

Capitolo 5

I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.

Roberto Rampioni

SOMMARIO: Sezione I. *Caratteri generali*. – Sezione II. *I delitti di peculato*. – Sezione III. *Le frodi nelle erogazioni pubbliche o comunitarie*. – Sezione IV. *Le fattispecie di “abuso”*. – Sezione V. *Rifiuto di atti di ufficio. Omissione (art. 328 c.p.)*. – Sezione VI. *Ulteriori figure di reato*.

Sezione I

Caratteri generali

SOMMARIO: 1. La sistemazione codicistica dei delitti contro la P.A. – 2. I molteplici interventi riformatori in materia di delitti del pubblico funzionario contro la P.A.: linee generali. – 2.1. La riforma legislativa del 1990. – 2.2. La riforma legislativa del 2012. – 2.3. La riforma della riforma “Severino”: la l. 27.5.2015, n. 69. – 2.4. La legge c.d. “Spazzacorrotti” – 3. Verso la cd. “fattispecie unica” delle Proposte del ’94? Giustizialismo e populismo giudiziario quali “sentimenti” ispiratori delle recenti riforme. – 4. La nozione penalistica di “P.A.”. – 5. Il mutamento del rapporto cittadino-Stato nel nuovo ordinamento costituzionale. Funzioni pubbliche e rispettivi interessi meritevoli di tutela. – 6. I limiti del potere di sindacato del giudice penale sull’atto amministrativo e l’accertamento del fatto-reato. – 7. Le qualifiche soggettive: le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio (artt. 357 e 358 c.p.). – Presentazione dell’argomento. – 7.1. La nozione di pubblico ufficiale. – 7.2. La nozione di incaricato di pubblico servizio. – 7.3. L’esercizio di fatto delle pubbliche funzioni. – 7.4. L’ultrattività delle qualifiche soggettive (art. 360 c.p.). – 7.5. Cessazione della qualifica soggettiva per il mutamento della normativa extrapenale.

1. *La sistemazione codicistica dei delitti contro la P.A.*

Il titolo II del codice disciplina i delitti contro la P.A. e si articola in tre capi: nel terzo capo (da art. 357 ad art. 360) vengono descritte le “disposizioni comuni”, mentre coi primi due capi si individuano – differenziandoli a secon-

da della provenienza dell'offesa, più grave in caso di inosservanza dei doveri funzionali da parte del funzionario pubblico – i “delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione” (da art. 314 ad art. 335) ed i “delitti dei privati contro la pubblica amministrazione” (da art. 336 ad art. 356).

L'impianto codicistico ripropone la denominazione già adottata dal codice previgente (rispetto al quale, tuttavia, anticipa la collocazione della materia dal terzo al secondo capo, essendosi inteso riconoscere maggiore gravità sul piano dei contenuti dell'offesa ai delitti in questione).

2. I molteplici interventi riformatori in materia di delitti del pubblico funzionario contro la P.A.: linee generali

L'attuale assetto della classe dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. – al di là della collocazione sistematica dell'intitolazione – innova in gran parte nei suoi profili strutturali l'originaria formulazione codicistica. La materia, infatti, almeno a far data dal fenomeno “Tangentopoli”, sotto l'insegna “Lotta alla corruzione” è stata oggetto di distinti e successivi interventi novellistici, senza dubbio i più importanti operati nel tempo sulla parte speciale del codice.

2.1. La riforma legislativa del 1990

Nell'aprile del 1990 con la l. n. 86 (*Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*) si è cercato di allineare, innanzitutto, la materia in discorso al mutato quadro politico-costituzionale come al differente assetto amministrativo-organizzativo dello Stato. E, del resto, se, per un verso, si è inteso potenziare la risposta punitiva in ordine alle diverse forme di “affarismo” del funzionario pubblico, per l'altro, si è cercato di scongiurare prassi giurisprudenziali irragionevolmente rigoriste, scopo questo perseguito attraverso una descrizione più precisa e determinata del tipo legale, come attraverso il contenimento del c.d. sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, non infrequentemente causa di interferenze sul piano delle valutazioni politico-amministrative riservate alla P.A.¹

Si è così proceduto all'abrogazione (artt. 315 e 324: malversazione a danno di privati; interesse privato in atti di ufficio) ovvero alla riformulazione-introduzione *ex novo* (art. 314: peculato, con l'introduzione del peculato c.d. d'uso; art. 316 *bis*: malversazione a danno dello Stato; art. 319 *ter*: corruzione in atti giudiziari; art. 322: istigazione alla corruzione, con la previsione della “sollecitazione”; art. 323: abuso di ufficio, successivamente oggetto di ulteriori modifiche; art. 326: rivelazione di segreti di ufficio, con la previsione della figura del-

¹ Cfr. in argomento F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, 13 s.

V. più in generale sul tema AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Stile, ISISC, Napoli, 1987.

la “utilizzazione”; art. 328: rifiuto e omissione di atti di ufficio) di non poche norme incriminatrici.

Ed ancora si è inteso ridisegnare le nozioni delle qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio ovvero dei soggetti destinatari delle norme in esame; ciò nel tentativo di superare i gravi contrasti giurisprudenziali delineatisi in argomento, non soltanto nel distinguere il settore pubblicistico da quello privatistico, ma anche nel delimitare la pubblica funzione rispetto al pubblico servizio.

Sul piano del trattamento sanzionatorio con la riforma del '90 si è fatto corrispondere al generale inasprimento delle pene detentive la soppressione di quella pecuniaria, originariamente prevista in forma congiunta. E si è introdotta, al contempo un'attenuante speciale indefinita (art. 323 *bis*), la cui previsione mira a mitigare il regime sanzionatorio di alcune tassative ipotesi di reato contro la pubblica amministrazione (artt. 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 320, 322, 322 *bis* e 323), allorché il “fatto” si riveli di “particolare tenuità”².

La riforma del '90, per più versi frettolosa e non appagante, al di là degli interventi modificativi operati, ha mantenuto, appunto, l'originario assetto del titolo II, rinnovando la scelta di concentrare i delitti contro la P.A. in un autonomo settore per la peculiarità dei compiti assegnati al pubblico funzionario il cui ruolo, nel perseguimento delle finalità di interesse generale, si ricollega alla manifestazione della sovranità statale. In definitiva, non è mutata (e non risulta oggi mutata) l'originaria impostazione autoritaria (non estranea all'ideologia liberale e di recente riproposta con la re-introduzione della fattispecie incriminatrice dell'oltraggio, art. 341 *bis*) per la quale, nel novero degli interessi oggetto di tutela penale, quelli facenti capo allo Stato finiscono per assumere un valore preminente ed assorbente³.

Con la riforma del '90, per un verso, preso coscienza del nuovo rapporto cittadino-Stato a seguito dell'avvento della Carta Costituzionale⁴, si è inteso contrastare i rigorismi interpretativi della giurisprudenza (la meno propensa a dismettere letture in chiave autoritaria del dato normativo) tutti fondati su una “artificiale” ed illiberale oggettività giuridica (il “prestigio” della P.A.); per l'altro, tuttavia, gli interventi modificativi, non inserendosi in una più ampia ed

² Con la l. n. 300/2000, al fine di potenziare le misure patrimoniali quale mezzo di contrasto della criminalità economica, è stata introdotta una confisca *speciale* (art. 322 *ter* c.p.) con evidente funzione punitiva, dal momento che alla confisca ordinaria si aggiunge la confisca c.d. “per equivalente” nelle ipotesi in cui la confisca dei beni costituenti il profitto od il prezzo del reato non risulti possibile.

³ In generale, sui caratteri della riforma del '90 cfr. F. PALAZZO, *La tutela penale della pubblica amministrazione e il rapporto tra politica e legalità*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, 623 s.

In tema di reintroduzione del delitto di oltraggio cfr. G.L. GATTA, *La risurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *‘Il pacchetto sicurezza’ 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in l. 23 aprile 2009 n. 38 ed alla l. 15 luglio 2009 n. 94)*, a cura di D. Mazza e F. Viganò, Torino, 2010, 153 s.

⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*, in *Giust. pen.*, 2011, I, 235 s.

approfondita rivisitazione della materia, non soltanto si sono di frequente rivelati peggiorativi rispetto alle originarie soluzioni codicistiche, ma soprattutto non sono valsi ad impedire interpretazioni che, frutto della destrutturazione del modello legale, hanno preteso nuovamente sanzionare l'“infedeltà” del pubblico agente piuttosto che la lesione o messa in pericolo di beni giuridici materiali e personali.

2.2. La riforma legislativa del 2012

Accompagnata da un clamore mediatico allarmante e sostenuta da un rurgito di interesse politico sospetto, la riforma del 2012 presenta, essenzialmente, tre *rationes*:

- ovviare, innanzitutto, alla presenza nell'impianto normativo (risultante dalla riforma del '90) di vere e proprie “lacune” di tutela, vuoi, alla luce delle indicazioni provenienti dalla esperienza giurisprudenziale, vuoi, in ragione delle mutazioni subite dal fenomeno corruttivo; a ciò si è associata l'esigenza di riconfigurare alcune fattispecie incriminatrici allo scopo dichiarato di agevolare (meglio, semplificare) l'accertamento giudiziale;

- adempiere agli “obblighi” contratti in sede internazionale come adeguare il quadro normativo alle “raccomandazioni” provenienti dagli strumenti di c.d. *soft law*;

- operare un rafforzamento della stigmatizzazione penale in materia e, dunque, innanzitutto provvedere ad un inasprimento delle forbici sanzionatorie.

Ora, si è ritenuto di soddisfare simili esigenze, innanzitutto, coll'intervenire sulla struttura dei delitti di concussione e di corruzione – fattispecie incriminatrici sostanzialmente non toccate dalla riforma del '90 – e coll'introdurre, in posizione limitrofa al reato di millantato credito, il delitto di “traffico di influenze illecite” (art. 346 *bis*), oltre ad ampliare l'area dell'incriminazione dell'art. 2635 c.c., rubricato *ex novo* “corruzione fra privati”. Sotto tale profilo le novità di maggior rilievo sono individuabili, da un lato, nella scissione del binomio costrizione-induzione – schema tipico proprio dell'originario reato di concussione – con assunzione da parte della condotta di induzione di autonoma rilevanza penale nel quadro della fattispecie di “Induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319 *quater* c.p.); dall'altro, nella fissazione del baricentro della tipicità dei delitti di corruzione, non più nella compravendita dell'“atto”, ma nella mercificazione della funzione, sostituendo all'originaria forma di corruzione “per atto di ufficio” quella di corruzione “per l'esercizio della funzione”.

Sul piano della risposta sanzionatoria le cornici edittali risultano generalmente innalzate anche in quelle fattispecie, quali il peculato o l'abuso di ufficio, rimaste immodificate sotto il profilo strutturale. Notevole importanza riveste l'estensione delle pene accessorie: l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 317 *bis* c.p.) è ora applicabile alla corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio ed alla corruzione in atti giudiziari; l'incapacità di contrattare con la P.A. (art. 32 *quater* c.p.) e l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego (art. 32 *quinquies* c.p.) vengono estese al nuovo reato di cui all'art. 319 *qua-*

ter c.p. Così come è significativo che nel catalogo dei reati che determinano l'operatività del d.lgs. n. 231/2001 siano stati aggiunti i delitti di induzione indebita e di corruzione fra privati nelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 2635 c.c. (non anche il nuovo reato di traffico di influenze illecite).

L'inasprimento delle cornici edittali se, sul piano processuale, comporta l'applicabilità delle misure cautelari personali al delitto di abuso di ufficio; sul piano sostanziale, determina l'importante effetto di prolungare – ovviamente, a decorrere dell'entrata in vigore della novella – il termine finale della prescrizione.

Rinviando all'esame delle singole fattispecie una valutazione critica dell'intervento riformatore, è lecito sin d'ora rilevare che, in effetti, la ragione *primaria* di simile intervento, diversamente da quanto realizzato, in origine si collocava sul versante della prevenzione amministrativa. Riforma, dunque, mancata o addirittura tradita?

È notorio che le novità penalistiche, di per sé, non assicurano alcun risultato. La proliferazione di fattispecie incriminatrici dà vita a crescenti difficoltà di qualificazione giuridica del fatto; l'inasprimento delle pene edittali ha una forte valenza simbolica, ma sarebbe semplicistico – oltre che contrario all'insegnamento di Beccaria – fare affidamento su una valenza deterrente della pena. Decisive sono le condizioni “a monte” da cui dipende l'osservanza della legge; ed a tal fine il legislatore avrebbe dovuto, in via prioritaria, dare attuazione a quei settori della riforma (rimasti meramente programmatici) concernenti i “modelli organizzativi” della prevenzione.

L'ottica, sempre e comunque, deve essere quella della riduzione del penale ad *extrema ratio*. Il diritto penale, concepito per reprimere non già fenomeni criminali, ma singoli episodi delittuosi, presenta un carattere puntuale ed episodico; è strumento di tutela *sussidiaria* di beni meritevoli di protezione rispetto a modalità di lesione particolarmente insidiose, non già strumento di lotta volto a colpire ogni fatto in grado di favorire il proliferare di simili fenomeni o che ne sia un indice rilevatore.

Il diritto penale, in definitiva, ha bisogno di un contesto in cui operino altre forme di responsabilità, giuridiche o meno. L'espansione del penale, il ruolo di supplenza a lui affidato, a fronte di una “questione morale” ingigantita dall'assenza di specie diverse di responsabilità, conducono a risultati paradossali, fra i quali – in via primaria – la deresponsabilizzazione sul piano etico-politico dei destinatari dei precetti e il sovraccarico sulla giustizia penale che, assumendo l'improprio ruolo di custode della moralità pubblica, dà vita a forme inaccettabili di autoritarismo.

La direzione giusta, l'unica – diversamente da quanto realizzato – è quella della “disciplina integrata” di contrasto alla corruzione, amministrativa-penale, preventiva-repressiva, che intervenga in via primaria – come, del resto, richiedono le istituzioni europee – sui modelli di organizzazione-funzionamento dell'amministrazione pubblica e che introduca codici di comportamento nonché la responsabilità disciplinare dei pubblici agenti⁵.

⁵ Cfr. in argomento F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, n. 1, 227 s.

Già alla luce di simili essenziali rilievi non appare privo di fondamento sostenere che con la modifica delle fattispecie incriminatrici in esame – così assecondando le pressanti indicazioni provenienti dalla magistratura – si è puntato, per un verso, alla “semplificazione probatoria” (in particolare, nei delitti di corruzione, attraverso l’enucleazione dell’“atto” dallo schema descrittivo), per l’altro, ad una esasperata anticipazione della tutela.

Quali, poi, è doveroso chiedersi, i *reali* obblighi assunti in sede internazionale? Come osserva Canfora⁶, non sempre è vero quanto si afferma in materia: non è dubitabile, ad esempio, che la Convenzione ONU di Merida del 2003 e la Convenzione sulla corruzione di Strasburgo del 1999 impongano di sanzionare penalmente la corruzione sia propria che impropria, ma – si badi – nella sola forma antecedente. Quali, dunque, corrispondentemente agli obblighi reali, i “limiti” di intervento?

Con l’inasprimento del trattamento sanzionatorio, infine, non si procede ad un uso sempre più simbolico del diritto o, peggio, non si aspira ad un diritto penale in funzione moralizzatrice? Innegabile, tuttavia, che attraverso l’aumento del limite massimo edittale si sia preteso di offrire una soluzione – evidentemente affetta da zoppia – al problema, questo vero e reale, della prescrizione, senza tener conto della *irragionevolezza* dei raggiunti livelli sanzionatori in ordine ad una corretta politica di prevenzione generale⁷.

Già ad un primo approccio non si è lontani dal vero se si afferma che si assiste allo “sviamento” dell’unica possibile (ed utile) riforma in materia, che, appunto, avrebbe dovuto innanzitutto mirare alla individuazione di modelli di organizzazione, di funzionamento e di controllo “interni” alla pubblica amministrazione. Alcune fattispecie, nella loro formulazione, recepiscono “pezzi di diritto giurisprudenziale”, così legittimandolo; altre, nuove nei contenuti, riguardano (singolarmente per una classe dei delitti dei pubblici funzionari) i soggetti attivi “privati”. I mutamenti del quadro precettivo vanno tutti nel senso, ambiguamente espresso, di un ampliamento dell’area della responsabilità. Come detto, si assiste ad un generale inasprimento dei livelli sanzionatori nel tentativo, improprio, di arginare fenomeni prescrittivi. L’unica reale modifica di sistema sta nello spostamento del confine tra corruzione e concussione; sospinti, tuttavia, dalle pressioni provenienti dalle istituzioni internazionali si è dato vita ad una proliferazione di fattispecie incriminatrici – propria di una tecnica casistica – che aumenta le difficoltà di qualificazione giuridica del fatto e pone gravi problemi di concorso di norme.

⁶ Cfr. L. CANFORA, *È l’Europa che ce lo chiede: falso*, Bari, 2012.

In materia non va, peraltro, trascurato quel “circolo virtuoso”, quanto strumentale, che spesso si crea tra indicazioni provenienti dall’interno (autorità giudiziaria, apparato amministrativo), rappresentanti all’estero ed assunzione di impegni.

In argomento, v. L. SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l’Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012, 4270; A. SCARCELLA, *Il contrasto alla corruzione tra leggi nazionali e strumentali di lotta internazionali*, in *Giust. pen.*, 2012, II, 631 s.

⁷ Cfr. C.F. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella-M. Pelissero, 2013, 5.

2.3. La riforma della riforma “Severino”: la l. 27.5.2015, n. 69

A poco più di due anni dalla riforma “Severino” si interviene nuovamente con disposizioni modificative della disciplina dei delitti contro la P.A. Nuove vicende giudiziarie (Mose, Expo, Mafia Capitale e così via) allarmano l'opinione pubblica, dunque occorre fronteggiare anche queste ultime istanze di sicurezza, pena la perdita del “consenso”. “C'è metodo e logica in questa follia che ci divora da almeno quarant'anni”, ammonisce Tullio Padovani⁸. Un legislatore, ormai in evidente stato confusionale – e che si affida, per via mediatica, all'inasprimento del quadro sanzionatorio primariamente allo scopo di allungare i termini prescrizionali – questa volta (oltre a rivitalizzare il delitto di falso in bilancio, spesso funzionale al rapporto corruttivo) viene ad “accostare” a tale rapporto, spesso di carattere sistemico, il fatto associativo mafioso; titola, invero, la novella: “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”. Le nuove vicende giudiziarie, all'evidenza, portano ad operare, emozionali quanto improprie, commistioni tra piani ben diversi, quello socio-criminologico e quello giuridico, quasi a suggerire, del tutto erroneamente, che il carattere “sistemico” del rapporto corruttivo implica il riconoscimento dell'esistenza di un'associazione di stampo mafioso, in forza della ritenuta “necessaria contiguità” di simili fenomeni criminali.

L'intervento riformatore si concretizza, innanzitutto, in significativi *incrementi sanzionatori*, in particolare, del “blocco” dei reati di corruzione: una “metragliata sanzionatoria senza senso”⁹, con la quale si cerca di supplire alla crisi di effettività del sistema, operando puramente e semplicemente sulla forbice edittale e non sulla disciplina degli istituti verosimilmente responsabili (v., ad es., la disciplina della prescrizione) della crisi medesima; scelta che acuisce la perdita di centralità del modello codicistico di commisurazione della pena e che altera irrazionalmente ogni dosimetria sanzionatoria (la c.d. progressione) tra le diverse fattispecie incriminatrici. Una volta di più si confida, errando, sulle capacità preventive dell'armamentario penalistico, ma soprattutto ci si affida alle virtù mass-mediatiche del diritto penale.

A parte l'intervento sulla struttura del delitto di concussione con la reintroduzione – quale soggetto attivo – della figura di incaricato di pubblico servizio, vengono aumentati i limiti massimi delle pene principali (aumenti funzionali, appunto, ad elevare il termine di prescrizione dei reati per i delitti di cui agli artt. 314, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*) ed inaspriti quelli minimi (per i delitti di cui agli artt. 319, 319 *ter*, 319 *quater*).

Non ci si avvede, tuttavia: – che, del tutto irragionevolmente, viene equiparato il minimo edittale della corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio al minimo edittale della concussione; – che la forbice edittale della corruzione in atti giudiziari risulta parificata a quella della concussione, finendo così per

⁸ T. PADOVANI, *Legge Severino, riforma della riforma con nodi inestricabili*, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, 10 s.

⁹ Così T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 10.

omologare, del tutto illogicamente, il giudice corrotto al giudice che ottenga un'utilità, minacciando alla parte una decisione sfavorevole; – che i nuovi limiti edittali dell'induzione indebita a dare o promettere (da sei anni a dieci anni e sei mesi) rendono inoperante la clausola di riserva prevista per l'applicazione della disposizione ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), allontanando – in modo incomprensibile – la disposizione medesima dell'area della corruzione.

All'aumento dei minimi edittali potrà corrispondere, peraltro, una più ampia applicabilità della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici (artt. 317 *bis* e 29 c.p.) come delle sanzioni amministrative della incandidabilità e della decadenza a ricoprire cariche elettive o incarichi di Governo (d.lgs. 31.12.2012, n. 235).

Viene, poi, introdotta una sanzione a contenuto patrimoniale, la "riparazione pecuniaria" (art. 322 *quater*), irrogabile nei confronti del pubblico agente responsabile dei delitti di peculato, concussione e corruzione, consistente nel "pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto".

Si detta, inoltre, una diversa disciplina della sospensione condizionale della pena (art. 165, comma 4, c.p.), subordinandone la concedibilità "al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito" dal pubblico funzionario, ogniqualvolta venga condannato per i reati di peculato, concussione, corruzione ed induzione indebita a dare o promettere utilità.

In ambito processuale si rende, innanzitutto, più difficile l'accesso ai riti alternativi, vincolando l'ammissibilità della relativa richiesta "alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato" (art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Sul piano dell'accertamento dei rapporti corruttivi si introduce il "grimaldello" del pentitismo¹⁰. All'art. 323 *bis* c.p. viene, infatti, aggiunto un secondo comma che prevede una circostanza attenuante speciale volta a favorire la denuncia-rottura del patto corruttivo. Per beneficiare della riduzione di pena sarà, tuttavia, necessario che l'agente "si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite". Una volta di più la "rilevanza" del contributo fornito da chi abbia fatto la scelta di collaborare è affidata alla valutazione ampiamente (*rectius*, eccessivamente) discrezionale del magistrato, nelle cui mani è così rimesso "un duttile strumento per la soave inquisizione"¹¹.

