, la condotta del funzionario pubblico che compia atti conformi alla funzione e ai poteri del suo ufficio attraverso un comportamento d'infedeltà sistematica, integrerebbe gli estremi della "nuova" corruzione impropria¹⁵. Invero, com'è stato osservato in sede giurisprudenziale, l'art. 318 c.p., che punisce genericamente la vendita della funzione, si atteggia come reato di pericolo presunto; mentre, l'art. 319 c.p., perseguendo la vendita di un singolo atto contrario ai doveri d'ufficio, si atteggia come reato di danno: nel primo caso, la condotta del pubblico ufficiale che si mette genericamente a disposizione del privato, "pone in pericolo" lo svolgimento della funzione pubblica; nell'ipotesi di un singolo atto contrario ai doveri d'ufficio, invece, si realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto, ed è per queste ragioni che si giustifica una pena più severa¹⁶.

Quanto al bene giuridico tutelato, si erano in passato formati vari orientamenti in merito al delitto di corruzione impropria, oggi confluito nella "corruzione per l'esercizio della funzione". Secondo taluni la norma mirava a evitare la violazione, da parte dei pubblici funzionari, del dovere di gratuità (o non venalità) degli atti d'ufficio, essendo un siffatto comportamento nocivo del prestigio della pubblica amministrazione.

La dottrina prevalente, invece, aveva fatto notare che ad essere offesa dalla condotta degli agenti era soprattutto l'imparzialità della pubblica amministrazione,

¹³ Cass., 27 gennaio 2015, n. 3740, in *DeJure*.

¹⁴ Cfr. GARGANI, *op. cit.*, 1033.

¹⁵ Cfr. DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, 219.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 25 settembre 2014, n. 49226, in *italgiure.giustizia.it*.

ossia lo svolgimento imparziale delle pubbliche funzioni. Concorde era anche la giurisprudenza: in sede pretoria, infatti, si differenziava il bene oggetto di tutela nel delitto di corruzione impropria da quello tutelato dalla previsione della corruzione propria (che offendeva sia il buon andamento che l'imparzialità della p.a.); si riteneva infatti che il buon andamento non fosse leso, essendo l'atto nella corruzione impropria conforme ai doveri d'ufficio. Di conseguenza, la retribuzione per un "atto conforme" violava solo il c.d. dovere esterno di non accettare un compenso dai privati, il quale avrebbe minato, in questo modo, le basi stesse del dovere di essere imparziali¹⁷.

La nuova fattispecie ex art. 318 c.p. non muta la *ratio* di tutela ma la espande, e, ovviamente, non è più rivolta ai singoli atti d'ufficio ma alla "compravendita della funzione" che viene asservita agli interessi del privato. Essa mira a reprimere l'instaurazione di un rapporto privilegiato tra *extraneus* e funzionario pubblico: il disvalore della condotta risiede quindi nel c.d. *pactum sceleris*. Il legislatore è chiaro anche questa volta, ed invero, l'interesse tutelato non può che essere quello correlato ai beni istituzionali della pubblica amministrazione, ossia il buon andamento e l'imparzialità, da intendersi, rispettivamente, efficienza dell'attività amministrativa e divieto di fare preferenze: a dire che il rapporto tra lo Stato e il cittadino non deve essere inquinato dall'intromissione di interessi privati (o venali) del corruttore e del corrotto nell'esercizio della sua funzione o servizio¹⁸.

Quanto alla c.d. corruzione propria ex art. 319 c.p., invece, quest'ultima contempla l'ipotesi in cui il soggetto pubblico riceve denaro o altra utilità (o ne accetta la promessa) per omettere o ritardare un atto del suo ufficio, ovvero, per compiere un atto contrario ai doveri del suo ufficio. Questo tipo di corruzione, come dimostrato dalla cornice edittale, contempla un'ipotesi più grave di quella descritta in precedenza, attribuendosi rilievo al fatto che l'attività compiuta, ritardata od omessa dal funzionario pubblico, è in contrasto con l'ordinamento e arreca un danno (non più la sola messa in pericolo) all'amministrazione pubblica.