2.4. La legge c.d. "Spazzacorrotti"

Approvata dal Parlamento il 18 dicembre 2018, il 31 gennaio 2019 è entrata in vigore, da ultimo, la legge (n. 3 del 2019) denominata "Spazzacorrotti",

¹⁰ Così T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 10.

¹¹ T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 13.

che introduce ulteriori modifiche in materia di reati contro la P.A. e che, al contempo, novella la prescrizione, sancendone la “sospensione” (in realtà, definitiva) all’atto della pronuncia di primo grado (previsione questa la cui vigenza è, tuttavia, fissata a far data dal 1° gennaio 2020).

Al di là della denominazione voluta dal Ministro della Giustizia [che avvilisce, non solo lessicalmente lo studioso della materia] come in modo sarcastico, ancor prima che criticamente, è stato osservato, si assiste per l’inefficienza del settore, nonostante le incessanti riforme, ad una “perenne emergenza”, che richiede rimedi sempre più consistenti, più penetranti, più severi: “... tanta solerzia e tanta cura non sono evidentemente bastati per estirpare la mala pianta: nuove e più stringenti provvidenze legislative reclama il contrasto di un’epidemia che i farmaci sperimentati non sono riusciti a sconfiggere, nemmeno – pare – ad arginare”¹².

Con la nuova legge – che recepisce anche alcune raccomandazioni rivolte al legislatore nazionale da organismi internazionali (OCSE, Working Group on Bribery, GRECO) – si è inteso modificare:

- la disciplina relativa alla perseguibilità dei delitti di concussione e corruzione commessi all’estero, novellando gli artt. 9 e 10 c.p.;

- la disciplina relativa alle pene accessorie, da un lato, ampliando il campo applicativo ed inasprendo il regime della interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la P.A. (art. 317 *bis* c.p.); dall’altro, assegnando una maggiore afflittività ad esse, attraverso la rimodulazione di alcuni istituti con effetti estintivi in maniera unitaria sulle pene principali e su quelle accessorie, scindendo la loro efficacia così da inibire la loro operatività rispetto ad interdizione dai pubblici uffici ed al divieto di contrattare con la P.A. (riabilitazione, sospensione condizionale, affidamento in prova, patteggiamento);

- l’art. 4 *bis* dell’ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975) coll’inserimento dei più gravi reati contro la P.A. nel catalogo dei reati che precludono l’accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione, a meno di collaborazione colla “giustizia”¹³;

¹²T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 s., il quale soggiunge: “È questo lo scenario delineato per giustificare la necessità di nuovi interventi in materia di corruzione. La Relazione ... non manca di premettere che il “livello di corruzione percepito nel settore pubblico è molto alto” ... Non v’è dubbio alcuno che l’indice di percezione della corruzione ..., sicuramente redatto con criteri di professionalità e di indipendenza, collochi l’Italia in una posizione alquanto critica ... Ma la percezione non sempre e non necessariamente corrisponde alla realtà, soprattutto quando essa non deriva da una esperienza, ma da un giudizio largamente valutativo. Quando ci si basa su dati di esperienza i risultati in effetti cambiano, e non di poco ...”.

¹³T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 9, rileva in senso fortemente critico che il micro-sistema dei delitti di corruzione, non escluse concussione e induzione indebita, “è immesso in blocco nelle fornaci del diritto penale del nemico”.

In argomento anche D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 3, 2019, 235: “L’inserzione di delitti contro la P.A. in discipline speciali pensate per il contrasto alle forme più pericolose di criminalità organizzata va nella linea prefigurata dalla recente inserzione dei delitti di corruzione nel c.d. codice antimafia: ‘*allineamento normativo della criminalità white collar alla criminalità nera*’. Comunque la si valuti

– le figure di reato della corruzione internazionale (art. 322 *bis* c.p.), della corruzione ed istigazione alla corruzione tra privati (artt. 2635 *bis* c.c.), della indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 *ter* c.p.) e della appropriazione indebita (art. 646 c.p.);

– l’art. 318 c.p. (c.d. corruzione funzionale), inasprendone la forbice edittale (da 1 a 6 anni di reclusione ed ora da 3 ad 8 anni di reclusione);

– l’art. 346 *bis* c.p., abrogando la fattispecie “matrice” dell’art. 346 c.p. e riformulando il delitto di traffico di influenze illecite – che punisce condotte prodromiche al rapporto corruttivo – col ricomprendere la fattispecie di millantato credito coevamente abrogata.

Con la legge “Spazzacorrotti” si è inteso, al contempo, introdurre una nuova causa sopravvenuta di esclusione della punibilità, di natura personale, per alcuni dei delitti contro la P.A. imperniata su un comportamento “antagonista” del reo rispetto al disvalore del fatto-reato, sottoposta al ricorrere della duplice condizione normativamente richiesta (art. 323 *ter* c.p.) (denuncia volontaria entro il termine di quattro mesi dalla commissione del fatto; sconoscenza dell’apertura di indagini)¹⁴.

Sotto il profilo delle indagini si estende anche al settore dei delitti contro la P.A. la figura dell’“agente sotto copertura” (implementando il contenuto dell’art. 9, comma 1, lett. a, l. 16.3.2006, n. 146) e si novella, da un lato, l’art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p., consentendo le intercettazioni mediante l’uso dei captatori informatici (c.d. *trojan horse*) su dispositivi portatili nei procedimenti per

nel merito, una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell’accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati. Sulla struttura del *sistema 4-bis* può porsi l’interrogativo se sia legittima la drastica restrizione dell’accesso a benefici e misure alternative, collegata alla pretesa di una collaborazione post condanna. La questione va ragionevolmente articolata con riguardo alle singole figure di delitto inserite nel sistema. Ha senso, e può ritenersi conforme ai principi costituzionali, richiedere al condannato per corruzione o concussione o peculato la collaborazione post condanna come premessa per misure alternative e benefici penitenziari? È prevedibile che nella grande maggioranza dei casi la richiesta di collaborazione sia destinata a ritrarsi, di fronte alla mancanza di elementi idonei a mostrare la possibilità di una collaborazione utile. In tutti i casi di questo genere, la preclusione dei benefici verrebbe a cadere, e il passaggio per le forche caudine del *4-bis* (*incarcerazione comunque*) si rivelerebbe ex post una complicazione (possiamo dire *vessazione* del condannato?) priva di qualsiasi utilità. Ciò potrebbe essere evidente fin da subito, alla luce degli accertamenti compiuti nel giudizio di merito. Giusto il contrario di un’evidenza empirica capace di giustificare una prognosi di pericolosità in assenza di collaborazione. L’inserzione di corruzione, concussione e peculato nel sistema *4-bis* appare dunque irragionevole, per l’assenza di evidenze empiriche sulla possibilità stessa di una collaborazione utile post condanna, tale da prevalere, in caso di mancata collaborazione, sulle ragioni su cui normalmente poggia l’accesso a benefici e misure alternative. In particolare nel caso di condanna per peculato o concussione, non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un’autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa? Da ciò il serio dubbio di legittimità costituzionale, con riferimento al principio d’uguaglianza/ragionevolezza, collegato ai principi (art. 27) relativi alla pena”.

¹⁴ Sul tema PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art. 4 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, 600 s.

delitti contro la P.A. puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; dall'altro, l'art. 266 c.p.p. al fine di derogare in tale ambito alla regola generale, la quale stabilisce che il decreto motivato del g.i.p. deve indicare le circostanze di tempo e di luogo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono¹⁵.

3. Verso la c.d. "fattispecie unica" delle Proposte del '94? Giustizialismo e populismo giudiziario quali "sentimenti" ispiratori delle recenti riforme

Non è, dunque, un caso che, qui giunti, torni a parlarsi delle "Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti", presentate nel corso di un convegno svoltosi a Milano il 14 settembre 1994 dai magistrati del c.d. "pool Mani pulite" e da alcuni professori di diritto e procedura penale¹⁶. Proposte i cui tratti essenziali consistevano, da un lato, in un generalizzato inasprimento sanzionatorio e nella previsione di una causa di non punibilità per la denuncia spontanea dei fatti di corruzione; dall'altro, nella eliminazione della fattispecie di "concussione" con riconduzione dei fatti "costrittivi" al reato di estorsione e dei fatti "induttivi" nell'ambito dei negozi corruttivi; dall'altro ancora, nella creazione di una nuova, "unica" fattispecie di corruzione volta a comprendere ogni caso di indebita dazione o promessa al pubblico agente per il compimento di atti conformi o contrari ai doveri di ufficio "o comunque in relazione alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività"¹⁷.

"Proposte" da tempo abbandonate a fronte delle insuperabili critiche avanzate da autorevoli studiosi del diritto penale in ordine alla "eccentricità" della "fattispecie unica" rispetto ai caratteri e principi fondanti della materia (frammentarietà, offensività, precisione-determinatezza del "fatto-reato", legalità della pena, ambito e limiti del potere discrezionale del giudice)¹⁸. Proposte che,

¹⁵ Per una esauriente disamina della nuova legge v. M. GAMBARELLA, *Il grande assente della nuova "legge Spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 44 s.

Sul tema della "difficoltà di emersione" del fenomeno corruttivo e delle possibili strategie di contrasto cfr. F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 4, 475 s.

Sull'estensione ai delitti contro la P.A. della figura dell'"agente sotto copertura v. G. BARROCCU, *I profili processuali delle operazioni sotto copertura nella normativa anticorruzione: altre nubi in un cielo in tempesta?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, 638 s.

¹⁶ Il testo delle Proposte e della relazione è rinvenibile in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 1025 s.

¹⁷ Si rifanno, fra gli altri, al testo delle richiamate Proposte M. GAMBARELLA, *op. cit.*, 68; S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella-M. Pelissero, Torino, 2013, 385 s.

¹⁸ Fra gli altri: S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 6 s.; C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di mani*

oggi, purtroppo, nella previsione della causa di non punibilità di cui all'art. 323 *ter* c.p. e, soprattutto: – nella “dislocazione” della condotta “induttiva” del pubblico agente (e collegata sanzionabilità della condotta del privato-indotto) nell'area dei fatti corruttivi; – nella destrutturazione del tipo legale, anche a fini di semplificazione probatoria; – nella sostanziale “parificazione in alto” dei livelli sanzionatori delle pur diverse (ma, in definitiva, solo sul piano formale) fattispecie incriminatrici, sembrano trovare, in particolare nella prassi applicativa, pieno accoglimento.

In verità, “giustizialismo” e “populismo giudiziario” sospingono verso un “momento sanzionatorio” caratterizzato da sempre maggiore, indistinta, severità: la novellazione nel tempo operata come le proposte di politica criminale si connotano in tal senso¹⁹. Per riprendere le parole di Didier Fassin, sociologo-antropologo francese, è il “punire la passione contemporanea”.

Si assiste a politiche penali autoritarie, per un verso, indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali ed inefficaci sul fronte della protezione dei medesimi fenomeni (appunto, le ripetute novelle in tema di delitti contro la P.A.); per l'altro, fautrici di un diritto penale (non “minimo” e “ragionevole”, ma) “massimo”, “smisurato” e “perpetuo”, in quanto tale, gravemente lesivo dei diritti fondamentali del cittadino. Come ammonisce l'autore da ultimo citato, il “problema” dovrebbe essere il crimine ed il castigo la sua soluzione; ora, invece, nell'ottica de “il momento punitivo, è il castigo a diventare il problema”²⁰.

Ad un tale risultato concorrono, da un lato, una accresciuta sensibilità sociale per gli atti devianti; dall'altro, il concentrarsi dell'attenzione e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Fenomeno “culturale” il primo aspetto; fenomeno “politico” il secondo.

In tale quadro le proposte di legge assumono la veste di messaggi tesi a riscuotere-mantenere consenso politico, tesi a soddisfare “sentimenti di giustizia” repressiva, non infrequentemente vendicativa; ma anche messaggi volti a vincere “paure”, spesso alimentate da propagande mirate²¹.

Il terreno privilegiato della politica diviene così quello della “sicurezza”.

pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale, in *Cass. pen.*, 1994, 2343 s.; G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 s.; PADOVANI, *Il problema Tangentopoli, tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 s.; C.E. PALIERO, *L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 s.; F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 941 s.; G. ZAGREBELSKY, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, in *Cass. pen.*, 1994, 2337 s.

¹⁹ In argomento sia consentito il rinvio a R. RAMPIONI, *Le modifiche al sistema penale fra “giustizialismo” e “populismo giudiziario”*, in *Ind. pen.*, 2019, 145 s.

²⁰ D. FASSIN, *Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

²¹ D. PULITANÒ, *Sulle politiche penali in discussione*, in *Giurisprudenza penale*, WEB, 2018, 11. Dello stesso Autore, *Intervento a La società punitiva, Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, 3 s.

Sui temi della paura, insicurezza, gestione della collettività, comunicazione di massa ed uso finalizzato dei *mass media*, v. l'ampia indagine criminologica di R. BIANCHETTI, *La paura del crimine*, Milano, 2018.

Il mondo del penale con le sue inchieste, con le relative conferenze stampa, col non infrequente pilotaggio delle c.d. fughe di notizie, colla spettacolarizzazione delle vicende, collo stesso “rito” del dibattimento, ma anche cogli “abusi di motivazione” [i giudizi morali sui protagonisti del processo], “ha conquistato una immediata centralità nella sfera sociale e nell’immaginario collettivo”, quale “strumento di risanamento sociale”, ‘mezzo per acquistare consenso elettorale’, ‘terreno di legittimazione personale e di delegittimazione dell’avversario politico’²².

Si dà vita per questa via ad una identificazione illusoria tra sicurezza e diritto penale, come se il diritto penale possa magicamente determinare la cessazione del crimine: è il nostro l’apparato sanzionatorio più severo esistente in Europa senza che siano stati affrontati e risolti i reali problemi di contrasto alla criminalità. Del carattere fallace e funesto della illusione panpenalistica, del resto, già era ben consapevole Francesco Carrara per il quale “la pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore”.

Ed il c.d. sistema penale incentrato sulla punizione (di cui si propone l’immagine erronea del carattere salvifico) dà a sua volta vita ad un’illusoria equazione: *più minaccia di punizione, più moralità!*

Ecco che allora la politica, smarrita la propria etica, dal momento che lo stesso cittadino apprezza la condotta del politico sulla base della volontà di penalizzazione da questi manifestata, ripiega sul primato del penale, inteso non più come *extrema ratio* ma quale strumento del risanamento sociale. Ed a tale scopo la politica punta sull’eliminazione dei c.d. vuoti di tutela, sulla indeterminatezza delle figure di reato che agevola l’intervento penale, sul trattamento sanzionatorio più grave. Come fondatamente rileva Manes, “è che a fronte dell’emergenza corruzione” – oggetto di una ‘narrazione mediatica’ ormai sedimentata nella memoria collettiva... – e della avvertita necessità di avviare (anche) una battaglia culturale’, lo statuto penale della P.A. registra sempre più – per effetto di riforme che si stratificano con frequenza crescente – una progressiva erosione della tipicità e della frammentarietà, con una conseguente curvatura dell’intervento repressivo verso il mero disvalore di azione, se non in chiave soggettivistica e ‘sintomatica’, al traino di una preminente funzione pedagogica del diritto penale come strumento di palingenesi morale e di ‘etica pubblica’. L’impressione, in altri termini, è che al cospetto di questa meritoria ed urgente ‘operazione culturale’ lo strumentario repressivo sia stato non solo coinvolto, ma assunto come ‘apripista’, piegando progressivamente le fattispecie *lato sensu* corruttive – sempre meno determinate e ‘tipiche’ – allo scopo di una penalizzazione ‘a tappeto’, senza soluzione di continuità né spazi di frammentarietà, così da colpire ogni sintomo o sospetto di possibile contaminazione affaristica²³.

Del tutto singolarmente è stato il Papa a sollevare il tema della legittima-

²² L. VIOLANTE, *La produzione del penale tra governo e parlamento maggioritario*, in *Criminalia*, 2016, 339 s.

²³ V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 s.

zione e del contrapposto “*abuso*” del diritto penale – questione nodale nella descrizione del rapporto tra “*libertà-garanzie dell’individuo*” ed “*autorità dello Stato*” – in occasione dell’incontro con gli studiosi della nostra materia. Egli individua la causa del degenerare in populismo del sistema penale nella “credenza” che attraverso la pena si possano ottenere quei benefici che, diversamente, “richiederebbero l’implementazione di un altro tipo di politica sociale economica”. E, continua il messaggio del Papa, “non si cercano solo capi spiatori che paghino con la loro libertà ... per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c’è la tendenza a costruire deliberatamente dei *nemici*: figure stereotipate che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose”.

Ciò che va difeso, l’interesse reale e primario – osserva conclusivamente il Pontefice – è la “dignità della persona” ed è dovere del giurista (accademico, avvocato, magistrato) garantire simile “valore”²⁴.

Ora, come garantirlo? Non può, infatti, essere trascurato che, ancor prima delle novelle, le pur spesso improbabili letture di istituti di parte generale trovano fondamento in concezioni che, almeno negli intendimenti, pretendono di essere di giustizia; che interpretazioni ed applicazioni “allargate” di schemi tipici si propongano una tutela più comprensiva degli interessi in gioco; che commisurazioni di pena di particolare rigore vengano operate sulla scorta di valutazioni ritenute di giustizia, sia pur essenzialmente in chiave retributiva. Osserva Domenico Pulitanò: “Nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione delle quali la magistratura penale tende a farsi portatrice ... Il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio”²⁵.

È questo un tema, problematico, che non può essere eluso. È l’aspetto che innerva la dibattuta questione del c.d. diritto vivente.

Posti di fronte a ciò, l’esperienza dimostra che una difesa di quel primario interesse, la dignità della persona, non è praticabile, risulta sterile ove ci si muova solo sul piano della legalità formale mentre, appunto, il rigorismo giudiziario trae alimento da istanze morali, seppure non da tutti condivise. Il diritto penale “liberale” ha bisogno di una difesa, innanzitutto, sul piano dell’etica: concezioni “riduzioniste”, che mirino a tener fuori dall’area penalistica comportamenti riprovevoli, “hanno bisogno di rendere esplicita e comprensibile la propria diversa moralità, senza nascondere i problemi ch’essa comporta: una moralità [un’etica] che arriva ad accettare la non punizione di fatti riprovevoli, per ragioni ritenute prevalenti”²⁶.

Ed, appunto, la moralità che caratterizza come liberale un sistema penale va individuata nell’“eticità” di un ordinamento improntato ai principi di ga-

²⁴ In L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 197.

²⁵ D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, 143.

²⁶ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 144.

ranza (legalità, offensività e colpevolezza) e di ragionevolezza-proporzione, ovvero di quei principi – gli unici – in grado di tutelare la “dignità della persona”.

È questa eticità, propria del diritto penale, che va prudentemente bilanciata con le istanze di giustizia provenienti dalla società comune e che va contrapposta con forza a populistici moralismi.

4. La nozione penalistica di “P.A.”

Proprio al fine di cercare di offrire un contenuto *reale* a quei beni di rango costituzionale, imparzialità e buon andamento della amministrazione pubblica (art. 97 Cost.) – al riconoscimento della cui tutela era mirata (almeno) la prima riforma – occorre innanzitutto operare un chiarimento circa il significato e la portata dell’espressione che individua il naturale *pendant* di simili interessi: la nozione penalistica di “pubblica amministrazione”.

Quando si fa riferimento alla nozione di “pubblica amministrazione”, generalmente, non si va al di là del vago enunciato che la “pubblica amministrazione ha subito profonde trasformazioni” e, più in particolare, ci si limita a constatare che gli interventi nei principali settori dell’economia e l’assunzione di nuovi compiti hanno fatto sì che l’assetto amministrativo dello Stato repubblicano sia “non solo radicalmente diverso da quello proprio dell’ordinamento precedente”, ma altresì “in continua evoluzione”.

In verità, i mutamenti intervenuti nell’apparato statale sono ben più sostanziali. Da tempo, ormai, lo Stato non circoscrive l’area del suo intervento, ma diviene esso stesso fornitore di prestazioni ai cittadini: “quasi ogni attività umana trova una corrispondenza in una qualche pubblica amministrazione”. L’amministrazione per gli innumerevoli compiti assunti perde quella fisionomia unitaria che originariamente la caratterizzava, tant’è che oggi si parla di “pubbliche amministrazioni”; viene meno, peraltro, la stessa possibilità di identificare con precisione funzioni quali la legislativa, la giudiziaria, l’amministrativa, non più omogenee sul piano organizzativo: si delineano “modelli diversificati di organizzazione”. E ciò, peraltro, comporta il pericolo che l’ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice si ampli a dismisura, per il fatto che un numero sempre maggiore di individui viene attratto nell’orbita pubblicistica.

Non solo. L’intervento dello Stato, in settori di attività rispetto ai quali in precedenza era rimasto estraneo, è sempre più spesso operato a scapito delle forme pubblicistiche, venendosi così a differenziare ulteriormente l’attività amministrativa d’imperio da quella paritetica, di gestione. Lo Stato, dunque, scende sul terreno dei privati, tende a mutuarne schemi organizzativi e modelli di attività, informa il proprio agire a criteri aziendalistici. E ciò, coll’attenuare il tradizionale distacco fra sfera pubblica e sfera privata, fa all’opposto dubitare della effettiva necessità di una disciplina particolare in materia come della bontà del ricorso allo strumento penale.

Questo insieme di trasformazioni – delineate in estrema sintesi – ha finito per incidere profondamente sul mondo dell’amministrazione pubblica. Ormai

si è consapevoli come questo suo “essere in continuo cammino”, la “variegata molteplicità di esperienze che arricchiscono e complicano” la sua vita, impongono di parlare di nuova fisionomia non già della P.A., ma più propriamente delle “pubbliche amministrazioni”. In sostanza, oggi difetta un “modello unitario” di amministrazione; e se risulta impossibile delineare, seppure a fini penalistici, una nozione “ampia” di amministrazione pubblica, appare altresì problematico reperire un concetto unitario di amministrazione in senso stretto col quale operare²⁷.