L'atto da compiere o già compiuto è nella corruzione propria un atto contrario ai doveri del soggetto pubblico, ossia contrario a leggi, regolamenti, istruzioni od ordini legittimamente ricevuti. Anche in questo caso, però, l'«atto» assume nella prassi ermeneutica un significato ampio, fino a ricomprendere non solo gli atti formali, bensì la vasta gamma di comportamenti umani, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale, sino ad abbracciare le condotte meramente materiali o il compimento di atti di diritto privato¹⁹. Inoltre, secondo la costante interpretazione giudiziaria, si osserva che gli atti contrari ai doveri d'ufficio sono anche quelli in contrasto con il «buon uso del potere discrezionale», vale a dire,

¹⁷ In questi termini, Cass., 17 dicembre 1996, in *Foro it.*, 1996.

¹⁸ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, Milano, 2013, 139.

¹⁹ Cass., 22 novembre 2006, n. 38698, in *Cass. pen.*, 2007. Si considera tale, ad esempio, il parere non vincolante, purché lo stesso assuma rilevanza decisiva nella concatenazione degli atti che compongono la complessiva procedura amministrativa ed incida sul contenuto dell'atto finale. In questi termini, Cass., 27 febbraio 2015, n. 8935, in *DeJure*.

un atto che si risolva in un uso del potere che non si ispiri a imparzialità e giustizia, oppure, non corrisponda allo scopo per cui il potere medesimo è stato conferito²⁰.

In merito, inoltre, è possibile constatare una certa continuità ermeneutica che spinge la giurisprudenza ad un'interpretazione elastica di concetti come "violazione di legge" o "abuso d'ufficio" usando come parametro la norma programmatica dell'art. 97 Cost.

Ed invero, seguendo le stesse direttrici ermeneutiche, la giurisprudenza è pervenuta a risultati simili anche in riferimento alla norma *ex art.* 323 c.p.

A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 234 del 1997, infatti, il baricentro del "disvalore di azione" dell'abuso d'ufficio si è concentrato sul profilo della violazione delle norme di legge o di regolamento la cui violazione è idonea ad integrare l'azione abusiva del pubblico agente penalmente rilevante²¹. A ben vedere, l'abuso d'ufficio configura un'ipotesi di norma penale in bianco e, quindi, si tratta di comprendere la tipologia di leggi e regolamenti che possono integrare il comportamento tipico sanzionabile alla stregua dell'art. 323 c.p.

Per questi motivi, sembrerebbe doversi respingere la tesi che l'art. 97 Cost. possa integrare il precetto penale trattandosi di norma di principio e con valore programmatico, priva di un reale contenuto precettivo e regolativo dell'azione amministrativa, e, di conseguenza, poco suscettibile di verifica empirica in sede processuale²².

Di contrario avviso si è dimostrata quella parte della giurisprudenza che, a ragionar diversamente, così come nelle ipotesi di corruzione propria *ex art.* 319 c.p., ha ottenuto un vero e proprio «slabbramento della tipicità»²³, ritenendo che in alcuni casi la generica inosservanza del dovere di imparzialità integrasse gli estremi della violazione di legge²⁴.

Come già evidenziato, prima del del 2012 la giurisprudenza tendeva a far rientrare nel paradigma del 319 c.p. non solo la realizzazione di specifici atti contrari ai doveri d'ufficio, bensì anche "la messa a disposizione della funzione" ancorché i singoli atti compiuti non fossero di per sé illeciti. Sicché, a seguito della riforma dell'art. 318 c.p., la prassi giudiziaria continua a mostrarsi refrattaria a ricondurre nelle trame della corruzione c.d. impropria tutti i casi di corruzione in ragione della funzione che in precedenza la giurisprudenza inquadrava nell'art. 319 c.p.²⁵, in quanto, un asservimento delle funzioni pubbliche volto al compimento di atti conformi alle

²⁰ Cfr. Cass. 12 giugno 1997, in *Giust. pen.* 1998, II, 625; Cass. 19 settembre 1997, in *Cass. pen.* 1998.

²¹ Cfr. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015, 135.