Della “storicità” del concetto di pubblica amministrazione, del resto, non è lecito dubitare e, dunque, appare problematico, se non metodologicamente errato, pretendere ancora una volta di racchiudere il molteplice in un’unica formula che tutto ricomprende. La “riduzione” dell’intera attività statale all’unitaria nozione di pubblica amministrazione in senso ampio appare oggi preclusa, se non altro, dall’introduzione a livello costituzionale di nuove funzioni (in particolare, quelle del Capo dello Stato e della Corte costituzionale), così come si rivela in contraddizione col principio del decentramento amministrativo e legislativo.

Che sopravviva pure, sul piano dei meri intitolati, l’espressione unitaria “pubblica amministrazione”, ma alla configurazione di una pluralità di pubbliche amministrazioni non può non corrispondere una diversificazione della tutela penale. A modelli differenziati di amministrazione (dalla attività *jure privatorum* del singolo ente al c.d. atto di governo, in quanto tale insindacabile) deve necessariamente corrispondere una differenziata disciplina in materia penale²⁸.

Se sotto tale profilo la riforma del ’90 si era rivelata, dunque, quale intervento novellistico del tutto inadeguato, quelle successive eludono del tutto simile fondamentale problematica.

5. *Il mutamento del rapporto cittadino-Stato nel nuovo ordinamento costituzionale. Funzioni pubbliche e rispettivi interessi meritevoli di tutela*

Con l’avvento dello Stato “contemporaneo”, come accennato, varia del tutto il rapporto cittadino-Stato. Anche in materia penale i mutamenti costituzionali privano di fondamento logico-giuridico, oltre che storico-culturale, una concezione autoritaria dei rapporti fra apparato statale e cittadini. Sfuma la possibilità di ravvisare nel “prestigio” della P.A. l’oggetto della tutela dei delitti

²⁷ Propone una nozione “lata” M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, II ed., Milano, 2006, 5 s. Ancora più recente, sostanzialmente in termini, S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 4.

²⁸ In tal senso, già in sede di prima riforma, R. RAMPIONI, *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Stile, ISISC, Napoli, 1987, 59 s.

del pubblico agente: occorre passare da una impostazione in termini di autoritarismo ad una conforme ai dettami costituzionali.

Di ciò il legislatore del 1990 dà prova di essere pienamente consapevole, così come del fatto che da quella concezione autoritaria è dipeso lo spostamento del fulcro del reato dall'offesa del bene tutelato alla generica violazione di un dovere: le norme incriminatrici in esame, infatti, hanno finito per svolgere una mera funzione sanzionatoria di quei precetti, contenuti in norme di diritto pubblico, che stabiliscono appunto i doveri dell'ufficio o del servizio.

Preso atto di ciò, si è fatto espresso richiamo ai valori-fine, imparzialità e buon andamento, indicati dalla Carta costituzionale (art. 97 Cost.): si è così inteso, per un verso, "rifondare" sotto il profilo della oggettività giuridica la materia, per l'altro, porre le basi per una chiara delimitazione dell'area dell'illecito penale rispetto a quella dell'illecito disciplinare²⁹.

Non può, tuttavia, essere sottaciuto che "imparzialità" e "buon andamento" sono caratteri *propri* dell'azione amministrativa. Consapevoli della crisi del principio di separazione dei poteri inteso in senso classico e della tendenza spiccata della Carta all'accrescimento delle competenze dei singoli organi costituzionali, seppure è lecito dubitare di una attribuzione *esclusiva* della funzione normativa, come di quella giurisdizionale od amministrativa, appare tuttavia chiaro che – quale che sia l'organo che in concreto svolge una di quelle funzioni – sul piano dell'attività le stesse vanno tenute distinte; infatti, "questi tre tipi di funzioni, anche se fossero concentrate nello stesso organo non verrebbero a perdere le loro caratteristiche differenziali inerenti allo specifico contenuto di ciascuna"³⁰. Ed alla diversità di attività non può non corrispondere una diversità di fini da raggiungere e, conseguentemente, di "valori" da tutelare³¹.

Se, dunque, imparzialità e buon andamento sono gli interessi che il costituente ha inteso porre a fondamento della funzione amministrativa e che devono informarne l'azione – riconducibili, rispettivamente, al c.d. divieto di far preferenze ed al criterio di efficienza – non altrettanto può dirsi per le altre funzioni. E pur nel silenzio della Carta al riguardo se è lecito ravvisare nella "uguaglianza" il valore-fine posto a fondamento della funzione legislativa, che illumina, indirizzandola, l'opera di chi in concreto tale funzione esercita, il

²⁹ Sostanzialmente in tal senso si esprimeva già il disegno governativo: "Le irregolarità non suscettibili di incidere sulla legittimità dell'atto andranno eventualmente represses in altre sedi (amministrativa, disciplinare, politica); lo stesso è a dire per quelle ipotesi in cui la presenza di un interesse privato concorrente non interferisce con il perseguimento dell'interesse pubblico. In tal modo, oggetto immediato della tutela penale non è più il 'prestigio' della pubblica amministrazione – concetto caro a concezioni storicamente superate – ma sono i beni indicati dall'art. 97 della Costituzione, e cioè il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione stessa".

³⁰ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., t. I, Padova, 1969, 286.

³¹ Cfr. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 129, per il quale la Costituzione, "sulla scia di una diffusione della sovranità, conferisce autonome caratteristiche e autonomi principi alle relative funzioni"; con il che trova, peraltro, conferma la impossibilità di offrire una nozione unitaria ed onnicomprensiva di P.A.

bene che il costituente ha inteso salvaguardare nell'espletamento della funzione giudiziaria è, invece, l'"indipendenza" del giudice (art. 104 Cost.)³².

Si profila, dunque, in modo sufficientemente chiaro la diversa connotazione offerta dal costituente alle funzioni statuali, per così dire, classiche: osservanza del principio di uguaglianza, indipendenza del giudice, imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo sono, rispettivamente, i valori che le caratterizzano, differenziandole.

Gli interessi indicati dall'art. 97 Cost. (conformemente alla rubrica della sezione seconda del titolo terzo della Carta che quella disposizione contiene) risultano in conclusione *propri* ed *esclusivi* della funzione amministrativa in senso stretto. Il legislatore della riforma del 1990 fa riferimento *tout court* ai canoni di imparzialità e di buon andamento, ma non tiene conto che tali interessi per essere *propri* dell'attività amministrativa, non possono informare le diverse attività degli altri numerosi settori di intervento statale; dunque, neppure sotto il profilo dell'oggettività giuridica appare praticabile una disciplina unitaria della materia in esame. L'estensione anche alle altre funzioni statuali della sfera di tutela dei beni dell'imparzialità e del buon andamento implica necessariamente la loro "spiritualizzazione", il loro svuotamento di ogni reale contenuto sostanziale. Ridotti (tali interessi) a mere formule verbali, si finisce per smarrire la linea di confine tra illecito penale ed illecito amministrativo e, ancor prima, per negare la natura *frammentaria* del diritto penale.

Giurisprudenza e dottrina, dal canto loro, continuando a fare riferimento ad un concetto onnicomprensivo di P.A., evocano una formula priva di reali contenuti, suscettiva di accomunare tutte le funzioni statuali sul piano del "disvalore" (pur apparente) dell'offesa. Così partiti dall'idea di sostituire al vietto, formalistico interesse del "prestigio" della P.A., latamente intesa, beni di rilevanza costituzionale, all'indomani della riforma – con evidente eterogenesi dei fini – si è tornati a ravvisare il contenuto offensivo "nella violazione anche del solo dovere di correttezza" da parte del pubblico funzionario. L'accertamento della tipicità del fatto ha finito per incentrarsi ed esaurirsi nella constatazione della violazione o meno di meri doveri di ufficio: fedeltà, onestà, non venalità, la stessa correttezza, appunto, assurgono ad oggetto di tutela; e

³² La funzione legislativa tende, invero, ad appagare l'esigenza razionale della giustizia e mira a rendere formalmente certo l'ordinamento; di qua, l'obbligo di osservanza del principio di uguaglianza che incide sul legislatore e che, se rispettato, consente di raggiungere la "legalità sostanziale" e la "certezza" del diritto e, conseguentemente, quella caratterizzazione della norma in termini di generalità e di astrattezza che deve contraddistinguerla. Nella funzione giudiziaria, invece, l'esigenza è quella di sottrarre il giudice ad ogni influenza capace di turbarne la retta formazione del convincimento, ed in tale ottica vanno anche lette le disposizioni costituzionali che fissano le linee generali del particolare *status* giuridico di magistrato e che prevedono uno specifico istituto di autogoverno del corpo giudiziario per assicurare il pieno rispetto di quello *status* con esclusione dell'intervento di altri poteri.

La S.C. ha in tal senso di recente statuito che la "condotta del parlamentare non è neppure valutabile sotto i profili dell'imparzialità e del buon andamento, trattandosi di principi che valgono per la sola attività amministrativa in senso stretto": Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347, in *Cass. pen.*, 2018, 159 s., con annotazione di B. Rossi.

se sfuma il richiamo all'interesse del buon andamento, quello della imparzialità, scade a puro e semplice dovere. Qui giunti, tuttavia, non è dato più intendere in cosa consista il contenuto offensivo del fatto-reato e come si giustifichi il ricorso alla sanzione penale.

Se, dunque, si è rivelata monca la riforma del '90, quelle successive – comprensibilmente – risultano del tutto elusive del tema dei contenuti dell'offesa. Ora, però, l'assenza di ogni riferimento al bene giuridico, rischia di determinarne la definitiva “smaterializzazione”. Tema questo dell'individuazione dell'oggetto di tutela dei delitti in esame non teorico-astratto, ma che presenta una valenza tutta pratica, dal momento che consente – fra l'altro – di stabilire: – se quella determinata norma ha un senso, se è ragionevole, e dunque, se può esistere; – se il regime sanzionatorio da essa approntato è appropriato, proporzionato; – quale è l'ambito “preciso” di applicazione della disposizione in ragione della riconosciuta funzione interpretativa del bene giuridico.

D'altra parte, alla corruzione “burocratico-amministrativa”, “pulviscolare” – per così dire, *classica* – viene oggi ad associarsi, in una prospettiva empirico-criminologica – una forma *moderna*, la corruzione “sistemica” (quella dei centri di potere, dei comitati d'affari) in cui, effettivamente, “sfuma” il carattere *duale* del rapporto corruttivo e, al contempo, il nucleo dell'offesa dalla lesione dei beni del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione statale sembra trasmigrare nella sfera della pubblica economia e della concorrenza del mercato. È chiaro, tuttavia, perché oggi si divaghi in materia: avvalendosi di uno schema tipico sufficientemente indeterminato, con un oggetto di tutela, in aggiunta, del tutto esangue e, soprattutto, “cangiante”, mutevole (per non dire sostituibile) il campo di applicazione delle fattispecie si apre a dismisura. “Trasparenza”³³, “concorrenza”³⁴, “lealtà-dignità degli apparati pubblici”³⁵, “non venalità” del rapporto tra pubblico agente ed *extraneus*³⁶, più in generale “fedeltà” sono gli (pseudo) interessi che vengono variamente ad associarsi ov-

³³ Cfr. P. JELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, in *Resp. amm. soc.*, 2013, n. 1, 14 s., 145, il quale a proposito del reato di traffico di influenze illecite parla di bene giuridico “composito”: buon andamento, imparzialità e trasparenza delle decisioni della pubblica amministrazione.

³⁴ Cfr. P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 1, 7 s.; F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, 2: “Una simile situazione è gravemente lesiva della libera concorrenza tra le imprese, che è l'interesse fondamentale che sta a cuore all'OCSE – e che è, a ben guardare, l'interesse più importante, dal punto di vista macroeconomico, tra quelli oggi tutelati dalla normativa anticorruzione”.

³⁵ Cfr. F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella-M. Pelissero, Torino, 2013, 417 il quale rivela criticamente: “... la fattispecie di nuovo conio, oltre a concentrare il disvalore dell'illecito penale sul semplice mercimonio, spingendo verso una rarefazione del contenuto offensivo del reato, che tende ad esaurirsi nell'offesa alla ‘dignità’ delle funzioni pubbliche, presenta alcuni aspetti di criticità”.

³⁶ Cfr. E. DOLCINI-E. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, n. 1, 232 s.

vero sostituire i beni dell'imparzialità e del buon andamento; ma per tale via, torcendo in particolare il baricentro offensivo delle fattispecie intorno al dovere di fedeltà, si rischia di arretrare a tal punto la soglia della tutela da confondere il pericolo di compimento dell'atto con il sospetto che dietro l'asservimento si celi un atto non identificato³⁷.

Così come la non precisione della fattispecie consente interpretazioni-applicazioni "allargate", ad altrettanto conduce lo svuotamento dei reali contenuti dell'offesa. Il diritto penale da mezzo giuridico di tutela scade a mezzo di governo della collettività.

Ora, invece, è oltremodo chiaro che con il richiamo all'art. 97 Cost. si è operata una scelta (di politica criminale) ben precisa e cogente in ordine ai valori-fine cui la funzione amministrativa intesa in senso stretto deve tendere e dei valori-mezzo che a tal fine vanno predisposti: l'attività amministrativa, attraverso il rispetto di competenze ed attribuzioni, deve perseguire il buon andamento e l'imparzialità della relativa funzione.

L'"imparzialità", ricondotta alla sua consistenza fondamentale, può essere sinteticamente individuata nella "obiettività": l'amministrazione imparziale è l'amministrazione obbiettiva, che persegue scopi prestabiliti mediante strumenti obbiettivi. Imparzialità sta, dunque, per "divieto di far preferenze", consiste nel realizzare gli scopi prefissati attraverso un'azione non deviata da pressioni o influenze esterne che possono determinare discriminazioni arbitrarie fra i soggetti destinatari. In tal senso sull'amministrazione viene ad incidere l'obbligo di procedere all'esame comparativo di tutti gli interessi in gioco sulla scorta di criteri oggettivi e, di conseguenza, quello di tener conto del risultato scaturito da tale esame.

La nozione di "buon andamento" richiama, invece, alla mente concetti più propriamente tecnici: la "buona amministrazione" (considerata anche come legittimità dell'azione amministrativa), l'efficienza; e dal momento che all'amministrazione sono attribuiti mezzi giuridici elastici per consentire l'adeguamento migliore dell'azione amministrativa rispetto ai fini prefissati, sul piano giuridico il criterio di efficienza si risolve nel principio di elasticità e puntualità dell'azione amministrativa. In sostanza, la norma costituzionale dà pieno riconoscimento giuridico al principio di "aderenza" e di "adeguatezza" allo scopo: discrezionalità e potere di auto-organizzazione sono le due forme di manifestazione del principio di elasticità. Buon andamento, tuttavia, non inteso esclusivamente quale "merito amministrativo", ricomprendendo in sé anche la "validità" e, appunto, la legittimità dell'azione amministrativa.

Concludendo: offenderanno l'interesse del buon andamento le condotte che ostacolano l'efficienza dell'azione amministrativa, che ne frustrino, cioè, la capacità di perseguire i fini ad essa assegnati dalla legge, e le condotte che costituiscano esercizio abusivo dei poteri e delle qualità connesse all'esercizio della funzione ovvero abuso dei beni della amministrazione o nella disponibilità del pubblico funzionario; risulterà leso il bene dell'imparzialità ogniqualvolta la pubblica funzione non venga esercitata obiettivamente, impersonal-

³⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione, La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 785.

mente, in modo da distribuire equamente tra i cittadini le utilità ed i sacrifici derivanti dall'azione amministrativa³⁸.

6. I limiti del potere di sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo e l'accertamento del fatto-reato

Fra gli elementi costitutivi di vari delitti contro la pubblica amministrazione figura un "atto" della pubblica amministrazione (artt. 319, 319 *ter*, 323, 328, 336, 337, 341 *bis*) che – alla luce di quanto sopra puntualizzato – può anche non essere un atto amministrativo in senso stretto (ma, ad es., giudiziario e così via).

Come detto, uno degli scopi perseguiti con la riforma del '90 è stato, appunto, quello di porre un argine al fenomeno della c.d. supplenza giudiziaria e di scongiurare *sconfinamenti* del magistero penale suscettivi di bloccare ogni attività dell'apparato amministrativo. Ora, però, il legislatore, se a tal fine è intervenuto direttamente sulle previsioni incriminatrici (in particolare, abrogando le fattispecie di peculato per distrazione e di interesse privato in atti di ufficio come riformulando l'art. 323 c.p. in più riprese), non ha preso minimamente posizione in tema di sindacato del giudice penale (detto in modo più comprensivo) sull'"agire amministrativo".

Per vero, di poco antecedente alla riforma del '90 è il "nuovo" codice di procedura penale che, agli artt. 2 e 479³⁹, sembrerebbe risolvere ogni problematica in argomento, riconoscendo al giudice penale, al pari di quello amministrativo, la possibilità di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, non invece per il merito. Abbandonata la discussione sugli artt. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E (normativa nata per regolare le controversie insorte fra la P.A. ed i destinatari dei suoi provvedimenti), è sufficiente scindere – si afferma in tal senso – l'"efficacia" dalla "validità" dell'atto ed il giudice penale, senza intervenire sulla seconda, ben potrà riconoscere che esso atto è privo di effetti, *disapplicandolo*⁴⁰.

Anche simile (recente) impostazione del problema è, tuttavia, di natura processuale e, in definitiva, propone di affrontare e risolvere la questione at-

³⁸ Più in generale v., in argomento, R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984, 85 s.

Sul tema cfr., da ultimo, M. CATENACCI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia, Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2016, 8 s.

³⁹ Art. 2 c.p.p.: "Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito". Art. 479 c.p.p.: "Fermo quanto previsto dall'art. 3, qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa può disporre la sospensione del dibattimento fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato".

⁴⁰ Cfr. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 13 s.

traverso la trasposizione di uno schema che rivela le sue deficienze già nel processo civile ovvero riconoscendo il potere di disapplicare l'atto amministrativo una volta accertata, in via incidentale, la sua illegittimità. Ora, invece, nel processo penale non hanno ingresso le problematiche relative alla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, alla incidenza sulle relazioni intersoggettive, ai rapporti tra cognizione principale ed incidentale, problematiche le quali costituiscono il presupposto della c.d. disapplicazione, ma è la stessa formula descrittiva della norma incriminatrice ad individuare la necessità o meno di un'indagine del giudice sull'atto amministrativo; il problema del c.d. sindacato del giudice penale sugli atti della P.A. si risolve, dunque, attraverso l'analisi delle varie ipotesi di reato, verificando quale ruolo svolga in esse l'atto medesimo e l'eventuale questione della sua legittimità o meno.

Per una soddisfacente soluzione del tema in esame appare, invero, necessario invertire i termini della questione, facendo riferimento non già ai poteri del giudice, ma alla rilevanza penale del dato oggetto di valutazione. Ragionando in modo diverso, infatti, si imporrebbe – necessariamente, quanto erroneamente – un giudizio di irrilevanza sul piano penalistico dell'atto non conforme a legge come, all'opposto, uno di rilevanza dell'atto inopportuno, in quanto viziato nel merito; molto spesso – basti pensare alla condotta di abuso di cui all'art. 323 c.p. od all'atto contrario ai doveri di ufficio nello schema dell'art. 319 c.p. – l'atto amministrativo, lungi dal dover essere disapplicato, rileva penalmente anche se illegittimo e proprio perché tale. Del resto, non è dubitabile che il legislatore nel descrivere la fattispecie incriminatrice possa scegliere, liberamente, di dare rilievo ad un atto amministrativo illegittimo e di negare simile rilevanza ad uno inopportuno. Ed in tale quadro il giudice penale non svolge alcuna funzione *lato sensu* sanzionatoria dell'atto medesimo, ma ha esclusivamente il potere-dovere di accertare la responsabilità di un soggetto in relazione ad un fatto di reato; e nell'assolvimento di tale funzione l'esercizio da parte del giudice del potere di sindacato non è – almeno nella maggior parte dei casi – finalizzato alla disapplicazione *incidenter tantum* dell'atto medesimo, ma si sviluppa nella sfera della sua ordinaria attività di accertamento, limitandosi egli a verificare la sussistenza degli elementi costitutivi del reato (tra i quali, in specie, la legittimità o meno dell'azione amministrativa là dove rilevi), così che in simile ipotesi appare addirittura improprio parlare di un sindacato sull'atto.

Ora, ciò che qui – pur sinteticamente – va chiarito è, appunto, il diverso ruolo che nello schema legale può giocare l'atto amministrativo e, conseguentemente, l'impossibilità di offrire una soluzione unitaria e valida in linea generale al quesito sull'esistenza e sulla portata di un potere di sindacato del giudice penale sull'atto medesimo. Nella struttura della fattispecie penale il provvedimento amministrativo viene in considerazione, innanzitutto, allorché la sua sussistenza o la sua mancanza costituisce un presupposto del reato (art. 650 c.p.); altre volte l'atto amministrativo concorre a costituire fattispecie esimenti, connotate in termini di legittimità (l'ordine dell'autorità) ovvero in termini di illegittimità (l'atto arbitrario del pubblico ufficiale e la reazione ad esso); vi è poi un insieme di ipotesi – ed è l'aspetto

che qui maggiormente interessa – in cui il compimento o la omissione di un determinato atto amministrativo integra la stessa condotta costitutiva del reato, sia che in tale attività od inattività si esaurisca la condotta tipica, sia che debba essere qualificata da ulteriori note caratterizzanti, quali l'arbitrarietà, l'abusività e così via.

La prospettiva (tutto sommato) tradizionale, riportandosi ai noti schemi della disapplicazione, ha cercato la soluzione di un problema squisitamente penalistico – quale la determinazione del contenuto della fattispecie – in una disciplina processuale relativa ai poteri del giudice, e ne è derivata una distorsione dell'indagine: "la valutazione dell'illegittimità dell'atto non costituisce affatto una vicenda di disapplicazione, ma è imposta dalla struttura della norma incriminatrice, che eleva ad elemento costitutivo ... l'illegittimità medesima"⁴¹.

Più chiaramente, anche nell'art. 650 c.p. – dove il provvedimento funge da presupposto del reato – il requisito della legalità del provvedimento medesimo costituisce parte integrante della fattispecie penalmente sanzionata; se, pertanto, il provvedimento non è legittimo, l'insussistenza del reato non discende dalla disapplicazione dell'atto amministrativo, ma in quanto non può dirsi realizzato il fatto costitutivo tipico⁴².