²² Per un approfondimento, v. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 279.

²³ Cfr. CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015, 267.

²⁴ In merito all'abuso d'ufficio, v. Cass., sez. II, 10 giugno 2008, n. 35048; Cass., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, in *DeJure*.

²⁵ Cfr. PELISSERO, *Gli accordi corruttivi tra atto e funzioni*, in *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, cit., 159.

funzioni e ai doveri del pubblico ufficiale integrerebbe una patente violazione dei canoni di fedeltà e imparzialità che infrange lo statuto deontologico del pubblico funzionario²⁶.

Quanto al bene giuridico tutelato dalla norma, è agevole notare che pone meno problemi rispetto alla corruzione per l'esercizio della funzione, infatti, nell'ipotesi dell'art. 319 c.p. la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio permette di cogliere più facilmente l'offesa ai tradizionali interessi di categoria²⁷.

4. Il complesso rapporto tra le fattispecie di corruzione e la discrezionalità amministrativa nel "diritto vivente".

Secondo l'opinione pretoria pressoché unanime, e invariata anche a seguito dell'intervento riformatore n. 190/2012, il pubblico ufficiale asservito a interessi personali di terzi, che compia atti formalmente legittimi ma discrezionali, commette il più grave reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio *ex art. 319 c.p.* e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione *ex art. 318 c.p.*

Prima di procedere all'indagine critica di tale impostazione, però, è opportuno ricordare la differenza tra attività "vincolata" e attività "discrezionale" dell'amministrazione pubblica.

Un atto della pubblica amministrazione si dice vincolato quando le note che lo caratterizzano sono determinate in modo rigoroso dall'ordinamento.

Discrezionale, invece, è quell'atto che il pubblico ufficiale può decidere di emanare e al riguardo ha più di una possibilità di scelta per soddisfare l'interesse pubblico e perseguire un fine rispondente alla «causa» del potere esercitato. In altri termini, l'atto è discrezionale quando alla pubblica amministrazione è lasciato un margine di apprezzamento in ordine all'*an*, al *quid*, al *quomodo* e al *quando* dell'emanazione dell'atto.

L'attività discrezionale incontra tre limiti generali rinvenibili nel soddisfacimento dell'interesse pubblico, il perseguimento del fine specifico per cui il potere è stato conferito e il rispetto dei principi di logica e imparzialità.

L'atto discrezionale (così come l'atto amministrativo in genere) può presentare delle patologie che lo rendono illegittimo, ossia, possono configurarsi tre vizi tipici: l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge. Tra questi, il vizio per eccellenza dell'attività discrezionale è l'eccesso di potere, che si verifica quando l'agente persegue un interesse diverso da quello pubblico oppure una «causa» diversa

²⁶ Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 9883, in *DeJure*.

²⁷ Sul punto può addirittura farsi un breve riferimento all'opinione di chi, a seguito del ricorso diffuso a pratiche di corruzione condotte su scala sovranazionale e internazionale, afferma che la dimensione offensiva dei reati di corruzione non sarebbe più riconducibile ai tradizionali interessi di categoria, ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, bensì a nuovi e diversi valori relativi all'integrità della "costituzione economica". Cfr., in questi termini, DELLA PORTA-VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1995.

da quella assegnata *ex lege*; quando violi un precetto di logica o imparzialità, od infine, quando il pubblico ufficiale si lasci fuorviare da un vizio della volontà (errore di fatto, violenza morale o dolo).

Ciò posto, la nuova figura di corruzione per l'esercizio della funzione, la quale abbraccia più condotte del soggetto pubblico, è configurabile anche in presenza di attività discrezionale del funzionario, purché, ovviamente, non sia contraria ai doveri d'ufficio: è infatti tale violazione (e non la discrezionalità) a qualificare il fatto *ex art.* 318 c.p. oppure *ex art.* 319 c.p.²⁸

Accertare quando, in presenza di una corruzione, l'atto sia conforme o contrario ai doveri d'ufficio non è compito agevole, né può assumere rilievo la circostanza che gli atti posti in essere abbiano superato il vaglio di legittimità del giudice amministrativo, non potendo valere tale scrutinio ad escludere l'illiceità penale della condotta.

In passato, una tesi rigorosa di origine giurisprudenziale riteneva che, in presenza di un atto discrezionale per il quale fosse stata corrisposta al pubblico ufficiale una qualche utilità, si configurasse sempre il delitto di corruzione propria, in quanto l'agente, per il solo fatto di avere accettato una retribuzione privata, violava la legge non orientando la sua decisione verso il perseguimento del fine pubblico.

Tali considerazioni però, dimenticavano di considerare che talvolta l'interesse del privato coincide con quello generale.

Allo stesso modo non è stata avallata la tesi che, valorizzando l'atteggiamento psicologico dell'agente, la c.d. teoria della motivazione²⁹, considera corruzione impropria quella posta in essere dal soggetto pubblico che (sulla base di ragioni convalidate da un'oggettiva parvenza di fondatezza) agisce nel convincimento di compiere un atto conforme ai doveri del suo ufficio; e, di contro, corruzione propria quella posta in essere dal pubblico ufficiale che si sia lasciato motivare dal compenso concordato o percepito.

L'orientamento oggi senz'altro dominante, si basa, invece, sul rispetto da parte del pubblico ufficiale, nell'emanazione dell'atto, delle regole inerenti l'uso del potere discrezionale: di conseguenza, può affermarsi la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, quando, in conseguenza del *pactum sceleris*, vi sia stata una menomazione della valutazione comparativa fra gli atti da adottare perseguendo il solo interesse del privato (e, solo in via incidentale ed eventualmente, anche l'interesse pubblico).

Così ragionando, a ben vedere, si tende a escludere che alla presenza di attività discrezionale possa configurarsi un'ipotesi di corruzione impropria, in quanto, lo si può anticipare, l'atto risulterebbe in ogni caso viziato da eccesso di potere configurandosi una corruzione *ex art.* 319 c.p.

Questa asserita inconciliabilità della corruzione per l'esercizio della funzione con l'atto discrezionale, però, non convince fino in fondo³⁰. Ed invero, sarebbe

²⁸ Cfr. DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, 235.

²⁹ Cfr. GIANNITI, *op. loc. cit.*

³⁰ Che l'atto discrezionale, quando il p.u. sia «sollecitato» dall'esterno, non sia necessariamente contrario ai doveri d'ufficio, è del resto confermato, nel sistema vigente, dall'art. 336 c.p., che, sempre nei delitti contro

configurabile una corruzione *ex art.* 318 c.p. nella sola ipotesi in cui i vincoli alla discrezionalità siano tutti rispettati, ossia, solo se l'atto discrezionale sia compiuto dall'agente in vista del perseguimento del pubblico interesse, e, di conseguenza, l'indebita dazione del privato violerebbe soltanto il dovere di non accettare retribuzione dai privati. Solo in tale ultima prospettiva, la giurisprudenza ha affermato che si realizzerebbe il meno grave reato di corruzione per l'esercizio della funzione, segnando in questo modo il discrimine tra attività discrezionale contraria ai doveri d'ufficio ovvero conforme a questi ultimi³¹.

Secondo tale impostazione, l'atto contrario ai doveri d'ufficio si configurerebbe (anche) nell'ipotesi in cui il privato offre denaro o altra utilità al soggetto pubblico per indurlo ad esercitare il potere discrezionale in modo difforme da quello suggerito dalla disinteressata equiparazione degli interessi in gioco, indipendentemente poi dalla circostanza che l'atto emanato coincida effettivamente con l'interesse pubblico (ossia con l'atto che sarebbe stato emanato ugualmente anche in assenza del patto corruttivo).

Giova segnalare, inoltre, che l'indirizzo prevalente fin qui esposto è stato avallato anche dai Giudici costituzionali in composizione integrata con la nota sentenza n. 221 del 1979 resa in merito al caso Lockheed, a sostegno della responsabilità dell'agente in ordine al delitto *ex art.* 319 c.p.³².