Nelle ipotesi, poi, in cui il compimento o la omissione di un determinato atto integra la stessa condotta tipica, il sindacato sull'atto medesimo appare irrilevante o imprescindibile a seconda che l'attività o l'inattività rispetto ad esso esaurisca la condotta medesima ovvero questa debba essere qualificata da ulteriori note caratterizzanti. Certo è, in ogni caso, che non è mai l'atto amministrativo, in quanto tale, a costituire oggetto della valutazione giudiziale, ma la condotta umana consistente nell'aver posto in essere od omesso quel determinato atto. Ed è chiaro che in tale prospettiva il c.d. sindacato del giudice penale non è affatto incidentale, costituendo l'oggetto diretto ed immediato dell'accertamento giudiziale al pari di ogni elemento di fattispecie, e tendenzialmente non sopporta alcuna limitazione aprioristica; non solo ricomprende la potestà di verificare l'esistenza dei c.d. vizi di legittimità, ma anche quella di accertare la sussistenza di vizi di merito. Basti pensare al reato di corruzione *impropria* (nella sua originaria formulazione) per aver la riprova della inaccogliabilità della teoria della disapplicazione: qui l'atto amministrativo è un "atto (conforme ai doveri) di ufficio", mentre in quella *propria* un "atto contrario ai doveri di ufficio" e, quindi, un atto *illegittimo*. Ora, a voler ragionare in termini di applicabilità-inapplicabilità si dovrebbe arrivare a sostenere che l'atto illegittimo deve essere disapplicato, mentre invece non solo rileva, legittimo o meno che sia, in entrambe le forme di apparizione del reato, ma soprattutto non si applica in alcuno dei due casi, poiché al compimento dell'atto non conseguono i suoi effetti, bensì la punizione dell'agente. Ed il discorso corre analogamente per l'abuso innominato d'ufficio in cui il procedi-

⁴¹ Cfr. R. VILLATA, "Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 1980, 110 s., 123.

⁴² Sul tema, più in generale v. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 99 s., 125.

mento amministrativo lungi dall'essere disapplicato, rappresenta il fondamento per l'accertamento della responsabilità penale ed è suscettivo di verifica anche sotto il profilo della legalità sostanziale, rientrando tale suo esame nel normale processo ermeneutico condotto in relazione ad un elemento (normativo) della fattispecie.

Del resto, pure con riferimento agli atti "discrezionali" è possibile il controllo della legalità formale e sostanziale; atti tipicamente discrezionali, infatti, ben possono integrare il substrato oggettivo essenziale della condotta delittuosa. Anche quando la discrezionalità concerne l'*an*, la stessa possibilità cioè di agire o meno, è configurabile un'omissione penalmente rilevante; e ciò avviene sia quando l'agente non pone in essere alcuna attività diretta ad operare una valutazione degli elementi sulla scorta dei quali deve essere effettuata la scelta discrezionale, sia quando non viene osservata la regola d'azione che da tale valutazione è scaturita. L'ampiezza dei poteri di accertamento del giudice penale discende anche in tal caso dalla particolare struttura della fattispecie, dalla necessità di verificare la realizzazione della condotta antidoverosa⁴³.

7. Le qualifiche soggettive: le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio (artt. 357 e 358 c.p.)

Presentazione dell'argomento

La classe dei delitti in esame – salvo rare, quanto eccentriche ed asistematiche eccezioni di cui si dirà più avanti – è costituita da reati "propri", in quanto realizzabili da soggetti agenti forniti di una qualifica pubblicistica.

La soggettività di simili tipi delittuosi, infatti, viene articolata dal codice Rocco in tre figure fondamentali: il pubblico ufficiale, l'incaricato di un pubblico servizio e l'esercente di un servizio di pubblica necessità. Tali figure soggettive trovano la propria definizione agli artt. 357, 358 e 359 c.p., disposizioni che, peraltro, presentano una portata valida per l'intero ordinamento penalistico.

I delitti in discorso sono sovente denominati delitti "funzionali", in quanto vengono commessi nell'esercizio della funzione, del pubblico servizio e così via. Ora, se quali reati "propri" possono essere commessi dal solo pubblico agente e, in caso di carenza della qualifica, il fatto difetterà – secondo le regole generali – di tipicità, in quanto delitti "funzionali" presentano la particolare nota che la qualifica soggettiva – come si cercherà di chiarire fra breve – non precede il fatto, ma viene riconosciuta al soggetto in ragione dell'attività che egli in concreto va realizzando; non discende, cioè, dalla qualità formale del-

⁴³ Cfr. R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 109 s., 386 s.

Per un recente – quanto di taglio "classico" – esame del tema v. M. GAMBARELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, 2860 s.

l'agente – ad esempio, dalla qualità di pubblico impiegato – ma dal reale esercizio della funzione o del servizio⁴⁴.

La riforma del '90 – a differenza del legislatore del 2012 che non ha avvertito la necessità di rimodulare le qualifiche soggettive e, soprattutto, di “ripensare” l'attuale utilità di una loro distinzione⁴⁵ – ha inciso in modo profondo su tali qualifiche, fornendo un apparato definitorio delle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio, almeno all'epoca, del tutto innovativo⁴⁶. Del resto, “pubblica funzione” e “pubblico servizio” costituiscono la materia fondante dei delitti in esame e, dunque, nel ridisegnare il quadro delle condotte illecite si è avvertita la necessità, sul piano logico-sistematico, di descrivere con chiarezza le attività assoggettabili allo statuto penale della pubblica amministrazione.

Ancor prima, tuttavia, ciò che imponeva anche in materia di qualifiche soggettive un intervento riformatore era il carattere puramente tautologico della originaria formulazione, la quale finiva per riconoscere, in sostanza, la qualità di pubblico ufficiale a chi impersonasse la pubblica funzione (così come la qualità di incaricato di pubblico servizio a chi rappresentasse il pubblico servizio), lasciando all'interprete il compito di riempire la definizione sul piano dei contenuti⁴⁷. Ed è per tale via, del resto, che, nel tempo, si era venuto a formare un orientamento giurisprudenziale che aveva finito per estendere oltre ogni ragionevole limite le due figure soggettive: il porta-lettere come l'ac-

⁴⁴ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la PA*, IX ed., Milano, 2000, 23.

⁴⁵ Per una posizione critica in argomento cfr. P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, cit., 14 s., il quale osserva: “L'omessa rimodulazione delle qualifiche pubblicistiche – vero letto di Procuste cui sono sempre più scomodamente costretti i fatti oggetto di indagine e di processi – è, probabilmente, il tratto di maggior criticità di un intervento che, pur non avendo la pretesa di riforma strutturale, perde l'occasione di adeguare la materia alla di molto mutata realtà economica e istituzionale del paese. Per altro, quando dalla immutata distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, ancorata a un'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale vecchia di un quarto di secolo, si fanno discendere significative conseguenze in punto di incriminazione di fatti, com'è nel caso della concussione, si aggiunge *lucro cessante al danno emergente*”.

⁴⁶ La legge sullo sciopero nei pubblici servizi (l. n. 146/1990) ha, invece, finito per attribuire un nuovo significato alla categoria del servizio di pubblica necessità.

⁴⁷ Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Sub artt. 357 e 358*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. Padovani, 1996, 452.

Gli artt. 357 e 358 nella formulazione originaria così recitavano:

(art. 357) “Agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali:

1° gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria;

2° ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con una retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria”.

(art. 358) “Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio:

1° gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio;

2° ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio”.

calappiacani quali pubblici ufficiali, ovvero il custode-seppellitore di cimitero come l'addetto alla riscossione delle bollette Enel quali incaricati di pubblico servizio.

Per giunta, si assisteva ad un'interpretazione-applicazione del dato normativo quanto mai incerta ed ondivaga riguardo ad alcune attività socio-economiche di eccezionale rilievo, quali l'attività bancaria, l'attività radio-televisiva, ma anche l'attività degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione statale, più in generale, l'attività economica della P.A.⁴⁸. In sostanza, il vuoto definitorio degli artt. 357 e 358 c.p. aveva condotto la giurisprudenza alla formulazione di una semplice, quanto riduttiva, equazione di marca prettamente *sogettiva*: il rapporto di dipendenza dallo Stato o da un ente pubblico comporta la qualità di pubblico agente.

Ora, l'intento del legislatore della riforma del '90 è stato, appunto quello di spezzare tale equazione, operando la scelta di adottare un criterio *oggettivo*, suscettivo di fungere da parametro di delimitazione *esterna* tra le attività ascrivibili all'area del "pubblico" e quelle riferibili alla sfera del "privato"; e, al contempo, da parametro di delimitazione *interna* (rispetto alla onnicomprensiva nozione di pubblico agente) tra i contenuti specifici della nozione di pubblico ufficiale e quelli propri della nozione di incaricato di pubblico servizio⁴⁹.

7.1. La nozione di pubblico ufficiale

Art. 357. Nozione del pubblico ufficiale: *"Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.*

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

L'art. 357 c.p. nel testo novellato individua la disposizione fondamentale per una corretta messa a fuoco delle qualifiche soggettive⁵⁰.

⁴⁸ In argomento v. S. MASSI, *Le qualifiche pubblicistiche nel diritto penale d'impresa*, Roma, 2008, 77 s.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 276 s. e, da ultimo, V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della P.A.*, Torino, 2010.

Segnala l'emersione di "nuove" tipologie di persone giuridiche ("Organismo di diritto pubblico", "Impresa pubblica") che impongono una riflessione sulle nozioni di agente pubblico e di "ente pubblico" N. MADIA, *L'incidenza dell'emersione in campo amministrativo di "nuove" di tipologie di persone giuridiche sull'estensione delle qualifiche soggettive nei reati contro le P.A. e sulla nozione di "ente pubblico" accolta in ambito penale*, in *Arch. pen.*, Web, 1, 2017.

⁴⁹ In giurisprudenza anche di recente ha trovato conferma la concezione funzionale-oggettiva, la quale – appunto – ancora a criteri oggettivi la sussistenza della pubblica funzione e del pubblico servizio, ravvisando l'elemento centrale, al fine della titolarità della qualifica soggettiva, nell'effettivo svolgimento di attività pubblicistica: Cass. pen., sez. VI, 21.10.2014, n. 10124, De Vito, rv. 262746; Cass. pen., sez. VI, 30.12.2014, n. 18457, Romano, rv. 263359.

⁵⁰ Sul tema v. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Sub artt. 357 e 358*, cit., 465 s.

La norma si articola in due parti: con l'una si intende definire, sulla scorta di criteri oggettivi, le aree riconducibili alla nozione di "attività pubblica"; con l'altra si fissano i caratteri esclusivi dalla "pubblica funzione". Dunque, con tale norma si è inteso descrivere, in positivo, le diverse componenti necessarie per l'integrazione della figura del pubblico ufficiale; e ricavare, in negativo, la nozione di incaricato di pubblico servizio in difetto di alcune componenti esclusive di quella figura.

Il comma 1 dell'art. 357 c.p. – nella formulazione risultante dalla l. n. 86/1990 e dalla modifica introdotta con la l. n. 181/1992 – attribuisce, "agli effetti della legge penale", la qualità di pubblico ufficiale a coloro i quali "esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa".

Si coglie agevolmente, ad una pur superficiale lettura della disposizione, come sia venuto meno ogni riferimento al "rapporto di dipendenza" (dell'agente) dallo Stato ovvero da altro ente pubblico. Come accennato, si è inteso infatti impostare le qualifiche soggettive su base funzionale-oggettiva, affrancandole del tutto da quel "rapporto" che la norma abrogata prevedeva in alternativa al criterio dell'esercizio effettivo della pubblica funzione.

Dunque, il rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico non consente più di operare una pura e semplice identificazione tra qualità ("pubblica") dell'organo e natura (altrettanto "pubblica") dell'attività; così come in seno ad una soggettività "privatistica" ben potrà qualificarsi "pubblica" l'attività che presenti determinate caratteristiche. Nell'ottica del *criterio oggettivo-funzionale* dovrà, infatti, essere sottoposta a verifica simile attività, vuoi se assunta direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico, vuoi se delegata ad un soggetto privato, ed occorrerà – per una sua corretta qualificazione ai fini penalistici – fare esclusivo riferimento alla *disciplina* (più chiaramente, alla regolamentazione) pubblicistica o privatistica cui è sottoposta l'attività medesima.

Il comma 2 dell'art. 357 c.p., dal canto suo, presenta la portata più innovativa, offrendo i dati contenutistici della formula normativa da utilizzarsi – come detto – sia nell'ottica della delimitazione "esterna" (funzione pubblica-attività privatistica), sia nell'ottica della distribuzione "interna" all'area pubblicistica (pubblica funzione-pubblico servizio). Al riguardo va segnalato, tuttavia, che il legislatore della riforma ha inteso descrivere i caratteri fondanti della sola funzione amministrativa, ritenendo le altre due funzioni (legislativa e giudiziaria) sufficientemente tipizzate e, dunque, suscettive di consentire una pronta e chiara individuazione degli estremi oggettivi di esse come dei soggetti titolari delle medesime.

Come detto, il criterio di qualificazione della funzione – nella prospettiva della delimitazione "esterna" – va individuato nella "disciplina" cui è assoggettata una determinata attività, non essendosi inteso accogliere criteri ontologici e/o teleologici (quali, ad esempio, l'immanenza di un interesse pubblico, il perseguimento di finalità pubbliche) ovvero criteri fondati sui diversi modelli organizzativi utilizzati, rispettivamente, da pubblica amministrazione e da privati⁵¹. In tal senso si potrà operare una prima delimitazione, *in positivo*,

⁵¹ In giurisprudenza si segnalano tutt'oggi "incertezze" in sede applicativa: v. Cass. pen., sez. VI, 18.6.2007, Nicolò, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 5, 611, secondo cui "in tema di pecu-

dell'attività amministrativa con riferimento ad alcune categorie di atti che si manifestano attraverso schemi tipici tassativi ed in cui l'azione amministrativa assume carattere autoritativo o certificativo (ad esempio, atti di concessione, licenze, provvedimenti abilitativi, autorizzazioni e così via); ed una delimitazione, *in negativo*, allorché l'attività considerata sia improntata nelle forme di un contratto tipico ovvero, più in generale, sia informata allo schema proprio del procedimento di formazione di un negozio giuridico privato (e, dunque, ad essa attività non potrà essere riconosciuta natura pubblica). Nei casi residui, ove la riconduzione all'uno o all'altro regime non risulti immediata sulla scorta dei diversi criteri di tipicizzazione, si farà ricorso a quegli strumenti interpretativi che consentono di distinguere la normativa pubblicistica da quella privatistica; ovviamente, a tal fine, ciò che si dovrà analizzare è la concreta disciplina del singolo settore di attività oggetto di qualificazione, non già limitarsi a ragionare per categorie astratte ovvero sulla scorta di affermazioni di principio.

Per concludere sul punto va chiarito che il ricorso al criterio di disciplina si esplicita attraverso il riferimento all'assoggettamento dell'attività a "nome di diritto pubblico" e ad "atti autoritativi": ai fini della qualificazione di essa attività come (esercizio della) pubblica funzione dovrà, cioè, necessariamente coesistere il duplice requisito della sottoposizione a norme di diritto pubblico e ad atti autoritativi. Così, ad esempio, l'attività di controllo della Consob ben potrà essere considerata pubblica, in quanto concretantesi in atti autoritativi riconducibili alla tipologia normativa della funzione pubblica; l'attività sottoposta a controllo sarà, invece, ascrivibile alla pubblica funzione solo ove l'intervento dell'atto autoritativo condizioni la disciplina dell'attività sottostante, precludendo il suo svolgimento secondo il comune regime di diritto privato.

Nell'ottica della delimitazione "interna" e, dunque, all'interno della sfera delle attività già riconosciute – in forza del criterio di disciplina – come "pubbliche", si pone poi la distinzione tra pubblica funzione e pubblico servizio. Qui, in definitiva, il legislatore della riforma ha fatto propri, traducendoli in parametri normativi, alcuni criteri già enucleati da dottrina e giurisprudenza e sufficientemente consolidati: la titolarità di poteri certificativi, autoritativi, formativi ed espressivi della volontà della P.A.

to, il responsabile dell'ufficio ragioneria di un ente fieristico, svolgendo un'attività direttamente funzionale alla provvista ed alla gestione dei mezzi finanziari, occorrenti per lo svolgimento delle finalità pubbliche dello stesso ente, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.". La sentenza è commentata criticamente da S. Rossi, *ibidem*, 613 s.); Cass. pen., sez. VI, 3.12.2012, in *Cass. pen.*, 2013, 2161 s., in tema di appropriazione di contributi destinati all'attività di gruppi consiliari regionali, con nota critica di R. Bartoli. In tema di individuazione del soggetto che concorre alla formazione della volontà dell'ente v. Cass. pen., sez. VI, 30.5.2013, n. 30175, Horvat, rv. 257099; Cass. pen., sez. VI, 18.2.2015, n. 10140, Bossi, rv. 262803.

Per M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 281, è possibile raggiungere in materia "soluzioni di una qualche (pur sempre relativa) affidabilità", operando una "reciproca integrazione" tra criteri formali e criteri sostanzial-teleologici.

Tali criteri individuano oggi i connotati salienti della funzione pubblica, meritevole di maggiore tutela, rispetto alla figura dell'incaricato di pubblico servizio. La presenza di poteri imperativi come certificativi⁵² rappresentano indubbiamente elementi di qualificazione della pubblica funzione rispetto al pubblico servizio, mentre il terzo requisito normativo, coll'espressione "(funzione) caratterizzata dalla formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione", introduce una connotazione di stampo organico-funzionale, in quanto il contributo del pubblico ufficiale dovrà consistere nell'apporto di un autonomo elemento di volontà nell'*iter* procedimentale che conduce all'adozione dell'atto.

L'intervento modificativo del 1992 (art. 4, lett. *b*, l. n. 181), sostituendo l'elemento verbale "e" con la disgiuntiva "o", è valso a chiarire che i criteri in esame possono essere fra loro alternativi, così che il ricorrere anche di uno solo di essi è condizione necessaria e sufficiente per il riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale⁵³.

7.2. La nozione di incaricato di pubblico servizio

Art. 358. Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio: *"Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio."*

Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale".

La nozione di incaricato di pubblico servizio, nella formulazione originaria della norma definitoria, presentava – se possibile – carenze ancora maggiori; peraltro, le incertezze interpretative risultavano acute dal moltiplicarsi dei modelli organizzativi dell'azione della pubblica amministrazione ormai non più uniforme. Il legislatore della riforma, anche per tale nozione, pur continuando a congegnarla in chiave sostanzialmente residuale, ha inteso offrire criteri definitivi più pregnanti.

Anche qui, eliminando il riferimento al rapporto di dipendenza da un ente pubblico, si è inteso privilegiare la prospettiva oggettivo-funzionale: è incaricato di pubblico servizio chi presta (e, si puntualizza, "a qualunque titolo") un pubblico servizio. Il carattere pubblicistico si sposta, dunque, dalla natura dell'ente alla natura del servizio.

Se al comma 1 dell'art. 358 c.p., con enunciazione apparentemente tautologica, si sancisce la nota caratterizzante (meglio, informatrice) della nozione,

⁵² Il legislatore non ha inteso accogliere sul punto le proposte formulate dalla dottrina tese a limitare il requisito in esame al solo potere certificativo fidefaciente.

⁵³ Del resto, una diversa lettura avrebbe di fatto pressoché precluso il riconoscimento della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, dal momento che solo con riferimento ad uno scarso numero di categorie di agenti è dato, infatti, ravvisare la compresenza delle note caratterizzanti in discorso.

nel secondo si statuisce, da un lato, che anche la figura soggettiva in esame individua il proprio criterio di delimitazione “esterna” nel criterio di disciplina; dall’altro, che ai fini della delimitazione “interna” si mantiene la tradizionale impostazione in negativo, fissando nella “mancanza dei poteri tipici” della pubblica funzione il limite superiore e nella “esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale” il limite inferiore.

La norma, nel richiamare i “poteri tipici” della pubblica funzione al fine di distinguere fra loro pubblica funzione e pubblico servizio, sembrerebbe fare riferimento esclusivo al criterio dei “poteri certificativi ed autoritativi”; il criterio della “formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione”, non essendo delineato in termini di “potere”, potrebbe infatti essere considerato come appartenente alla comune area definitoria di entrambe le nozioni. Ora, però, un simile ordine di idee, oltre contrastare la tradizionale linea interpretativa per la quale il concorso alla formazione ed alla manifestazione della volontà della amministrazione pubblica individua un elemento caratterizzante la figura del pubblico ufficiale, appare difficilmente sostenibile dal momento che si finirebbe, così ragionando, per negare concreta operatività alla qualifica soggettiva dell’incaricato di pubblico servizio. Tale qualifica, infatti, di regola (se non esclusivamente) costituita dal rapporto di concessione, vede un soggetto che svolge la propria ordinaria attività concessoria, formando e manifestando la propria volontà in una posizione di autonomia rispetto alla pubblica amministrazione alla cui organizzazione resta estraneo; ove, invero, diversamente agisca in nome e per conto della medesima pubblica amministrazione – nelle ipotesi eccezionali di conferimento di tale potere – la sua attività, se caratterizzata dall’esercizio di poteri autoritativi e certificativi (evidentemente trasferiti al concessionario stesso), sarà riconducibile all’area della pubblica funzione⁵⁴.

In conclusione, per pubblico servizio deve intendersi ogni fine assunto dallo Stato come proprio, seppure il perseguimento di esso sia affidato a privati nell’ambito di un rapporto concessorio; “assunzione” riconoscibile dalla disciplina giuridica cui viene sottoposta l’attività diretta a soddisfarlo: attività

⁵⁴ Chiarisce P. SEVERINO DI BENEDETTO, Sub *artt.* 357 e 358, cit., 481: “In altri termini il concessionario, una volta instauratosi il regime concessorio, opera nell’ambito di una disciplina pubblicistica, ma agisce *jure proprio*, mediante atti e strumenti che non rifluiscono nella sfera soggettiva della P.A., in quanto sono direttamente ascrivibili al concessionario stesso. In considerazione di ciò, se si volesse ascrivere tra i requisiti comuni al pubblico servizio ed alla pubblica funzione il criterio della formazione e manifestazione della volontà della P.A., anziché individuarlo come requisito esclusivo della pubblica funzione, si finirebbe per restringere notevolmente o addirittura quasi per annullare la figura del pubblico servizio, riducendola al rango di una qualificazione non già residuale – così come è nella consolidata tradizione – bensì del tutto eccezionale, limitata cioè alle rarissime ipotesi in cui il concessionario agisce, per espressa deroga di regime, in nome e per conto della P.A.”.