Tale incompatibilità, però, non sembrerebbe rispondere alla logica sistematica espressa dal legislatore della riforma, quanto piuttosto il frutto di una costante interpretazione che la giurisprudenza ha fornito, sia prima che dopo la novella, in merito ai rapporti tra 318, 319 c.p. e attività amministrativa discrezionale.

Ed invero, al vaglio nomofilattico si ritiene in modo costante che per configurarsi il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione in presenza di un atto discrezionale, l'atto debba rispettare tutti i vincoli che alla discrezionalità sono posti (*rectius*: il raggiungimento del pubblico interesse, il fine specifico per il quale il potere è stato attribuito e i precetti di logica e imparzialità). L'assunto però, a ben vedere, porta alla (molto rara) conseguenza che per configurarsi il delitto *ex art.* 318 c.p., il pubblico agente dovrebbe compiere la sua attività in vista dell'esclusivo raggiungimento dell'interesse generale rispettando altresì i vincoli di "causa", "logica" e "imparzialità"; così che, solo l'indebita dazione offerta dall'*extraneus* (e accettata dal funzionario) violerebbe il c.d. dovere esterno di non accettare retribuzioni da privati integrando il meno grave reato previsto dall'art. 318 c.p.³³

Tale orientamento ermeneutico, a ben vedere, rischia di rendere la previsione della norma *ex art.* 318 c.p., almeno in presenza di attività amministrativa

la P.A., nel distinguere la violenza o la minaccia al p.u. o all'i.p.s. per un atto contrario ai doveri d'ufficio o di servizio, dalla violenza e minaccia (2° co.) per un atto dell'ufficio o servizio, aggiunge la violenza o minaccia «per influire comunque» sul soggetto pubblico. Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 184 ss.

³¹ Cass., 4 giugno 2014, n. 23354, in *DeJure*.

³² In quella occasione la Corte costituzionale ha espressamente rilevato che: "evidentemente si rinunciava preventivamente alla valutazione comparativa degli interessi contrapposti", ed ancora "erano ben consapevoli che i corrotti si impegnavano preventivamente, contro i doveri del loro ufficio, a non esercitare quel potere di libero apprezzamento dei contrapposti interessi che era inerente alle loro funzioni".

³³ Cass., 4 giugno 2014, n. 23354, in *DeJure*.

discrezionale, *inutiliter data*, e questo perché difficilmente potrà immaginarsi una dazione offerta dal privato, in mancanza di un accordo sia pur generico, per un atto che il p.u. ha compiuto nel pieno rispetto del suo ufficio e dei suoi poteri.

Sul punto, è utile ribadirlo, gli artt. 318 e 319 c.p. prevedono che le “utilità” integranti la vendita della funzione o il suo illegittimo utilizzo, possano essere erogate anche dopo l’esercizio delle funzioni stesse, in conformità al duplice schema perfezionativo del reato³⁴, ma pur sempre in presenza di un, sia pur generico, accordo tra corrotto e corruttore³⁵; anche se, a dire il vero, taluni osservano che nella corruzione c.d. susseguente mancherebbe un “vero e proprio” patto corruttivo³⁶.

Non è troppo difficile, a questo punto, cogliere (l’asserita) incompatibilità tra discrezionalità amministrativa e corruzione per l’esercizio della funzione.

Per comprendere meglio le criticità sopra esaminate può essere utile volgere nuovamente lo sguardo al bene giuridico tutelato dalle norme esaminate e comprendere se, ed entro quali limiti, l’oggetto della tutela *ex art.* 318 e 319 c.p. coincida.

Ancora oggi, a ragion veduta, possono porsi in debito risalto le componenti costituzionali della tutela del buon andamento e della imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.), ma purché si abbandoni la pretesa che suddetti termini, da soli, possano svolgere la funzione di individuare il “criterio di incriminazione”³⁷: tale funzione è invero pregiudicata dalla sostanziale incertezza circa il significato concreto da attribuirgli.

Al “buon andamento” può senz’altro ricondursi ogni tipo di corruzione, ma solo se lo si intenda nella sua accezione più ampia di “regolare funzionamento della p.a.”.