Sui caratteri fondamentali del servizio pubblico v., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 30.10.2014, n. 7593, rv. 262493.

Sulla qualità di incaricato di pubblico servizio dell’addetto alla sorveglianza di un parcheggio comunale cfr. Cass. pen., sez. VI, 19.11.2013, in *Cass. pen.*, 2015, 166.

caratterizzata in via residuale, sia rispetto alla funzione pubblica, come sopra specificato; sia rispetto alle “semplici mansioni di ordine” od alle “prestazioni di opera meramente materiale”, detto altrimenti, rispetto alle ipotesi in cui l’agente non svolga compiti direttivi o almeno di concetto. E, del resto, sotto quest’ultimo profilo, il fatto che accanto alla figura dell’incaricato di pubblico servizio sia prevista anche la figura dell’esercente un servizio di pubblica necessità costituisce un elemento ulteriore utile alla corretta delimitazione del concetto di pubblico servizio. L’art. 359 c.p. – disposizione non interessata dall’intervento riformatore del 1990 – rappresenta, infatti, il limite inferiore dell’esercizio di un pubblico servizio e le ipotesi in esso previste (quali l’esercizio privato di professioni forensi, sanitarie ovvero altre professioni il cui esercizio richieda una abilitazione ed il pubblico sia obbligato per legge a valersi dell’opera del soggetto abilitato) non sono suscettive di integrare il pubblico servizio.

7.3. *L’esercizio di fatto delle pubbliche funzioni*

La matrice oggettivistica della pubblica funzione (e l’abbandono del criterio della “dipendenza” dell’agente dalla pubblica amministrazione) trova conferma ulteriore nella figura del c.d. funzionario di fatto: l’esercizio effettivo della funzione o del servizio fa assumere la corrispondente qualifica soggettiva a chi eserciti il potere relativo alla funzione od al servizio, benché sprovvisto di un valido titolo di investitura. Dovrà, purtuttavia, sussistere una manifestazione di volontà – espressa o tacita, sebbene nulla – della pubblica amministrazione competente a svolgere l’attività il cui compimento affida a persona priva di legittimo titolo di investitura.

Ove difetti tale requisito positivo, l’agente non eserciterà alcuna funzione, non assumerà, di conseguenza, la qualifica soggettiva pubblicistica e con la propria condotta integrerà la diversa ipotesi delittuosa di usurpazione di pubbliche funzioni⁵⁵.

7.4. *L’ultrattività delle qualifiche soggettive (art. 360 c.p.)*

Art. 360. *Cessazione della qualità di pubblico ufficiale: “Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale, o di incaricato di un pubblico servizio, o di esercente un servizio di pubblica necessità, come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude la esistenza di questo né la circostanza aggravante, se il fatto si riferisce all’ufficio o al servizio esercitato”.*

Un soggetto può aver perso la qualifica pubblica che in precedenza ha rivestito e, purtuttavia, può “sfruttare” tale pregressa qualità per commettere

⁵⁵ Cfr. sul punto, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 271; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 35. *Contra*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 15, secondo il quale “la qualifica di pubblico ufficiale non è esclusa neppure quando le funzioni siano usurpate”.

un fatto che, se posto in essere allorché la possedeva, avrebbe costituito reato. Il caso, ad esempio, del pubblico funzionario in pensione il quale si accordi con il privato per fargli ottenere un determinato provvedimento amministrativo a fronte della corresponsione di un'utilità, avvalendosi dell'intervento di vecchi colleghi tuttora in servizio.

In simile ipotesi, non essendo la qualità soggettiva coeva alla condotta realizzata, la condotta stessa sarebbe atipica e, dunque, non punibile. Le qualifiche in esame, invero, quali elementi costitutivi della fattispecie (ma anche quali circostanze aggravanti), secondo i principi generali rilevano se ed in quanto sussistenti nel momento in cui viene realizzata la condotta.

La regola trova conferma e, al contempo, un'eccezione nella disposizione in esame, la quale sancisce che la cessazione della qualità (di pubblico ufficiale, di incaricato di pubblico servizio o di esercente un servizio di pubblica necessità) non fa venir meno la rilevanza penale del fatto, nel caso in cui esso "si riferisca all'ufficio o al servizio esercitato". Si supera, cioè, il collegamento di natura temporale (ovvero che ad agire sia il pubblico funzionario) e si privilegia il rapporto di natura funzionale tra fatto-reato e qualifica soggettiva⁵⁶.

Con specifico riguardo al pubblico agente-soggetto attivo del reato l'art. 360 c.p. ha, tuttavia, una portata ridotta rispetto a quella che la formulazione della norma, ad una prima lettura, potrebbe far ritenere. Esso, infatti, non sarà applicabile in tutte le ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice descrive una condotta costitutiva del reato che presuppone la compresenza dei poteri-doveri.

7.5. Cessazione della qualifica soggettiva per il mutamento della normativa extra-penale

Il progressivo processo di privatizzazione, in particolare, degli enti pubblici economici ha acuito la problematica – già affrontata in altri settori⁵⁷ – del rilievo della modificazione della norma extra-penale che "contribuisce" alla determinazione del tipo di reato.

È questo il fenomeno delle c.d. modifiche "mediate" in cui, appunto, l'innovazione legislativa non incide direttamente sulla disposizione incriminatrice principale, ma su un enunciato normativo secondario che, tuttavia, contribuisce a definire la portata effettiva della fattispecie incriminatrice⁵⁸.

Tematica anche di recente affrontata dalle Sezioni Unite della S.C. in materia di immigrazione, le quali hanno ritenuto che l'adesione della Romania all'Unione europea ed il conseguente acquisto da parte dei rumeni della con-

⁵⁶ Isolata la posizione di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 25, il quale ritiene che la disposizione operi anche nel caso inverso in cui l'agente debba ancora assumere la qualifica. *Contra*, per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 337.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., sez. un., 23.5.1987, Tuzet, in *Cass. pen.*, 1987, 2099.

⁵⁸ Cfr. sul tema, in generale, M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006.

dizione di cittadini europei, non determina la non punibilità del reato di ingiustificata inosservanza (*ante* 1° gennaio 2007) dell'ordine del Questore di allontanamento dal territorio dello Stato: la norma extra-penale, infatti, si limiterebbe a modificare la "situazione di fatto", facendo solo perdere la condizione di straniero, senza che tuttavia tale circostanza sia in grado di operare retroattivamente sul reato già commesso⁵⁹.

Analogamente, nel settore qui oggetto di studio, si è ritenuto – ad esempio – che la trasformazione di un'azienda municipalizzata in società per azioni non è suscettiva di modificare la fattispecie tipica e, dunque, non trova applicazione la disciplina dell'art. 2, commi 2 e 4, c.p.⁶⁰. Si ritiene, infatti, che il fenomeno della c.d. "privatizzazione" delle strutture economiche statali non determina una modificazione della norma applicabile, in quanto il mutamento concerne il solo aspetto formale della veste giuridica di tali soggetti, il modello organizzativo dell'ente, lasciando inalterata la disciplina delle attività che ora risulterebbero affidate in concessione, così da conservare i requisiti del servizio pubblico.

Per altro, questi enti resterebbero assoggettati ai poteri di controllo, indirizzo e vigilanza della Corte dei Conti almeno sin tanto che lo Stato non abbia dismesso del tutto la propria partecipazione azionaria⁶¹. Si distingue, infatti, la privatizzazione c.d. formale (trasformazione in società azionarie) dalla privatizzazione c.d. sostanziale, consistente – appunto – nella dismissione della proprietà o della maggioranza azionaria.

Ora, tuttavia, come detto, ciò che rileva in tema di qualifiche soggettive è la disciplina in concreto delle singole attività ed ove essa sia di diritto comune i soggetti che le realizzano non potranno essere (più) considerati pubblici agenti. Al di là, dunque, delle (residue) attività di rilevanza pubblicistica che conservino la regolamentazione tipica del servizio in concessione, tutte le altre attività di carattere "imprenditoriale" svolte dall'ente privatizzato non possono (continuare a) presentare come operatore un pubblico agente. Ragionando diversamente, si verrebbe in definitiva a sterilizzare la portata innovativa della riforma del '90 in materia di qualifiche soggettive.

⁵⁹ Così Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, Magera, in *Cass. pen.*, 2008, 898, secondo cui "in tema di successione di leggi penali, la modificazione della norma extra-penale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva".

⁶⁰ Cfr., in termini, Cass. pen., sez. VI, 26.10.2006, in *CED Cass.*, n. 234990. *Contra*, in dottrina, T. PADOVANI, *Diritto penale*, V ed., Milano, 1999, 55 s.

⁶¹ Cfr. Corte cost., 28.12.1993 n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, 325.

Sezione II

I delitti di peculato

SOMMARIO: Presentazione dell'argomento. – 1. Il peculato (art. 314, comma 1, c.p.). – 1.1. I soggetti e l'oggetto di tutela. – 1.2. L'oggetto materiale del reato ed il presupposto della condotta. – 1.3. La condotta di appropriazione. – 1.4. Il dolo. Consumazione e tentativo. – 1.5. Circostanze, rapporti con altre figure criminose, pena accessoria. – 2. Il peculato d'uso (art. 314, comma 2, c.p.). – 3. Il peculato mediante profitto dell'altrui errore (art. 316 c.p.).

Presentazione dell'argomento

La riforma del 1990 ha inciso profondamente sulla originaria formulazione delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 314 e 315 c.p. (quella del 2012 – come detto – si limita ad innalzare da tre a quattro anni il minimo edittale della figura principale di peculato).

Se, infatti, l'ipotesi di peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.) ha conservato la struttura voluta dal legislatore del 1930 e l'intervento modificativo è semplicemente consistito – al pari degli altri delitti contro la pubblica amministrazione – nell'eliminazione della previsione congiunta della pena pecuniaria, diversamente la fisionomia del delitto di peculato è stata del tutto ridisegnata⁶².

Per un verso, infatti, è stata espunta dalla previsione normativa la condotta "distrattiva" che, originariamente, in alternativa alla condotta "appropriativa" individuava il fatto tipico; per l'altro, la nuova fattispecie di peculato ha inglobato il delitto di malversazione (art. 315, oggi abrogato), venendo a punire

⁶² Art. 314 c.p. (testo originario): "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio, il possesso di denaro o di altra cosa mobile, appartenente alla pubblica Amministrazione, se l'appropria, ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore a lire quarantamila.

La condanna importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nondimeno, se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea".

Art. 315 c.p. (testo originario): "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che si appropria o, comunque, distrae, a profitto proprio o di un terzo, denaro o qualsiasi cosa mobile non appartenente alla pubblica Amministrazione, di cui egli ha il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, è punito con la reclusione da tre a otto anni, e con la multa non inferiore a lire quarantamila.

Si applicano le disposizioni del capoverso dell'articolo precedente".

anche le condotte di appropriazione di beni appartenenti a privati; per l'altro ancora, si è inteso introdurre l'autonoma figura delittuosa di peculato d'uso – in precedenza, non espressamente contemplata – sancendo livelli sanzionatori molto contenuti rispetto alla figura principale di peculato.

Le ragioni di simili interventi modificativi sono varie e verranno indicate più avanti; al fondo, in ogni caso, i diversi contrasti emersi sul piano interpretativo e le gravi incertezze che si erano profilate in sede di applicazione delle norme in esame.

1. *Il peculato (art. 314, comma 1, c.p.)*

Art. 314, comma 1. Peculato: *“Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi”* *.

1.1. *I soggetti e l'oggetto di tutela*

La fattispecie in esame, al pari delle altre due figure di peculato, costituisce un delitto proprio. Va segnalato, peraltro, che la norma richiede che il possesso o, comunque, la disponibilità del bene, oggetto di appropriazione, scaturisca da “ragioni di ufficio o di servizio”; dunque, si postula che l'agente pubblico in relazione al bene medesimo sia titolare di poteri e doveri nel momento in cui realizza la condotta tipica. Ne consegue l'inapplicabilità della previsione di cui all'art. 360 c.p.

A seguito della riforma del '90, oltre alla amministrazione pubblica, si ritiene comunemente soggetto passivo del reato anche il privato. E, in effetti, l'eliminazione della condotta distrattiva dall'area della tipicità e, soprattutto, l'inclusione in tale area delle condotte appropriative incidenti su beni nella titolarità di privati sembrerebbe aver accentuato la tutela del momento “patrimoniale” del fatto, così valorizzando la tesi di chi sostiene il carattere “plurioffensivo” del reato.

In realtà, al di là della collocazione sistematica della disposizione, il contenuto sostanziale dell'offesa – anche a seguito della riforma – è costituito da condotte di appropriazione (ma pure di uso) incompatibili con la funzione o con il servizio e, dunque, dal mancato rispetto della destinazione impressa a quei beni di cui il soggetto pubblico disponga per ragione dell'ufficio o del servizio. Pur senza voler trascurare il momento patrimoniale del fatto, è chiaro che l'art. 314 c.p. nella formulazione vigente individua il proprio disvalore essenziale nell'*abuso qualificato* della situazione legata all'attività pubblica prestata o, meglio, nell'abuso delle facoltà giuridiche connesse alla qualifica pubblica rivestita circa la destinazione di risorse di cui si dispone per ragioni

* Limite massimo edittole aumentato da dieci anni a dieci anni e sei mesi dalla l. n. 69/2015.

di ufficio o di servizio e, dunque, l'oggetto di tutela andrà ravvisato essenzialmente nel buon andamento dell'azione amministrativa. Il "buon andamento" dell'amministrazione consiste, come detto, nell'obbligo di ogni ente pubblico di tendere al conseguimento dei propri fini istituzionali, condizione indispensabile per l'efficienza di tutta l'amministrazione. Ora, l'interesse al buon andamento, nello schema dell'art. 314 c.p., viene a sostanzinarsi nella esigenza di un corretto ed efficiente funzionamento dell'amministrazione con riferimento alla piena utilizzabilità ed effettiva destinazione dei beni ai fini istituzionali; ed interesse che, da un lato, ricomprende il rispetto, il corretto esercizio da parte del pubblico agente di funzioni e competenze anche riguardo all'uso appropriato dei beni, dall'altro, presenta una connotazione patrimoniale in considerazione della possibilità di valutazione economica dei beni medesimi.

La disposizione potrà, peraltro, concorrere a tutelare anche il bene dell'"imparzialità" e ciò nelle ipotesi in cui il pubblico agente sfrutti la sua particolare posizione rispetto al bene per avvantaggiare illecitamente altro privato, come avviene appunto, nel caso di atti di illegittima disposizione della cosa a vantaggio di terzi cui si associ, tuttavia, un interesse personale⁶³.

1.2. L'oggetto materiale del reato ed il presupposto della condotta

Oggetto materiale del reato è il "denaro o la cosa mobile"; espressione normativa amplissima che non consente distinzioni (titoli di credito, carte di credito o di pagamento, titoli di partecipazione, documenti di legittimazione, etc.), ma che non ricomprende le cose incorporali, immateriali (in specie, i diritti sulle cose) ovvero le c.d. energie umane, in quanto non suscettibili di appropriazione. Lo stesso "valore" della cosa in un tale quadro rischia di non assolvere ad alcuna funzione selettiva, se non in negativo: in una fattispecie che sanziona l'abuso del possesso scaturente dall'esercizio di facoltà giuridiche legate alla qualifica rivestita, solo le cose mobili di valore economico pres-

⁶³ Cfr. in argomento, F.C. PALAZZO, Sub art. 314, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, coordinato da T. Padovani, Torino, 1996, 6 s.

Sul tema dell'oggetto di tutela e sulla infondatezza della concezione "patrimonialistica" v. M. CATENACCI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 40 s. Contra, S. MASSI, voce *Peculato (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4179 s.

La giurisprudenza appare prevalentemente orientata nel senso della irrilevanza di appropriazioni di beni di modesto valore economico per la carenza di offesa all'interesse tutelato (il patrimonio): cfr. Cass. pen., sez. VI, 20.12.2010, Di Maria, in *Guida dir.*, 2011, n. 13, 70; Cass. pen., sez. VI, 19.10.2010, Ermini, in *Giust. pen.*, 2011, II, 257; Cass. pen., sez. VI, 8.1.2010, Sorrenti, in *Cass. pen.*, 2010, 3863.

In argomento sono, tuttavia, di recente intervenute le Cass. pen., sez. un., 2.5.2013, n. 19054, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1197 s. (con commento di P. Pisa), così statuendo: "In tema di peculato, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che utilizzi il telefono d'ufficio per fini personali o al di fuori dei casi d'urgenza o di specifiche e legittime autorizzazioni, integra il reato di peculato d'uso se produce un danno apprezzabile al patrimonio della P.A. o di terzi, ovvero una lesione concreta alla funzionalità dell'ufficio, mentre deve ritenersi penalmente irrilevante se non presenta conseguenze economiche e funzionalmente significative".

soché nullo possono, infatti, ritenersi penalmente irrilevanti. L'appropriazione di cosa mobile non suscettibile di valutazione economica (di pregio morale od affettivo) potrà eventualmente integrare l'ipotesi delittuosa di appropriazione indebita che, limitandosi a contrapporre al denaro la cosa mobile ("denaro o cosa mobile"), non implica una valutabilità in termini economici della cosa che la diversa dizione normativa dell'art. 314 ("denaro o *altra* cosa mobile") sembra imporre⁶⁴.

Il denaro o la cosa mobile devono, poi, essere "altrui".

Il generico riferimento alla *altruità* discende – come visto – dalla unificazione dei delitti di peculato e di malversazione a danno di privati, che ha imposto il superamento della distinzione tra bene appartenente alla amministrazione pubblica e bene nella titolarità di privati.

Il termine *altruità*, peraltro, non sta per proprietà altrui, ma va inteso in un'accezione ampia. L'abuso della situazione possessoria può avere ad oggetto, così integrando la fattispecie tipica, sia il diritto di proprietà, sia un diverso diritto, reale o di godimento, sul bene.

Presupposto della condotta è la situazione di "possesso o comunque disponibilità" dell'oggetto materiale da parte del pubblico agente, situazione inerente all'"ufficio o servizio". Ciò che rileva, in altri termini, è il "rapporto con la cosa" atteggiandosi in modo tale che consenta al p.u. ovvero all'i.p.s. di *disporre* (il possesso in senso civilistico, infatti, l'ha solo la pubblica amministrazione); ed il relativo "potere di disposizione" risulta caratterizzato giuridicamente, dal momento che il bene oggetto di appropriazione è destinato alla realizzazione delle finalità dell'ufficio o del servizio. In capo all'agente pubblico, in altri termini, dovrà sussistere riguardo al bene, una situazione di potere-dovere funzionale, non già di potere di mero fatto riferibile a ragioni del tutto contingenti o di semplice occasionalità. Del resto, come detto, le stesse qualifiche pubblicistiche scattano solo in caso d'effettivo esercizio della funzione o del servizio.

1.3. La condotta di appropriazione

Come detto, il legislatore della riforma ha inteso espungere dallo schema descrittivo del delitto di peculato la condotta di distrazione, che indubbiamente in passato ha costituito il nodo problematico della fattispecie incriminatrice. La disposizione nella sua formulazione originaria, in realtà, se ben applicata, non avrebbe meritato tutte le censure che sono state rivolte alla sua for-

⁶⁴ Cfr. in tal senso S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 335: "Secondo la regola dell'interpretazione nota come regola dell'*ejusdem generis*, le parole che hanno fra loro un rapporto logico vanno interpretate secondo questo rapporto, sì che quando la legge contiene un'elencazione seguita da espressioni di genere come 'o altri', esse non vanno intese come enunciative un altro *genus* ma come un'ulteriore specificazione del genere già enunciato. Nel caso, si dovrebbe trattare di un vantaggio appartenente al medesimo genere individuato dalla parola (denaro) a cui l'espressione 'altra cosa mobile' accede e cioè di un vantaggio economicamente valutabile". *Contra*, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 22.

mulazione, ma la giurisprudenza era venuta creando una norma “reale” individuante un “altro reato” rispetto ad una lettura costituzionalmente orientata della disposizione in esame. Si assisteva, infatti, a vere e proprie distorsioni interpretative nell’ottica di una funzione “vicaria” del giudice penale, la quale conduceva a scorgere il delitto di peculato in ogni erogazione di pubblico denaro effettuata in violazione di regole, per lo più, di carattere essenzialmente formale. In sintesi, un’interpretazione “allargata” dell’art. 314 c.p. che muoveva dall’individuazione di un generico oggetto di tutela (dovere di fedeltà connesso alla corretta cura e gestione dei beni mobili appartenenti alla P.A.) e dalla descrizione dei concetti di “distrazione” e “profitto” in termini vaghi e sostanzialmente onnicomprensivi: dare al danaro ed alle cose mobili una destinazione difforme rispetto a quella fissata, deviare tali beni dallo scopo che l’amministrazione intende raggiungere⁶⁵.

Difficoltà applicative destinate ad aggravarsi nel tempo, peraltro, per la progressiva espansione dell’intervento dello Stato e degli enti pubblici nell’economia di mercato.

Posto di fronte all’alternativa di ridefinire sul piano della struttura il concetto di distrazione (in modo da assicurare una maggiore precisione e tassatività alla formula normativa così come scongiurare ingerenze della magistratura suscettive di minare l’efficienza dell’agire amministrativo) ovvero di eliminare puramente e semplicemente tale forma realizzativa del delitto, il legislatore della riforma ha optato per questa seconda possibilità. Come sempre avviene allorquando non si affronti, ma si aggiri il problema, questo si ripropone oggi – se possibile – in modo più complesso: da un lato, infatti, v’è da stabilire con esattezza quali siano i fatti distrattivi che ora ricadono nell’area di operatività della previsione delittuosa di cui all’art. 323 c.p.; dall’altro, è gioco-forza definire l’appropriazione tipica dal momento che – come evidenzia la divergenza delle posizioni dottrinali emersa in materia – l’eliminazione della condotta distrattiva, in considerazione dello stretto rapporto che corre tra le due modalità esecutive, influenzando i rispettivi confini di tipicità, non è priva di conseguenze e, quasi naturalmente, comporta una espansione del concetto di appropriazione⁶⁶.