All’imparzialità, invece, si può senz’altro ricondurre la corruzione propria antecedente; ma identica cosa non può dirsi per gli altri tipi di corruzione: in quella susseguente, ad esempio, siccome l’atto è già stato compiuto, per ravvisare una messa in pericolo dell’imparzialità si deve ricorrere alle “presunte motivazioni dell’agente”.

Nella corruzione *ex art.* 318 c.p., anche senza guardare ai singoli atti da compiersi o già compiuti, la funzione (corrotta) viene comunque assunta dalla norma come in concreto esercitata con le modalità o nei termini conformi all’ordinamento e corrispondenti al migliore interesse pubblico.

In sintesi, può senz’altro dirsi che le norme sui delitti di corruzione mirano tutte alla tutela della c.d. “ispirazione esclusiva” delle pubbliche funzioni (ossia, l’attività svolta deve essere giustificata dalle sole funzioni che la legge attribuisce al soggetto pubblico), e al migliore interesse generale. Il buon andamento e l’imparzialità, dunque,

³⁴ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208; Cass., 1 dicembre 2016, n. 4105, in *DeJure*.

³⁵ Per la consumazione, coerentemente all’impostazione che ritiene i delitti in esame configurabili nello schema del reato di pericolo, la prassi giudiziaria ritiene sufficiente il mero raggiungimento (anche) solo di un accordo sulla ricompensa da versare in cambio dell’atto o del comportamento del pubblico agente, anche se restino da definire ancora i dettagli sulla concreta fattibilità dell’accordo e sulla precisa determinazione del prezzo da pagarsi. Cfr. Cass., 25 febbraio 2013, n. 13048, in *Cass. pen.* 2014, 941.

³⁶ Cfr. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, 236.

³⁷ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 139.

sono protetti dall'ordinamento mediante il divieto di accordi basati su uno scambio tra denaro o altra utilità in rapporto ad attività funzionali del p.u. da compiere o già compiute, che potrebbero realmente o potenzialmente inquinare l'attività amministrativa³⁸.

Orbene, anche ammesso che la tutela cui le norme sono indirizzate tende, almeno teoricamente, a coincidere, nell'art. 318 c.p. l'esercizio della funzione si contrappone all'atto *ex art.* 319 c.p. perché è conforme ai doveri dell'ufficio. Come osservato, la conformità dell'atto amministrativo non (per forza) coincide con la sua legittimità, piuttosto indica l'adeguamento a leggi o regolamenti che disciplinano lo svolgimento dell'operato del soggetto pubblico: quindi, la corruzione dell'art. 318 c.p. ha per oggetto atti o comportamenti che corrispondono a "ciò che doveva essere", che rispettano cioè la normativa sostanziale ma violano (appunto, per quel che qui interessa) l'imparzialità.

5. Conclusioni.

I brevi rilievi fin qui svolti, offrono lo spunto per una riflessione in merito alla "dichiarata" inconciliabilità della corruzione per l'esercizio della funzione con l'atto discrezionale dell'agente pubblico: incompatibilità che, ancorché non espressa dal legislatore, risulta granitica nella prassi giudiziaria. I dubbi generano dalla stessa *ratio* che ha ispirato la riforma del 2012, nonché dal dovere di conciliare le esigenze repressive con i principi generali che regolano l'ordinamento penale nazionale.

Dunque, dal momento che le norme esaminate rispondono all'esigenza di reprimere forme diverse di mercimonio della pubblica funzione, connotate da un differente e meno grave disvalore e diverse modalità costitutive, è in questo senso che non si comprende il rigoroso atteggiamento della giurisprudenza inteso a configurare in modo (pressoché) automatico il reato di corruzione propria quando venga in rilievo l'attività amministrativa discrezionale (c.d. vendita della discrezionalità).

Tali perplessità, residuano in ragione del fatto che (anche) in presenza di attività discrezionale, sarà ben possibile graduare la gravità della condotta e il danno che derivano dai diversi tipi di corruzione. Ed invero, se la *ratio* dell'art. 318 c.p. è quella di sanzionare le ipotesi di "violazione dell'imparzialità" (posto che la normativa sostanziale non viene violata e il danno non si verifica), non sembra essere coerente con il sistema escludere la corruzione impropria nelle ipotesi in cui sia pienamente rispettata la normativa sostanziale e perseguito l'interesse generale, laddove appunto, l'unico "fattore" violato sia l'imparzialità nella comparazione degli interessi in gioco.

A titolo esemplificativo, s'immagini il caso di un membro della commissione aggiudicatrice di una gara pubblica, che si sia reso disponibile, in cambio di denaro o altra utilità, a tenere informato un altro soggetto, interessato agli sviluppi della gara stessa, e ad avvertirlo *in itinere* sulle eventuali problematiche ostative

³⁸ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 141.

all'aggiudicazione, e quest'ultimo, risulti poi effettivamente aggiudicatario dell'appalto: il tutto, però, senza alterare quello che sarebbe stato l'esito finale della gara anche in assenza del c.d. *pactum sceleris* e perseguendo l'interesse generale, nonché, addirittura, "grazie" alle illegittime informazioni fornite dal p.u., perseguendolo con un risparmio di spesa per l'amministrazione aggiudicatrice, sì da realizzare, oltre al pubblico interesse, anche i principi di efficienza ed economicità dell'*agere* pubblico.

Ben più coerente con le "nuove" fattispecie di corruzione, sarebbe, quindi, in presenza di attività pubblica discrezionale e corrotta, valutare attraverso un giudizio di prognosi postuma (*ex ante* e in concreto) il risultato finale dell'attività stessa. In questo modo, laddove si accerti che l'interesse pubblico sia stato perseguito (nella sua forma più vantaggiosa, onde rispettare anche il principio di efficienza ed economicità amministrativa) e l'atto risulti, in concreto, identico a quello che sarebbe risultato in assenza dell'accordo corruttivo, a ben vedere saranno integrati gli estremi – *sub specie* "vendita dell'imparzialità" – del più lieve delitto di corruzione per la funzione.

Di contro, nell'ipotesi in cui l'interesse pubblico non sia stato perseguito (oppure non è stato perseguito nella sua forma più vantaggiosa) e l'atto adottato dal soggetto pubblico è difforme da quello che sarebbe stato in assenza del *pactum sceleris*, si verserà chiaramente in ipotesi di corruzione propria per un atto contrario ai doveri d'ufficio (perché materialmente e sostanzialmente diverso da quello prescritto secondo la legge o i regolamenti).

Solo in questo modo sembrerebbe possibile differenziare le due forme di corruzione e ripristinare una coerenza sistematica; coerenza che rispecchia anche il diverso atteggiarsi dei reati *ex art.* 318 e 319 c.p., l'uno di pericolo (il danno non si è verificato perché l'interesse pubblico è stato perseguito), l'altro di danno (l'interesse pubblico non è stato raggiunto ovvero sono state poste in essere attività contrarie all'ufficio), secondo quanto affermato anche dalla giurisprudenza³⁹.

Il comportamento del pubblico ufficiale che "vende la propria imparzialità" è senza dubbio offensivo dei beni tutelati dalla normativa in tema di corruzione⁴⁰, ma, nel rispetto dei più generali principi di eguaglianza, proporzione e ragionevolezza della pena (artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nonché 49 CDFUE), la risposta sanzionatoria

³⁹ Così si legge in Cass. sez. VI, 25 settembre 2014, "L'art. 318 c.p., in quanto punisce genericamente la vendita della funzione, si attegge come reato di pericolo, mentre l'art. 319 c.p., perseguendo la compravendita di uno specifico atto d'ufficio, è reato di danno. Nel primo caso la dazione indebita, condizionando la fedeltà e imparzialità del pubblico ufficiale che si mette genericamente a disposizione del privato, pone in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione; nell'altro, la dazione, essendo connessa sinallagmaticamente con il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto, meritando quindi una pena più severa", in *italgiure.giustizia.it*

⁴⁰ Taluno addirittura nega il reato quando il servizio sia stato reso senza omettere o ritardare altri atti d'ufficio e il compenso sia proporzionato non all'importanza dell'atto ma allo stesso servizio *extra*. Ad esempio, cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, 431 ss. Tale conclusione, però, appare precaria: il rigore dell'art. 318 non è per nulla da collegare al tempo eventualmente sottratto all'impegno ufficiale, bensì alla "compravendita" della funzione.

dovrebbe essere graduata in base al duplice parametro del disvalore d'azione e del disvalore di evento e, quindi, del diverso tipo di danno arrecato alla pubblica amministrazione.