È facilmente comprensibile come le due condotte (appropriazione e distrazione) nel quadro della originaria formulazione tendessero ad uniformarsi sul piano contenutistico, dovendo entrambe presentare – analogamente a quanto avveniva per “costrizione” ed “induzione” nello schema del delitto di concussione – una portata offensiva sostanzialmente omogenea in considerazione della identità di risposta punitiva. In tale ottica la “distrazione” penalmente rilevante avrebbe dovuto essere identificata in quella caratterizzata da finalità “private” o quanto meno “extra-istituzionali”. Ora, reciprocamente, si pone il problema di ricomprendere nel concetto di “appropriazione” anche le ipotesi

⁶⁵ Per un’analisi del tema v. R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 267 s.

⁶⁶ Per una rassegna delle posizioni dottrinali sul punto v. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 30 s.

in cui il bene venga destinato a vantaggio di soggetto diverso dall'agente pubblico.

Cercando di fare chiarezza sul punto, appare opportuno innanzitutto ricordare che "appropriazione" sta per *interversio possessionis*: il soggetto compie sui beni atti di disposizione incompatibili con il titolo della situazione possessoria e che manifestano una signoria sui medesimi beni che non gli compete, ma che egli si riconosce. Dunque, nell'appropriazione possono distinguersi due diversi momenti: l'uno negativo – comune alla distrazione – l'"espropriazione" individuantesi nella negazione del diritto altrui; l'altro positivo, l'"impropriazione" consistente nell'affermazione del proprio dominio sulla cosa. Essenziale affinché si realizzi l'*interversio* è la compresenza di un coefficiente di volontà, che consente – fra l'altro – di differenziare la *mancata restituzione* – ancora penalmente irrilevante – dal *rifiuto di restituire*, condotta che, evidenziando un'intenzione *rem sibi habendi*, è pienamente tipica.

Ora, appunto, se è indubbio che l'appropriazione a profitto proprio sia tipica, e se è chiaro che la deviazione delle risorse verso finalità non coerenti con il possesso per ragione dell'ufficio o del servizio, al ricorrere dei presupposti, è suscettivo di integrare l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 323 c.p.⁶⁷, il problema da affrontare e risolvere è quello relativo alle ipotesi in cui l'agente destini il bene a profitto altrui. Ed al riguardo appare ragionevole affermare che costituisce "appropriazione" l'atto di disposizione che si riveli del tutto privo di qualsivoglia collegamento con la finalizzazione pubblicistica del potere possessorio, come avviene nel caso del pubblico agente che emetta un mandato di pagamento, in difetto di alcuna causale, a favore di familiare od amico.

1.4. Il dolo. Consumazione e tentativo

Il dolo del delitto di peculato di cui al comma 1 dell'art. 314 è "generico".

Come detto, la condotta di appropriazione nel suo divenire implica un coefficiente di volontà; l'appropriazione per essere rilevante, già sul piano oggettivo, richiede l'intenzione di far propria la cosa. Necessiterà anche la consapevolezza che del bene si ha il possesso o la disponibilità per ragione dell'ufficio o del servizio e che, pertanto, su di esso insiste un diritto altrui (della P.A. o del privato).

⁶⁷ In argomento cfr. in giurisprudenza Cass. pen., sez. II, 11.2.2010, Ponticorvo, in *Guida dir.*, 2010, n. 28, 86: "A seguito della legge 26 aprile 1990 n. 86, l'elemento oggettivo del reato di peculato è costituito esclusivamente dall'appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente. Sul piano dell'elemento soggettivo, inoltre, il peculato si realizza con il mutamento dell'atteggiamento psichico dell'agente nel senso che alla rappresentazione di essere possessore della cosa per conto di altri succede quella di possedere per conto proprio. Di conseguenza, non ricorre la figura del peculato, sussistendo quella dell'abuso d'ufficio, quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio, che si concretizzi semplicemente in un indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto".

L'errore sul fatto esclude il dolo di appropriazione (ad es., scambio di beni) così come l'errore sulla legge extra penale, allorquando l'ignoranza o l'erronea interpretazione della fonte amministrativa faccia venir meno la consapevolezza della ragione di ufficio o di servizio del possesso, ovvero la consapevolezza della realizzazione di una condotta appropriativa⁶⁸.

Il delitto di peculato è un reato istantaneo che si consuma nel momento in cui si concretizza l'*interversio possessionis*; il tentativo sarà, dunque, ammissibile e potrà consistere nella mancata appropriazione (meglio, impropriazione) del bene.

1.5. Circostanze, rapporti con altre figure criminose, pena accessoria

Ove si riconosca natura plurioffensiva al reato e si ritenga che la tutela si estenda anche al patrimonio, risulteranno applicabili le aggravanti ed attenuanti comuni di cui agli artt. 61, n. 7 e 62, n. 4. Anche l'attenuante comune del risarcimento del danno (art. 62, n. 6, c.p.) potrà essere riconosciuta.

L'attenuante speciale di cui all'art. 323 *bis* c.p. opererà nelle ipotesi in cui il fatto risulti di "particolare tenuità" seppure per aspetti diversi dal danno patrimoniale.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale allorquando il possesso sia conseguito dall'agente in modo fraudolento, risulterà integrato il delitto di truffa, non già quello di peculato, ipotesi questa che invece ricorrerà nei casi in cui l'agente, dopo l'appropriazione, faccia ricorso alla frode per celare il comportamento illecito⁶⁹.

⁶⁸ Di avviso contrario la giurisprudenza che ritiene la norma amministrativa integratrice del precetto penale: v. Cass. pen., sez. VI, 29.4.1987, Matera, in *Cass. pen.*, 1988, 2081. In realtà, nelle ipotesi considerate tali norme sono extra-penal, dal momento che non sono suscettive di aggiungere un qualcosa al già completo significato del delitto di peculato così come espresso dalla formula normativa.

⁶⁹ Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. II, 8.1.2010, Proc. Gen. in proc. Gocini ed altro, in *Guida dir.*, 2010, n. 13, 85 e 88: "La differenza tra i reati di peculato e di truffa aggravata ai sensi dell'articolo 61, numero 9, c.p. va individuato nel fatto che, nel primo, il possesso del denaro è un antecedente della condotta appropriativa, mentre, nel secondo, la condotta fraudolenta, attuata mediante artifici e/o raggiri, è finalizzata a consentire all'agente di entrare in possesso del denaro stesso per poi appropriarsene. Integra il reato di peculato, e non quello di truffa aggravata ex articolo 61, numero 9, c.p., la condotta del curatore fallimentare che si appropria del denaro di cui abbia avuto la preventiva disponibilità in forza del provvedimento giudiziario di autorizzazione al pagamento dei creditori, dovendosi ritenere irrilevante, a tal fine, la successiva, parziale, falsificazione degli importi delle somme oggetto delle originarie autorizzazioni al prelievo da parte del giudice".

V. anche in argomento Cass. pen., sez. IV, 4.11.2009, Donti ed altro, in *Guida dir.*, 2010, n. 15, 85: "Commette il reato di truffa aggravata ex articolo 61, numero 9, c.p., e non quello di peculato, il curatore fallimentare che attraverso l'utilizzazione fraudolenta di mandati di pagamento falsificati e in apparenza provenienti dall'ufficio del giudice delegato al fallimento si appropri di somme di denaro di pertinenza della procedura fallimentare. Infatti, il curatore non ha né la disponibilità materiale, né quella giuridica di tali somme, in quanto per conseguirla necessita di apposito provvedimento di autorizzazione del giudice delegato (cfr. articolo 34 della legge fallimentare), onde la falsificazione dei mandati costituisce proprio lo strumento fraudolento mediante il quale si ottiene l'impossessamento del denaro".

Con la legge c.d. “Spazzacorrotti” si è incluso nel catalogo dei reati per i quali è prevista l’incapacità di contrattare con la P.A. (art. 32 *quater* c.p.) anche il delitto di peculato; con la riformulazione dell’art. 317 *bis* c.p. la condanna a pena superiore a due anni importa l’incapacità in perpetuo di contrattare con la P.A.

2. Il peculato d’uso (art. 314, comma 2, c.p.)

Art. 314, comma 2. Peculato: “*Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l’uso momentaneo, è stata immediatamente restituita*”.

L’introduzione di tale disposizione, nelle intenzioni del legislatore della riforma, mira sostanzialmente a due scopi: da un lato, eliminare ogni incertezza circa la punibilità dell’utilizzo momentaneo di beni posseduti per ragioni di ufficio o di servizio; dall’altro, preso atto dell’orientamento giurisprudenziale per il quale simili condotte erano ritenute punibili in base alla originaria disposizione, fissare livelli sanzionatori in linea con il minor disvalore del fatto⁷⁰.

Ciò si è inteso realizzare, predisponendo una norma che ricalca la disciplina del furto d’uso (art. 626, n. 1, c.p.), senza tuttavia tener conto dell’affatto diverso rapporto strutturale che corre tra l’“uso” e la condotta-base di quest’ultima fattispecie incriminatrice (sottrazione-uso/restituzione). Nel peculato, infatti, l’uso costituisce una particolare forma di manifestazione del comportamento criminoso, a rigore non riconducibile né alla distrazione (la destinazione originaria del bene non viene meno), né alla appropriazione (l’uso momentaneo esclude la volontà di appropriarsi). Una volta di più si evidenzia, dunque, il ricorso ad una tecnica approssimativa nella formulazione della fattispecie incriminatrice; nondimeno l’attuale assetto normativo vale a chiarire, per un verso, che l’“uso prolungato” rientra nell’area applicativa dell’art. 323 c.p., per l’altro, che il peculato d’uso – al di là dell’improprio collegamento tra i commi 1 e 2 dell’art. 314 c.p. – individua una fattispecie distinta ed autonoma, non già una circostanza attenuante, rispetto al delitto di peculato⁷¹.

Una simile conclusione consente, peraltro, di superare quelle incertezze che sul piano interpretativo si erano poste e che ancor oggi si profilano, soprattutto in ambito giurisprudenziale. Se non v’è dubbio che oggetto dell’uso momentaneo possano essere le “cose di specie” (l’automobile, il sistema di scrittura e così via), le “cose di genere o di quantità” e, in particolare, il “danaro” potranno rientrare nell’ambito di applicazione della norma in esame solo se la si sganci dal delitto di peculato comune, ritenendosi ripristinata la situazione *ex ante* anche là dove non venga restituita la *stessa identica cosa*.

L’uso, appunto, deve essere “momentaneo” e la restituzione “immediata”,

⁷⁰ In argomento, v. E. DINACCI, *Profili interpretativi della norma sul delitto di peculato d’uso*, in AA.VV., *Reati contro la P.A.*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, 36.

⁷¹ Così Cass. pen., sez. VI, 22.4.2010, Pratesi, in *Guida dir.*, 2010, n. 35, 66.

comportamento quest'ultimo che se evidenzia la mancanza di una volontà di appropriazione, materializza l'attuazione del proposito di riconsegnare il bene.

Anche il dolo del peculato d'uso si distacca dall'elemento psicologico del delitto di cui al comma 1 dell'art. 314 c.p. Se si rivelano comuni i contenuti del momento conoscitivo (qualifica soggettiva, possesso per ragione ..., altrui titolarità), il momento volitivo presenta una significativa differenza qualitativa: non l'appropriazione, ma l'uso momentaneo (e l'immediata restituzione) costituisce, infatti, l'oggetto della volizione. Anche sotto questo profilo trova, dunque, conferma l'autonomia della fattispecie incriminatrice in esame ed il carattere "intenzionale" (non specifico) del dolo di simile previsione⁷².

Il tentativo (incompiuto) di peculato d'uso – astrattamente ipotizzabile nel fatto dell'agente che cerchi di fare un uso momentaneo della cosa, per poi restituirla prontamente – si rivela in concreto di difficile configurabilità per il difetto nell'ipotesi in esame – come visto – vuoi di una preventiva condotta distrattiva che di una condotta appropriativa pur ampiamente intesa.

L'impossibilità sopravvenuta di restituzione della cosa dovuta a caso fortuito o forza maggiore preclude la punibilità del fatto⁷³.

3. *Il peculato mediante profitto dell'altrui errore (art. 316 c.p.)*

Art. 316 c.p. Peculato mediante profitto dell'errore altrui: *"Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni"*.

Prevista nel codice Zanardelli (nella sola forma della ricezione, e non anche della ritenzione) quale ipotesi attenuata di concussione, la figura delittuosa in esame è transitata col codice Rocco nell'alveo delle forme appropriative. Ed invece, qui il soggetto pubblico non pone in essere alcuna condotta "induttiva" (seppur genericamente intesa), e sebbene difetti una previa situazione di possesso per ragioni di ufficio o di servizio ed il soggetto passivo versi del tutto autonomamente in errore, non sembra dubitabile che le due attuali condotte di "ricezione" e "ritenzione" possono iscriversi nel più ampio contesto delle forme appropriative.

Il fatto che simili condotte debbano essere tenute "nell'esercizio delle funzioni o del servizio" chiarisce che l'agente realizza un "abuso" dei poteri connessi all'esercizio della funzione o del servizio, così offendendo i beni del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione; solo in via mediata risulterà lesa, e troverà tutela, l'altrui sfera patrimoniale. Simile caratterizzazione delle condotte ("... nell'esercizio ...") ovverosia la necessaria

⁷² Cfr. in tal senso M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 44 s.

⁷³ Cfr. sul punto S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 346 s., il quale dall'equiparazione fra restituzione ed impossibilità di restituzione della cosa fa discendere la configurabilità del tentativo (compiuto).

contestualità tra esse e l'esercizio delle diverse mansioni determina anche in tale ipotesi la inapplicabilità della previsione di cui all'art. 360 c.p.

L'oggetto materiale del reato è costituito dal "denaro o altra utilità", concetto quest'ultimo più ampio e comprensivo rispetto a quello di cosa mobile.

Non è necessario che la ricezione e/o la ritenzione trovino la propria causa nell'esercizio della funzione o del servizio, piuttosto è l'errore in cui versa il soggetto passivo a determinare il comportamento tipico. L'agente pubblico si giova, in definitiva, di un preesistente errore⁷⁴, la sua condotta, per così dire, è agevolata dall'errore altrui, errore che può vertere sull'esistenza del dovuto come sull'entità del dovuto, ma anche sul reale creditore. Ciò spiega il minore disvalore del fatto ed il più mite trattamento sanzionatorio rispetto all'ipotesi di peculato comune in cui, appunto, il pubblico agente ha il possesso del bene per ragione dell'ufficio o del servizio.

Ricezione e ritenzione implicano la negazione del diritto altrui sul bene e, dunque, individuano sostanzialmente delle condotte di appropriazione; per giunta, esse sono finalizzate ad un vantaggio personale del pubblico agente o di un terzo, mirano alla "privatizzazione" del bene, così che il "terzo" non potrà essere la stessa P.A., nel qual caso risulterà integrata l'ipotesi criminosa cui all'art. 323 c.p. e non il delitto di peculato. "Ricezione" sta per accettazione del bene che viene trasferito; pertanto, non è sufficiente ad integrare la condotta tipica la mera accettazione della promessa. La "ritenzione", dal canto suo, può anche consistere nella semplice omessa restituzione del denaro o dell'utilità.

Il soggetto attivo, peraltro, deve ricevere/ritenere "indebitamente", avverbio del tutto pleonastico rispetto alla formula descrittiva del reato e, forse, solo funzionale a marcare la differenza tra la previsione delittuosa in esame ed il peculato comune; ove, infatti, la dazione sia dovuta alla P.A. e l'agente ne se approprii sarà quest'ultima previsione a risultare integrata. La menzione espresa del carattere indebito della ricezione-ritenzione vale, tuttavia, ad evidenziare che la erronea credenza di ricevere-ritenere il dovuto determina l'operatività dell'art. 47, comma 3, c.p.

Il dolo consiste nella rappresentazione dell'errore in cui altri versa, unita alla volontà di appropriarsi del denaro o dell'utilità per sé o per un terzo. In difetto dell'errore altrui ovvero della consapevolezza di esso, trattandosi di elemento essenziale del reato (al pari del profitto), la fattispecie in esame non risulterà integrata.

⁷⁴ Secondo la giurisprudenza l'errore altrui determinato dal pubblico funzionario realizza l'ipotesi di peculato di cui all'art. 314 c.p. In tal senso, da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. VI, 6.3.1996, in *Cass. pen.*, 1997, 1379: "Il reato di cui all'art. 316 c.p. (peculato mediante profitto dell'errore altrui) si può configurare esclusivamente nel caso in cui l'agente profitti dell'errore in cui il soggetto passivo già spontaneamente versi, come si desume dalla dizione della norma incriminatrice ('giovandosi dell'errore altrui', cioè di un errore preesistente ed indipendente dalla condotta del soggetto attivo); e non ricorre, pertanto, nel caso in cui l'errore sia stato invece determinato da tale condotta, ricadendo in tal caso l'appropriazione commessa dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nella più ampia e generale previsione dell'art. 314 c.p., rispetto alla quale quella dell'art. 316 costituisce ipotesi marginale e residuale".

Sezione III

Le frodi nelle erogazioni pubbliche o comunitarie

SOMMARIO: Presentazione dell'argomento. – 1. Malversazione a danno dello Stato (art. 316 *bis* c.p.). – 2. Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 *ter* c.p.).

Presentazione dell'argomento

È solo nel 1986 che in Italia si prende a soddisfare l'esigenza di una disciplina specifica contro gli abusi in materia di erogazioni pubbliche e comunitarie; l'art. 2, comma 1, l. n. 898/1986, tuttavia, viene posto a tutela delle sole frodi commesse per ottenere erogazioni a carico del Fondo europeo agricolo.

Nel 1990 con la l. n. 55 si introduce la figura delittuosa della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.) e con l. n. 142/1992, attraverso l'inserimento di apposita clausola di riserva, si chiarisce che il rapporto che corre tra la fattispecie incriminatrice dell'art. 2, l. n. 898/1986 e il delitto di cui all'art. 640 *bis* c.p. è un rapporto di sussidiarietà, non di specialità e, dunque, la prima previsione appronta una tutela anticipata rispetto al conseguimento indebito di contribuzioni ottenuto con modalità non integranti "artifici e raggiri"⁷⁵.

Nello stesso arco temporale la legge di riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. introduce la figura di "malversazione a danno dello Stato" (art. 316 *bis* c.p.), inserendola appunto nell'ambito di tale classe di delitti e ponendola a presidio del "vincolo di destinazione" impresso alle erogazioni pubbliche.

⁷⁵ La disposizione a seguito della modifica del '92 così recita: "Ove il fatto non configuri il più grave reato previsto dall'art. 640 *bis* c.p., chiunque, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, consegue indebitamente, per sé o per gli altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quando la somma indebitamente percepita è pari od inferiore a lire venti milioni si applica soltanto la sanzione amministrativa di cui agli articoli seguenti".

La giurisprudenza è costante nel ritenere che "la fattispecie criminosa prevista dall'art. 2 del d.l. 27 ottobre 1986 n. 701 (convertito, con modificazioni, dalla l. 23 dicembre 1986, n. 898) che punisce l'indebito conseguimento di erogazioni a carico del Fondo Agricolo Europeo (FEOGA), costituisce norma sussidiaria e non speciale rispetto al reato di truffa, trovando applicazione nell'ipotesi in cui l'agente si sia limitato soltanto a esporre dati e notizie falsi, mentre i fatti connotati da ulteriori e più gravi elementi di frode, quali la formazione e utilizzazione di falsi documenti, ricadono nella figura di truffa". In tal senso cfr. per tutte, Cass. pen., sez. II, 4.4.1996, Bontempo, in *Cass. pen.*, 1997, 3433.

Con la l. n. 300/2000 è stato, poi, inserito nel codice penale il delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), norma che sanziona le forme meno gravi di frode in materia di "conseguimento di erogazioni" in via generale e non soltanto a beneficio dell'agricoltura (secondo il dettato dell'art. 2, l. n. 898/1986).

Oggi, pertanto, le frodi nell'*utilizzazione* delle erogazioni sono sanzionate dall'art. 316 *bis* c.p.; le frodi nell'*ottenimento* risultano punite o ai sensi dell'art. 640 *bis* c.p. ovvero ai sensi dell'art. 316 *ter* c.p., come si chiarirà fra breve.

Per certo non felice sul piano sistematico si rivela la scelta di inserire nella classe dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. ipotesi criminose che vedono quale soggetto agente un "privato". Anche nel caso in cui, infatti, si intendesse sostenere che a dispetto della formula normativa ("chiunque ...") ci si trovi, in realtà, di fronte ad un reato proprio (il "fruitore del finanziamento"), non è dubitabile che questo soggetto è "estraneo alla P.A." e che l'attività da lui realizzata è di stampo prettamente privatistico⁷⁶.

Ed inopportuna appare anche la denominazione prescelta. "Malversazione", secondo la comune radicata interpretazione, sta per comportamento illecito posto in essere dal pubblico agente che si appropria (o distrae) la cosa mobile appartenente a privati.

1. *Malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis c.p.)*

Art. 316 bis. *Malversazione a danno dello Stato: "Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalla Comunità europea contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni".*

Il legislatore, coll'introduzione di tale norma, ha inteso tutelare l'interesse (dello Stato, di altre amministrazioni pubbliche ovvero della Comunità europea) alla destinazione effettiva degli strumenti di sostegno finanziario erogati alla realizzazione delle attività economiche di pubblico interesse. Il soggetto agente, in definitiva, "distrae" le risorse pubbliche a lui affidate ed è, forse, in

⁷⁶ La giurisprudenza ritiene, in ogni caso, che "i reati di malversazione e di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (artt. 316 *bis* e 316 *ter* del c.p.) sono posti a tutela dell'interesse dello Stato o di un ente pubblico ovvero dell'Unione europea, per la corretta gestione e utilizzazione delle risorse pubbliche destinate a fini di incentivazione economica, sicché persona offesa è sempre e solo il soggetto pubblico, sia esso lo stesso Stato o l'Unione europea ovvero un ente pubblico. (Da queste premesse, in una vicenda in cui la denuncia era stata presentata da una società privata, la Corte ha ritenuto che la medesima poteva al massimo far valere pretese di natura civilistica nell'ambito del procedimento penale in qualità di persona danneggiata dal reato, ma non assumendo la qualità di persona offesa, non aveva diritto né all'avviso della richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, né conseguentemente aveva alcuna legittimazione ad attivare i meccanismi procedurali di opposizione all'archiviazione previsti dagli articoli 408-410 del codice di procedura penale): così Cass. pen., sez. VI, 21.5.2010, p.o. Monaco in proc. Zappalà, in *Guida dir.*, n. 33-34, 78.

simile ottica che si è fatto ricorso – sia pur impropriamente – al *nomen juris* “malversazione”.

Anche sotto questo profilo la norma si rivela, dunque, mal collocata, trovando la sua sede naturale tra i delitti contro l’economia pubblica.

Presupposto della condotta ed elemento costitutivo del reato è l’“ottenimento” di “contributi, sovvenzioni o finanziamenti”, termini questi con i quali, in via del tutto generica e comprensiva (ed omologa a quella di cui all’art. 640 *bis* c.p.), si intende indicare l’ausilio economico di qualsivoglia tipo e (ausilio) destinato ad iniziative dirette alla realizzazione di attività di pubblico interesse. La norma risulterà applicabile solo ove sussista un vincolo di destinazione, l’attività sia da intraprendere o, comunque, non sia stata portata a compimento.

La condotta costitutiva del reato – scarsamente tipizzata, in realtà – consiste nella semplice “non destinazione” dei fondi ottenuti agli scopi programmati. Occorrerà, dunque, al fine di consentire l’adempimento come la verifica di esso che dal provvedimento di concessione ovvero dalla disciplina normativa delle agevolazioni risulti in modo sufficientemente determinato il vincolo di destinazione.

La “non destinazione” potrà consistere sia nella “distrazione” verso finalità diverse, sia nella pura e semplice “non utilizzazione delle risorse”, ma anche nel mancato adempimento entro il termine prefissato ove il termine presenti carattere essenziale.

Eccessivamente ampie sul piano descrittivo anche le nozioni di “opere” e di “attività di interesse pubblico”, in particolare nella lettura offerta della giurisprudenza⁷⁷.

Il delitto in esame è un delitto omissivo istantaneo che si consuma con la “non destinazione” dei fondi agli scopi preassegnati. Il tentativo non è configurabile; quando l’agente, infatti, prima della scadenza del termine, abbia volontariamente reso impossibile l’adempimento, la fattispecie tipica risulterà integrata⁷⁸.

Il dolo è generico e consiste nella volontaria distrazione della erogazione dalle finalità di interesse pubblico a scopi incompatibili col soddisfacimento di esse.

⁷⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 13.12.2011, Agnesi, in *Guida dir.*, 2013, n. 15, 70: “Ai fini della configurabilità del reato di malversazione previsto dall’articolo 316 *bis* del c.p., la nozione di ‘opere’ o ‘attività di interesse pubblico’, alla cui realizzazione è subordinata la concessione del finanziamento, del contributo o della sovvenzione pubblica, va intesa in senso molto ampio, sì da escludere dal suo ambito operativo soltanto quei sussidi economici elargiti per finalità assistenziali o sociali senza vincolo preciso di destinazione. In sostanza, la formula normativa ha riguardo allo scopo perseguito dall’ente pubblico erogante piuttosto che all’opera o all’attività in sé considerata, conseguendone che l’interesse pubblico dell’opera o dell’attività non è connesso alla natura oggettiva dell’una o dell’altra, ma piuttosto alla provenienza pubblica dell’erogazione e al vincolo di destinazione della stessa, quale espressione delle scelte di politica economica e sociale dello Stato o di altro ente pubblico”.

⁷⁸ Cfr. in tal senso P. PISA, *Sub art. 316 bis*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. Padovani, Torino, 1996, 53. *Contra*, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 69.

L'art. 316 *bis* c.p. e l'art. 640 *bis* c.p., fattispecie incriminatrici introdotte – come visto – in immediata successione, approntano una tutela complementare in materia di finanziamenti pubblici: quest'ultima, infatti, copre l'area degli illeciti ottenimenti di erogazioni pubbliche, mentre la prima, appunto, sanziona l'abusiva utilizzazione di tali risorse.

Tali fattispecie non possono, tuttavia, concorrere materialmente. L'art. 316 *bis* c.p. presuppone il regolare ottenimento delle risorse; ove la frode sia finalizzata al conseguimento dei fondi, implicando la ricezione del finanziamento una utilizzazione dei fondi medesimi non in linea con l'interesse dell'ente erogatore, risulterà sanzionabile la sola ipotesi di truffa, fattispecie delittuosa più grave, che “coprendo” l'intero disvalore del fatto (illecito ottenimento delle risorse e loro distrazione) assorbe l'ipotesi minore di cui all'art. 316 *bis* c.p.

Per il reato di malversazione a danno dello Stato, oltre alla responsabilità *penale* dell'agente, è prevista la *responsabilità (amministrativa) da reato* degli enti forniti di personalità giuridica, delle società e delle associazioni anche prive di tale personalità (con eccezione dello Stato, degli enti pubblici regionali, degli enti pubblici non economici e degli enti aventi funzioni costituzionali) (d.lgs. n. 231/2001).

2. *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 ter c.p.)*

*Art. 316 ter. Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato: “Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per gli altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri. **

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a lire sette milioni settecentoquarantacinquemila [pari a euro 3999,96] si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da 5164 a 25.822 euro. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito”.

La recente figura delittuosa (inserita dall'art. 4, l. 29.9.2000, n. 300) si inserisce nel novero delle disposizioni che mirano a contrastare condotte abusive in materia di finanziamenti pubblici. Essa anticipa la tutela, sanzionando le forme illecite di “captazione” di fondi e, in particolare, l'ottenimento di risorse mediante “falsità od omissioni informative”.

L'art. 316 *ter* c.p. ricalca sostanzialmente il modello di cui all'art. 2, l. n.

* *Periodo, questo ultimo, introdotto dalla legge c.d. “Spazzacorrotti”.*

898/1986 (disposizione che sanziona – come detto – le frodi comunitarie nel settore agricolo), con l'aggiunta della condotta omissiva; tanto che si dubita della sopravvivenza di tale seconda fattispecie coll'introduzione dell'art. 316 *ter* c.p.⁷⁹.

L'art. 316 *ter* c.p. individua un'ipotesi sussidiaria rispetto all'art. 640 *bis* c.p., sebbene esili siano le note differenziali tra i due reati, i quali risultano coincidenti quanto agli aiuti economici e, soprattutto, quanto all'evento dell'ottenimento indebito degli aiuti stessi. L'unica differenza risiede, da un lato, nelle "false dichiarazioni o le omissioni informative", dall'altro, negli "artifici o raggiri"; le prime individuano necessariamente (per il trattamento sanzionatorio decisamente meno grave) un *quid minus* rispetto a quanto necessario per l'integrazione del delitto di truffa aggravata⁸⁰.

La condotta costitutiva è integrata dall'utilizzazione di dichiarazioni verbali, documenti (ideologicamente o materialmente) falsi o mancate informative doverose da cui derivi l'ottenimento di un finanziamento non conseguibile.

Il delitto si consuma con il ricevimento degli aiuti economici ed il dolo è generico, consistendo nella consapevolezza della falsità o incompletezza delle dichiarazioni fornite e nella volontà di ottenere quegli aiuti non spettanti nell'*an* o nel *quantum*.

La legge c.d. "Spazzacorrotti" – senza minimamente affrontare i problemi relativi alla esatta delimitazione dell'ambito di applicazione della norma incriminatrice – dà vita ad un aggravamento della pena nei riguardi del pubblico agente che abbia realizzato il fatto con abuso della qualità o dei poteri.

Come prontamente rilevato, simile intervento modificativo è di difficile comprensione: per un verso, non è dato intendere come il fatto-reato possa risultare realizzato in un contesto funzionale – caratterizzato dall'abuso – ove le modalità esecutive della condotta siano quelle tipizzate; per l'altro, non si definisce una fattispecie autonoma, ma si delinea una circostanza aggravante ad effetto speciale che sancisce un regime sanzionatorio assai prossimo a quello scaturente dall'applicazione dell'aggravante comune dell'art. 61, n. 9, c.p.⁸¹.

⁷⁹ Cfr. sul punto M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 85.

⁸⁰ Sul carattere sussidiario e "residuale" dell'art. 316 *ter* c.p. rispetto all'art. 640 *bis* c.p. v. l'ordinanza della Corte cost. 8-12.3.2004, n. 95, in *Cass. pen.*, 2004, 2249 s., che ha chiarito "come l'art. 316 *ter* c.p. sia volto ad assicurare agli interessi da esso considerati una tutela aggiuntiva e 'complementare' rispetto a quella già offerta dall'art. 640 *bis* c.p., 'coprendo', in specie, gli eventuali margini di scostamento – per difetto – del paradigma punitivo della truffa rispetto alla fattispecie della frode 'in materia di spese' ... non soltanto condotte di falso in senso lato ('utilizzo o presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti'), ma anche di mero silenzio antidoveroso ('mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico'), senza che al tempo stesso sia previsto il requisito dell'induzione in errore del soggetto passivo, caratterizzante il paradigma della truffa ... la clausola di salvezza ... è peraltro eloquentemente indicativa dell'intento legislativo di reprimere, con essa (fattispecie), fatti di minore gravità, sul piano del disvalore di condotta, rispetto a quelli attinti dalla norma principale".

In tal senso, da ultimo, *Cass. pen.*, sez. un., 19.4.2007, Carchivi, in *Cass. pen.*, 2007, 3213.

⁸¹ S. SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, in *Dir. proc. pen.*, 2019, 5, 593 s., il quale chiarisce il rapporto tra l'art. 314 c.p. e la

Anche per tale delitto è prevista – accanto ed oltre la responsabilità penale dell'agente – la responsabilità (amministrativa) da reato dell'ente. Tale forma di responsabilità non scatta, ove risulti integrata la sola ipotesi di illecito amministrativo descritto al comma 2 dell'art. 316 *ter* c.p., quando l'aiuto economico ottenuto è uguale o inferiore alla soglia predeterminata.

norma in esame, delineandone i rispettivi ambiti di applicazione (fattispecie in tema di appropriazione per scopi personali e privati di fondi destinati al funzionamento dei gruppi politici da parte di consiglieri regionali).

Sezione IV

Le fattispecie di “abuso”

SOMMARIO: 1. L'abuso di ufficio (art. 323 c.p.). Presentazione dell'argomento. – 1.1. Soggetto attivo e soggetto passivo del reato. – 1.2. La condotta di abuso. – 1.3. L'evento del reato. L'ingiustizia del vantaggio o del danno. – 1.4. Consumazione del reato. Elemento psicologico. – 1.5. La circostanza aggravante speciale. Il concorso (eventuale) di persone nel reato. – 2. I delitti di corruzione (artt. 318 s.). – 2.1. La riforma del 2012 e gli “inasprimenti” introdotti dalla legge c.d. Spazzacorrotti. – 2.2. L'oggetto di tutela. – 2.2.1. Persistente attualità delle funzioni attribuite al bene giuridico in un sistema penale dal “volto” liberale. 2.2.2. Imparzialità e buon andamento quali interessi meritevoli di protezione. – 2.3. La struttura del fatto-reato: i delitti di corruzione quale reato a concorso necessario. – 2.4. *Segue*. La condotta costitutiva tipica ed il momento consumativo del reato. – 2.5. *Segue*. Il dolo ed il suo oggetto; la “contrarietà ai doveri di ufficio” quale nota materiale, non meramente soggettiva, della condotta. Il contenuto del dolo. – 2.6. L'introduzione del delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità: si sposta il confine tra corruzione e concussione, scatta la punibilità del privato. – 2.7. Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.). – 2.8. Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.). – 3. Corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.). – 3.1. Sull'ipotizzabilità della forma “susseguente”. – 3.2. Sulla rilevanza della forma “impropria”. – 3.3. La corruzione del falso testimone: concorso di reati o concorso apparente di norme? La nozione di “atti giudiziari”. – 4. Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.). – 4.1. La condotta di induzione e l'oggetto di tutela. – 4.2. L'abuso della qualità o dei poteri. – 4.3. Dazione o promessa “indebita”. – 4.4. Dolo. Momento consumativo e tentativo. – 4.5. La responsabilità amministrativa di enti, società od associazioni. Pena accessoria. – 5. Il nuovo delitto di traffico di influenze illecite. – 6. Istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.). – 7. La responsabilità amministrativa di enti, società ed associazioni. Pena accessoria. – 8. La concussione (art. 317 c.p.). – 8.1. L'evoluzione normativa della fattispecie. L'oggetto di tutela. – 8.2. I soggetti attivi. – 8.3. L'elemento oggettivo del reato. – 8.3.1. L'abuso dei poteri o della qualità. – 8.3.2. La condotta di costrizione. – 8.3.3. Le nozioni di costrizione ed induzione negli indirizzi giurisprudenziali. – 8.4. La tesi della ricostruzione autonoma delle posizioni soggettive nelle fattispecie c.d. bilaterali: sintetici rilievi critici. – 8.5. La dazione o promessa “indebita” di danaro o altra utilità. – 8.6. L'elemento soggettivo. – 8.7. Momento consumativo e tentativo. – 8.8. La responsabilità amministrativa di enti, società ed associazioni. Pena accessoria.

1. *L'abuso di ufficio (art. 323 c.p.). Presentazione dell'argomento*

Art. 323. Abuso d'ufficio: “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o

di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da un anno a quattro anni.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”.

Presentazione dell'argomento

Fattispecie incriminatrice tra le più problematiche come dimostra la sua tormentata evoluzione normativa. Novellata in sede di riforma del '90⁸², con la l. n. 234/1997 ha assunto l'attuale assetto, sempre nel tentativo di circoscrivere in modo più netto l'area del penalmente rilevante ed allo scopo di uniformare la prassi applicativa. La l. n. 190/2012 è intervenuta solo sul trattamento sanzionatorio, innalzando sia il minimo (da sei mesi ad un anno) che il massimo (da tre a quattro anni) edittali, così da consentire l'adozione di misure cautelari personali.

Già con la novella del '90 l'abuso di ufficio cessa di essere una norma di carattere sussidiario e viene ad assumere un ruolo centrale – la fattispecie “base” – nella repressione delle condotte abusive dei pubblici agenti. La diversa formulazione della clausola di riserva chiarisce che la fattispecie di abuso è ora sussidiaria non più rispetto a qualsiasi specifica ipotesi di reato, ma soltanto riguardo a fatti abusivi che valgano ad integrare gli estremi di un reato “più grave”⁸³. Nel quadro normativo originario – come detto – l'art. 323 c.p. coesisteva con il peculato per distrazione, la malversazione e con l'interesse privato in atti di ufficio; oggi è, invece, chiamato a coprire, almeno in parte, gli spazi applicativi risultanti dall'abrogazione di tali fattispecie. Si è, invero, cercato di valorizzare il fatto di abuso di ufficio e di potenziarne – sempre più nel tempo – la tipizzazione legislativa: – sia per contenere il fenomeno, a volte allarmante, del sindacato del giudice penale in materie riservate alla discrezionalità politica della P.A.; – sia per scongiurare le interpretazioni “allargate” delle evanescenti figure di reato sopra richiamate; – sia per eliminare in radice la *vexata quaestio* attinente la corretta individuazione della linea di confine tra le rispettive aree di operatività delle originarie fattispecie di abuso innocuo di ufficio e di interesse privato in atti d'ufficio.

⁸² La formulazione del '90 era del seguente tenore: “Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni.

Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni”.

⁸³ Si è, infatti, passati da una clausola *assolutamente* indeterminata ad una clausola *relativamente* indeterminata. Pertanto, il rapporto di sussidiarietà – configurabile oltre che nell'ambito dei delitti dei p.u. contro la P.A., anche rispetto ad una qualunque previsione normativa in cui l'abuso individui un elemento costitutivo od una circostanza aggravante – darà vita ad un'ipotesi di concorso apparente di norme, inquadrabile nello schema dell'art. 15 c.p. e risolvibile – allorquando difettino indici diversi di specialità – in favore dell'art. 323 c.p. se più gravemente sanzionato.

Tuttavia, con la riforma del '90 non si era, comunque, riusciti ad offrire una migliore tipizzazione della norma, così da delineare una fattispecie incriminatrice realmente determinata⁸⁴. Si è così proceduto a novellare ulteriormente la disposizione che, pur non ancora esente da ambiguità, da un lato, descrive in modo più puntuale la “condotta” ora legata alla “violazione di legge o di regolamento”; dall'altro, richiede la realizzazione di un “evento naturalistico” (danno ingiusto a terzi ovvero vantaggio ingiusto a sé o ad altri) e, corrispondentemente, un “dolo intenzionale”, non più specifico.

Risulta, pertanto, oggi in modo marcato l'intenzione del legislatore – criterio interpretativo non irrilevante, almeno nei casi di recente novellazione – di circoscrivere, contenendola, l'area del penalmente rilevante.

1.1. *Soggetto attivo e soggetto passivo del reato*

Soggetti attivi possono essere sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio. Anche in tale ipotesi di reato, essendo richiesta la contestualità dello svolgimento della funzione o del servizio non risulta applicabile la previsione di cui all'art. 360 c.p.

Il soggetto pubblico, infatti, agisce con “abuso dei poteri”; si è, infatti, tornati all'impostazione originaria della norma (“... abusando dei poteri inerenti ...”), abbandonando la troppa vaga caratterizzazione (“... abusa del suo ufficio ...”) introdotta con la riforma del '90. La condotta abusiva deve, cioè, inerire all'attività propria dell'agente (“... nello svolgimento delle funzioni o del servizio ...”), in altri termini deve essere collegata “all'esercizio dei poteri” non solo sul piano temporale, ma anche su quello funzionale. Non rileverà, pertanto, il mero abuso della qualità ovvero il semplice sfruttamento della condizione personale.

Soggetto passivo del reato è, senza dubbio, la P.A., quale titolare degli interessi – buon andamento e, in particolare, imparzialità dell'agire amministrativo – oggetto di tutela. È tuttora oggetto di discussione se il privato, allorché subisca un danno ingiusto, sia semplicemente danneggiato ovvero anch'egli soggetto passivo, quale titolare di un autonomo interesse, offeso appunto dall'evento del reato (risultato della condotta)⁸⁵.

1.2. *La condotta di abuso*

La condotta costitutiva del reato consiste o in un abuso realizzato “in violazione di norme di legge o di regolamento” ovvero in un abuso consistente nell'“omessa osservanza di un obbligo di astensione”.

⁸⁴ Col riproporre, in buona sostanza, il nucleo della vecchia formulazione dell'art. 323 c.p. (“abusando dei suoi poteri ... commette qualsiasi fatto ...”; “... abusa del suo ufficio ...”), non si era ovviato a quei profili di illegittimità costituzionale per difetto di precisione e determinatezza che, piuttosto, erano venuti ad acuirsi per l'amplificazione dell'ambito di operatività della disposizione e per la sua ristrutturazione quale reato a dolo specifico.

⁸⁵ Cfr. sul punto M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 258.

La prima forma di condotta abusiva individua la risultante del tentativo – nuovamente operato dal legislatore – di ovviare alla indeterminatezza della formula adottata in sede di riforma (“... abusa del suo ufficio ...”), collegando detta condotta alla “violazione di norme di legge o di regolamento”. Espressione che, per certo, non risolve ogni problema, dal momento che non è offerta alcuna individuazione sui possibili contenuti di dette fonti, ma che vale senza dubbio a chiarire che il comportamento tenuto dal pubblico agente può assumere rilevanza solo se contrario a regole scritte positivamente (pre-)fissate.

Dovrà trattarsi di norme che dispongano regole attinenti al concreto esercizio della funzione o del servizio, regole dal contenuto delimitato e puntuale, non anche di principi e direttive generali cui deve ispirarsi e conformarsi l’azione amministrativa⁸⁶. L’esigenza della tassatività impone che la norma violata, sia essa legislativa o regolamentare, abbia uno specifico contenuto precettivo tale da consentire di cogliere con chiarezza il discrimine che essa traccia fra lecito ed illecito⁸⁷.

La fattispecie incriminatrice, che così formulata cessa di descrivere un abuso “innominato” per configurare un abuso “tipico”, non offre pertanto tutela agli “atti discrezionali” ed all’“eccesso di potere”⁸⁸. Il giudice non potrà più valutare il merito della discrezionalità amministrativa come ravvisare il fatto-reato nell’uso del potere per un fine diverso da quello previsto. La sufficiente determinatezza (e la storia normativa) dell’art. 323 c.p. porta ad escludere l’irragionevolezza della scelta operata dal legislatore in ragione di pretesi vuoti di tutela⁸⁹.

Se il termine “legge” non solleva questioni problematiche, appare opportu-

⁸⁶ In tal senso non è suscettiva di integrare violazione di legge la non conformità ai canoni del buon andamento e dell’imparzialità di cui all’art. 97 Cost. ovvero all’art. 111, comma 2, Cost. *Contra*, Cass. pen., sez. VI, 14.6.2012, Artibani ed altri, in *Guida dir.*, n. 11, 2013, 48: “Se è pur vero che il reato di abuso d’ufficio non può sussistere nella forma della violazione dell’articolo 97 della Costituzione, nella parte in cui tale disposizione ha natura meramente programmatica e, perciò generica e inutilizzabile in campo penale per la necessità di precisa e tassativa descrizione della norma incriminatrice, deve peraltro ammettersi che anche l’articolo 97 possa costituire parametro di riferimento per il reato di abuso d’ufficio, nella parte in cui esso, invece, esprime un carattere immediatamente precettivo, in relazione all’imparzialità dell’azione del funzionario pubblico, che, nel suo nucleo essenziale, si traduce nell’obbligo dell’amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura. Ne deriva, così, che il requisito della violazione di norme di legge, ai fini della configurabilità dell’abuso d’ufficio, può essere integrato anche soltanto dall’inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione, per la parte in cui impone al pubblico funzionario una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, vietandogli ingiustificate preferenze o favoritismi ovvero, al contrario, condotte ispirate a vessazione, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzate a procurare un danno ingiusto”.

⁸⁷ Cfr. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 261. Per la irrilevanza della violazione di una “circolare” v. Cass. pen., sez. VI, 14.4.2010, M.A., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 810.

⁸⁸ Cfr., da ultimo, sul tema M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell’abuso di ufficio in relazione all’eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 879 s.

⁸⁹ Sulla configurabilità del reato nelle ipotesi di “sviamento di potere”, v. Cass. pen., sez. VI, 25.9.2009, D’Agostino ed altri, in *Guida dir.*, 2010, n. 2 Dossier, 88.

no chiarire che per “regolamento” deve intendersi la fonte *sub*-primaria adottata tramite un *iter* legislativamente disciplinato e formalizzata con la qualifica espressa di regolamento; ovvero un regolamento emanato in base ad una potestà normativa attribuita dalla legge. Dunque, ad esempio, le circolari ed i provvedimenti amministrativi (atti generali, di programmazione o di pianificazione) non potranno essere ricompresi nella nozione di regolamento⁹⁰.