Le ipotesi fin qui descritte, sia chiaro, sono ben differenti dall'accordo illecito che si risolve nello "stabile asservimento" del pubblico agente agli interessi di terzi (attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari o conformi ai doveri dell'ufficio), che, ancorché non predefiniti e non specificamente individuabili *ex post*, sono, per condivisibile opinione, ricondotti al paradigma dell'art. 319 c.p., considerato il maggior disvalore d'azione, danno o messa in pericolo del bene giuridico protetto.

Quanto affermato si spiega anche in merito ai c.d. "vizi della discrezionalità" come sopra descritti.

In sintesi, laddove l'agente violi il solo vizio dell'imparzialità si troverà in una posizione meno riprovevole, quindi, coerentemente, dovrebbe essere punito meno gravemente *ex art.* 318 c.p. Di contro, l'agente che violi contemporaneamente tutti e tre i vizi in questione, vale a dire l'imparzialità, il raggiungimento del pubblico interesse e il fine per il quale il potere è stato attribuito, dovrebbe rispondere della propria condotta, più grave, secondo le dinamiche dell'art. 319 c.p.

Per questi motivi, in conclusione, pur condividendo le perplessità espresse dal collegio della VI Sezione della Corte di Cassazione in merito alla vicenda esaminata, residua qualche dubbio in ordine alla rinnovata (implicita) dichiarata incompatibilità tra il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione e l'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Infatti, ancora una volta⁴¹, la c.d. "vendita della discrezionalità" viene ricondotta (in modo apparentemente automatico) nelle trame della corruzione c.d. propria, nonostante la *ratio* della riforma n. 190/2012 sembrerebbe avallare una diversa impostazione. Ed invero, con il novellato art. 318 c.p., il legislatore ha proprio inteso ampliare l'area di punibilità alle fattispecie di monetizzazione del *munus publicus* in tutte quelle ipotesi in cui non sia accertato un determinato o ben determinabile atto contrario ai doveri d'ufficio, ipotesi, quest'ultima, espressamente contemplata all'art. 319 c.p.⁴².

Anche in questa occasione, come in passato⁴³, la Cassazione sembrerebbe lasciare uno spiraglio all'applicazione dell'art. 318 c.p. in una non meglio specificata ipotesi in cui l'atto risulti "sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque

⁴¹ Così Cass., 14 giugno 2017, n. 35940, in cui è ribadito che "integra il delitto di corruzione propria la condotta del pubblico ufficiale che, dietro elargizione di un indebito compenso, esercita i poteri discrezionali rinunciando ad una imparziale comparazione degli interessi in gioco, al fine di raggiungere un esito predeterminato, anche quando questo risulta coincidere, *ex post*, con l'interesse pubblico, e salvo il caso di atto sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni, in quanto, ai fini della sussistenza del reato in questione e non di quello di corruzione impropria, l'elemento decisivo è costituito dalla «vendita» della discrezionalità accordata dalla legge".

⁴² Cfr. BENUSSI, *op. cit.*, 262.

⁴³ Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 23354, in *DeJure*.

adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni”⁴⁴, ipotesi in cui, cioè, come sopra osservato, il delitto di corruzione non troverebbe molti margini di applicazione. Com'è possibile constatare, nonostante i delitti di corruzione abbiano cambiato volto a seguito della riforma 190/2012, il 'diritto vivente' in materia di vendita delle funzioni continua a rimanere legato al passato, propugnando una *interpretatio abrogans* dell'art. 318 c.p.⁴⁵.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 14 giugno 2017, n. 35940, 3, in *italgiure.giustizia.it*.

⁴⁵ Cfr. GARGANI, *op. cit.*, 1034