Come detto, la condotta abusiva può consistere, altresì, nella *mancata astensione* “in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”. È questa l’area di operatività dell’abrogato interesse privato in atti di ufficio ovvero di quelle situazioni di conflitto di interessi che oggi, tuttavia, assumono rilevanza penale solo allorché attraverso la condotta abusiva l’agente realizzi uno degli eventi normativamente previsti (ingiusto vantaggio patrimoniale-danno ingiusto). Mentre in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto si impone un obbligo generale di astensione, negli “altri casi” – come chiarisce la stessa formulazione della fattispecie incriminatrice (“... altri casi prescritti ...”) – non sarà necessario che l’obbligo di astensione sia fissato da fonti qualificate (leggi o regolamenti); la situazione di conflitto di interessi, tuttavia, dovrà essere individuabile in un momento anticipato rispetto all’attività posta in essere dall’agente, quale potenziale interesse privato⁹¹. Tale interesse, peraltro, ben potendo rivestire natura morale, e non soltanto economico-patrimoniale, rileverà quale interesse proprio del pubblico agente, seppure riferibile ad un terzo non legato da rapporti di parentela, ma – ad esempio – di semplice amicizia col medesimo agente.

⁹⁰ In tal senso si è espressa la Corte cost. con la sent. 15-28.12.1998, n. 447, in *Cass. pen.*, 1999, 1373: “È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 323 c.p., come sostituito dall’art. 1 della l. 16 luglio 1997, n. 234, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui, a seguito della modifica normativa, non assoggetta a pena condotte riprovevoli dal punto di vista sociale e lesive dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (la Corte ha osservato che, a norma dell’art. 25 comma 2 Cost., solo il legislatore può nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilite qualità e quantità delle relative pene edittali)”.

⁹¹ Cfr. *Cass. pen.*, sez. VI, 19.10.2004, Evangelista, in *Guida dir.*, 2005, n. 18, 74 s.: “In materia di abuso d’ufficio determinato dalla violazione dell’obbligo di astensione, l’espressione ‘omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti’, contenuta nell’articolo 323 c.p., deve essere letta nel senso che la norma ricollega l’obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative: quella dell’obbligo di carattere generale, derivante dall’esistenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, e quella della verifica dei singoli casi in cui l’obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge che vengono richiamate in via generale. Tale richiamo – esteso, secondo lo schema della norma penale in bianco, anche alle norme speciali di futura emanazione – delinea, invero, un sistema in cui l’ipotesi di carattere generale e quelle particolari risultano armonizzate grazie a un effetto parzialmente abrogante che esclude ogni possibile contrasto. Ciò nel senso che, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, la ‘facoltà’ di astensione eventualmente prevista da una norma speciale viene abrogata e sostituita dall’‘obbligo’ di astensione derivante, appunto, dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto”.

1.3. *L'evento del reato. L'ingiustizia del vantaggio o del danno*

Ciò che nella formula normativa del '90 costituiva la finalità perseguita dal pubblico agente nell'attuale configurazione della fattispecie incriminatrice integra l'evento naturalistico del reato: la verifica del "vantaggio patrimoniale" e "danno" sono ora essenziali per la consumazione dell'ipotesi delittuosa. Viene, dunque, meno la forma "specificata" del dolo e risulta "rafforzata" la componente "oggettiva" del fatto illecito.

Il "vantaggio", per sé o per altri, può essere – a seguito dell'ultima novella – esclusivamente "patrimoniale", da intendersi – tuttavia – non soltanto in termini di incremento economico, ma più comprensivamente come evenienza migliorativa apprezzabile in termini economici (ad es., illegittima dichiarazione di edificabilità di un suolo).

Il "danno" arrecato ad altri, nel silenzio della disposizione, potrà invece presentare anche carattere "non patrimoniale" e, dunque, consistere in un qualunque pregiudizio pure di natura "morale".

Vantaggio e danno, per rilevare, è necessario che siano "ingiusti". L'ingiustizia si atteggia, infatti, quale elemento qualificante dell'evento costitutivo del reato e presenta un significato autonomo rispetto alla condotta di violazione di legge o di regolamento ovvero di omessa astensione. Appare, pertanto, fondata la tesi della c.d. doppia ingiustizia: l'ingiustizia del vantaggio e del danno va ricavata da elementi ulteriori rispetto ai parametri sulla scorta dei quali apprezzare il carattere abusivo della condotta; essa non coincide con la contrarietà ad una particolare fonte normativa, ma consiste nella non conformità all'intero ordinamento (ad es., non conformità al piano regolatore, all'art. 97 Cost. e così via). La sua presenza nello schema descrittivo assegna alla fattispecie la nota della anti giuridicità speciale⁹².

1.4. *Consumazione del reato. Elemento psicologico*

Il delitto si consuma col verificarsi dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o dell'ingiusto danno. Il tentativo – come la desistenza volontaria ed il recesso attivo – è ammissibile secondo le regole generali.

Il dolo, non più specifico, consiste innanzitutto nella consapevolezza da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio di svolgere la funzione od il servizio e nella volontà di violare una norma di legge o di rego-

⁹² Sul requisito della c.d. duplice autonoma ingiustizia v. Cass. pen., sez. II, 11.12.2009, Fiori ed altri, in *Giust. pen.*, 2010, II, 150 s. con nota di P. Silvestre, e più di recente Cass. pen., Sez. VI, 18.3.2016, n. 17676, in *Cass. pen.*, 2017, 600 s. (con nota di D. PADRONE, *Il requisito della doppia ingiustizia nel delitto di abuso di ufficio*), secondo cui "il delitto di abuso d'ufficio è integrato dalla doppia e autonoma ingiustizia, sia della condotta (che deve essere connotata da violazione di norme di legge o di regolamento), che dell'evento di vantaggio patrimoniale (che deve risultare non spettante in base al diritto oggettivo); ne deriva che il reato non è configurabile qualora l'accrescimento *contra ius* della sfera patrimoniale di un privato non derivi dalla deliberata strumentalizzazione della funzione da parte del pubblico agente che, abusando della sua funzione per finalità di carattere privatistico, abbia violato specifici parametri normativi al fine di favorire o danneggiare qualcuno".

lamento (attinenti alla funzione od al servizio) ovvero nella volontà consapevole di non osservare un obbligo di astensione.

La norma prevede, inoltre, che il pubblico agente abbia “intenzionalmente” procurato il vantaggio od il danno (di cui dovrà rappresentarsi al contempo l’ingiustizia); egli, cioè, dovrà avere una rappresentazione e volizione piena e certa, non soltanto indiretta-eventuale, delle conseguenze vantaggiose o dannose del proprio operato⁹³.

L’errore sul fatto o di diritto extra-penale che cada sul requisito dell’ingiustizia ovvero sulla violazione delle norme attinenti all’esercizio della funzione o del servizio escludono il dolo.

1.5. La circostanza aggravante speciale. Il concorso (eventuale) di persone nel reato

Il comma 2 dell’art. 323 c.p. prevede una circostanza aggravante speciale per le ipotesi in cui il vantaggio od il danno abbia carattere di “rilevante gravità”.

La terminologia è impropria (non è corretto parlare sul piano lessicale di gravità del vantaggio), purtuttavia il significato della disposizione è chiaro.

La circostanza è oggettiva e ad effetto comune; secondo le regole generali, al concorrere di circostanze attenuanti entrerà nel giudizio di bilanciamento delle circostanze.

Allorquando il soggetto attivo agisca a vantaggio “altrui” si pone il problema se il terzo concorra “necessariamente”. Ora, il beneficiario del vantaggio ingiusto non può, per ciò solo, essere ritenuto concorrente. Appare, pertanto, corretto l’orientamento giurisprudenziale secondo cui “per configurare il concorso dell’*extraneus* deve essere provata l’intesa intercorsa col pubblico fun-

⁹³ S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 275, ritiene che ci si trovi di fronte ad un delitto a dolo “intenzionale”, la forma più intensa. Esprime perplessità circa la possibilità di distinguere dolo “intenzionale” e dolo “diretto” M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 276 s.

In giurisprudenza v., Cass. pen., sez. VI, 30.1.2010, S.C., in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 5, 544, secondo cui “non è configurabile il dolo intenzionale richiesto dall’art. 323 c.p. nel caso in cui l’agente abbia agito per il conseguimento di un interesse pubblico”; Cass. pen., sez. VI, 17.11.2009, Ratti ed altro, in *Guida dir.*, 2010, n. 11, 92: “Nel reato di abuso d’ufficio si richiede il dolo intenzionale, nel senso che l’agente deve aver agito proprio per perseguire uno degli eventi tipici della fattispecie incriminatrice, ossia l’ingiusto profitto patrimoniale, per sé o per altri, ovvero l’altrui danno ingiusto. In altri termini, non è sufficiente che il soggetto attivo agisca con dolo diretto, cioè che si rappresenti l’evento come verificabile con elevato grado di probabilità, né che agisca con dolo eventuale, nel senso che accetti il rischio del suo verificarsi, ma è necessario che l’evento di danno o quello di vantaggio sia voluto e realizzato come obiettivo immediato e diretto della condotta, e non risulti semplicemente realizzato come risultato accessorio di questa”.

Da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 26.9.2017, n. 46788, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 246 (con nota di F. COPPOLA, *Il processo “alle intenzioni” per abuso di ufficio*) secondo cui “non integra l’elemento soggettivo del delitto di abuso di ufficio (il dolo intenzionale) la condotta dell’agente che omette di sanzionare l’automobilista che circola senza copertura assicurativa se, dalle circostanze dedotte, manca la prova che il comportamento *non iure* dell’agente sia, con ragionevole certezza, finalizzato a favorire l’automobilista”.

zionario o la sussistenza di pressioni o sollecitazioni dirette ad influenzarlo, non potendo dedursi tale collusione dalla semplice presentazione dell'istanza, ancorché oggettivamente infondata, e dal suo accoglimento"⁹⁴.

2. I delitti di corruzione (artt. 318 s.)

2.1. La riforma del 2012 e gli "inasprimenti" introdotti dalla legge c.d. Spaziacorrotti

Come detto, la riforma del '90, nonostante significative innovazioni⁹⁵, non apporta modifiche all'impianto originario del codice Rocco in materia di delitti di corruzione come alla struttura tipica delle singole fattispecie incriminatrici; né interviene sul rapporto normativo tra corruzione e concussione, conservandolo identico: lascia inalterate, in sostanza, le scelte di fondo del legislatore del '30.

La riforma nel 2012, invece, incide proprio in tale ambito, per un verso, portando sensibili variazioni alla "struttura" delle fattispecie corruttive, oggi non più necessariamente incentrate sull'"atto" dell'ufficio, in origine elemento costitutivo tipico (in ordine al quale si distinguevano le quattro forme di corruzione: impropria, propria, antecedente e susseguente); per l'altro, operando – forse inconsapevolmente – una modifica di sistema coll'introduzione della nuova fattispecie di "induzione indebita a dare o promettere utilità" (art. 319 *quater*), risultante dalla enucleazione della condotta di "induzione" dal delitto di concussione; in effetti, si sposta la linea di confine tra corruzione e concussione, ma al contempo si disarticola quella sorta di unitario ed armonico "mini-sistema" originariamente costituito dall'insieme delle diverse forme di corruzione.

Sotto il primo profilo, come accennato, l'art. 318 c.p. cambia rubrica e da "corruzione per un atto d'ufficio" passa a "corruzione per l'esercizio della funzione". La variazione di rubrica è, appunto, in linea con la variazione della descrizione della fattispecie che sostituisce alla "retribuzione dell'atto", da compiere o già compiuto, la "ricezione-dazione" di denaro o altra utilità "per l'esercizio delle funzioni o dei poteri"; alla nuova formulazione viene necessariamente adeguata, nell'ottica del sistema, la previsione di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.). L'art. 318 novellato, peraltro, è costituito da un unico comma, non distinguendo più – ma sul punto si tornerà specificamente più avanti – tra corruzione antecedente e susseguente. Con una modifica apportata all'art. 320 c.p., la cerchia dei soggetti attivi viene estesa ad ogni incaricato di pubblico servizio, a prescindere dalla qualità di pubblico impiegato.

⁹⁴ Così, Cass. pen., sez. VI, 25.2.2003, Gueli, in *Cass. pen.*, 2004, 3194; in termini cfr. Cass. pen., sez. VI, 14.10.2003, D'Ambrosio, in *Cass. pen.*, 2004, 3194.

⁹⁵ Innovazioni quali: l'introduzione di nuove figure criminose (art. 319 *ter* c.p.: corruzione in atti giudiziari; art. 322, commi 3 e 4, c.p.: istigazione alla corruzione da parte del p.u. od i.p.s.) e la modifica del regime sanzionatorio (art. 318 c.p.: aumento del minimo edittale; art. 319 c.p.: parificazione della pena della corruzione propria susseguente a quella prevista per la corruzione propria antecedente; eliminazione della pena pecuniaria).

Sotto il secondo profilo, come del pari accennato, la novella scinde il binomio “costrizione-induzione”, condotte alternative dell’originaria fattispecie concussiva, dando vita a due autonome fattispecie incriminatrici: l’art. 317 c.p., che conserva la rubrica “concussione”, in cui il pubblico agente “abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe”; l’art. 319 *quater* che, appunto, titolato “induzione indebita a dare o promettere”, sanziona innanzitutto la condotta del pubblico ufficiale come dell’incaricato di pubblico servizio che “induca” il privato a dare o promettere utilità; e che al comma 2 sanziona, altresì – novità sostanziale dell’intervento riformatore – il privato che “nei casi previsti dal primo comma, dà o promette denaro o altra utilità” all’*intraneus*. Fattispecie quest’ultima che, entrando anche per collocazione sistematica nell’area dei fatti corruttivi, rischia – appunto – di disarticolare quella sorta di mini-sistema configurato dall’originario impianto codicistico; fattispecie la prima che nell’attuale formulazione, viene a spostare la linea di confine tra concussione e condotte corruttive.

Come detto, la sfera del penalmente rilevante risulta ulteriormente ampliata dalla incriminazione del “traffico di influenze illecite” (art. 346 *bis* c.p.) e dalle modifiche apportate all’art. 2635 c.c., ora rietichettato “corruzione tra privati”; norme incriminatrici entrambe diversamente collocate sul piano sistematico, ma che concorrono a tutelare l’area in esame.

Va in ogni caso tenuto a mente che la dimensione non infrequentemente internazionale (*rectius*, transnazionale) del fenomeno corruttivo spinge verso un coordinamento degli strumenti normativi approntati dai diversi ordinamenti. Già la l. n. 300/2000, in adesione ad alcune convenzioni adottate in ambito comunitario⁹⁶, ha introdotto nel nostro ordinamento le previsioni di cui all’art. 322 *bis* c.p. (disposizione che assimila ai soggetti pubblici italiani i corrispondenti funzionari ed agenti internazionali) ed all’art. 322 *ter* c.p. (norma che dispone la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto del reato ovvero, quando questa non sia possibile, la c.d. confisca per equivalente), disposizione che ha subito con la novella del 2012 una non insignificante modifica.

La legge c.d. “spazzacorrotti”, lasciando immutato il quadro sistematico dei delitti di corruzione in precedenza delineato, ha apportato (oltre quanto già indicato, in tema di pene accessorie, di causa personale di esclusione di punibilità, *retro*, p. 764 s.) le seguenti principali modifiche:

– si è inasprito il trattamento sanzionatorio previsto per la “corruzione per l’esercizio della funzione” (art. 318 c.p.), modificandone sia il limite minimo che quello massimo edittale (da uno a sei anni della versione previgente a quella attuale da tre a otto anni)⁹⁷;

– si è intervenuti sull’art. 322 *bis* (la c.d. corruzione internazionale), realiz-

⁹⁶ Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (1996), Convenzione relativa alla lotta alla corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee (1997); Convenzione dell’OCSE sulla corruzione dei pubblici agenti stranieri nelle operazioni economiche internazionali (1997).

⁹⁷ Più in generale, sul tema, M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, 608 s.

zando, da un lato, l'estensione "soggettiva" di una pluralità di norme incriminatrici del settore a condotte riferibili al pubblico funzionario che assuma la qualifica soggettiva per effetto delle funzioni esercitate nell'ambito di una pubblica amministrazione straniera, nonché presso istituzioni internazionali ed europee; operando, dall'altro, un'estensione "oggettiva" dell'area di applicazione della norma attraverso la soppressione della duplice formula "delimitativa" (art. 322, comma 2, c.p.) del dolo specifico⁹⁸;

– si è riformulato l'art. 322 *quater* c.p. estendendo al privato l'obbligo del "pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta", obbligo originariamente previsto per il solo pubblico agente⁹⁹.

Allo scopo di evitare inutili ripetizioni nell'esame dei singoli tipi appare, invece, opportuno premettere la descrizione dei profili comuni alle diverse forme di corruzione.

2.2. L'oggetto di tutela

2.2.1. Persistente attualità delle funzioni attribuite al bene giuridico in un sistema penale dal "volto" liberale

È questo il punto di inserzione (una volta si sarebbe detto, dommatico) del tema del bene giuridico. Tema che tutti a livello di manualistica, trattatistica si sentono in dovere di affrontare quando va individuato, criticamente, il contenuto offensivo del singolo fatto-reato e va messa in chiaro, al fine di fissare in via interpretativa il corretto ambito di applicazione della norma incriminatrice, la "chiave di lettura" della norma medesima.

Al riguardo si impone una pur breve digressione, dal momento che una schiera sempre più numerosa e prestigiosa di autori allorquando, in sede di saggistica, affronta in un'ottica teorico-generale il tema in discorso viene, in sostanza, a negare rilevanza alla (ovvero la stessa praticabilità della) individuazione del bene giuridico, almeno quale scelta di politica criminale operata dal legislatore.

Così Francesco Palazzo nel descrivere la progressiva, in epoca post-moderna, "liquefazione", "de-mitizzazione" dei dogmi rileva, fra l'altro, che "il bene giuridico si rivela per quello che è: non solo uno strumento buono a tutto fare nella direzione espansiva del diritto penale, ma anche un arnese concettualmente ambiguo nel suo disfarsi in una miriade di beni 'intermedi' o 'strumentali' e comunque incapace di resistere alla fortissima tendenza all'anticipazione della tutela attraverso il pericolo astratto o presunto e neppure alla proliferazione di illeciti di scopo o 'formali'¹⁰⁰.

⁹⁸ In materia S. MANACORDA, *Corruzione internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 7, 893 s. V. anche P.T. PERSIO, *Evoluzione della corruzione e primato del legislatore internazionale: aspetti problematici di una "avocazione" legislativa*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 230 s.

⁹⁹ In argomento M. MANTOVANI, *op. cit.*, 617 s.

¹⁰⁰ F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 129 s. A conclusioni non dissimili perviene G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Tori-

In una prospettiva parzialmente diversa v'è chi segnala la 'scomparsa' della dimensione critica del bene giuridico, 'smarritasi negli infiniti rivoli che l'interprete di turno ritiene di rinvenire e valorizzare', e la 'paradossale sopravvivenza unicamente della valenza interpretativa del bene giuridico'. Si afferma, invero, che l'interrogativo destato dalla disgregazione e dall'erosione delle consolidate categorie giuridico-penalistiche, e, prima ancora, sociali, culturali e politiche, si rivolge ora non tanto al legislatore in vista della enucleazione di eventuali 'vincoli materiali' alla sua potestà normativa, quanto principalmente all'interprete, specialmente al formante giurisprudenziale e alla sua attività di individuazione dei beni meritevoli di tutela, vero e proprio dovere essere *a priori* della norma penale". E si rileva al riguardo che "l'individuazione del bene giuridico, nella misura in cui consiste in una operazione ermeneutica, è oggi in larga misura affidata al giudice e alla sua creatività; conseguentemente, pure questa 'porzione' di interpretazione creativa dovrà venire sottoposta al controllo razionale logico e giuridico cui è soggetto ogni aspetto dell'ermeneutica e dovrà rinvenire adeguata esplicazione nella parte motiva della pronuncia. Quel che non dovrebbe essere più consentito e dovrebbe trovare adeguata stigmatizzazione al fine in sede di Cassazione è che ci si possa accontentare o di vuote formule tralaticie o di un soggettivismo sfrenato e strumentale nella individuazione del bene". In particolare, nei casi in cui l'interprete intenda proporre la individuazione di un "nuovo" bene giuridico dovrà offrire "un adeguato supporto motivazionale che faccia riferimento a fonti normative nazionali, internazionali e sovranazionali piuttosto che a orientamenti giurisprudenziali ... a opinioni dottrinarie e così via"¹⁰¹.

Atteggiamenti sempre più diffusi, quanto problematici, dal momento che entrano in rotta di collisione con il "modo di essere" proprio del diritto pena-

no, 2014. In argomento v. anche G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014.

¹⁰¹ R. BORSARI, *Lo smarrimento della valenza selettiva del bene giuridico. Epifanie di una crisi*, in *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 68 s.

Già D. PULITANO, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 128 s., ha da tempo inteso rilevare in argomento: "... se gli interessi che possono costituire un problema di tutela sono indipendenti dalle scelte del legislatore, anche la scienza giuridica, nel rilevare e discutere 'interessi' è indipendente dal legislatore. Il vincolo alla legge concerne il contenuto normativo delle scelte di tutela, e soltanto esso. Nella ricostruzione di dati di fatto, come gli interessi in gioco in situazioni tipizzate o tipizzabili dalla legge, la scienza giuridica non è soggetta a vincoli normativi, si invece a vincoli di realtà. Sotto questo profilo, ha la medesima autonomia intellettuale e i medesimi vincoli di qualsiasi impresa conoscitiva che aspiri alla dignità di scienza". È agevole rilevare criticamente che così ragionando, all'interprete (sia pure illuminato), non solo sarebbe riconosciuta la facoltà di concorrere alla "creazione" della norma, ma altresì quella di fissare – sempre su base razionale (*rectius*, valoritativa) – la reale dimensione offensiva del reato. Con il che – come appare chiaro – il lungo processo di erosione del principio di riserva assoluta di legge giunge al suo traguardo finale: non soltanto al legislatore sarebbe disconosciuta la funzione di dare forma "definitiva" al tipo legale, ma all'interprete verrebbe altresì rimessa la determinazione del "reale" contenuto offensivo del fatto. Le scelte di politica criminale non spettano più al potere legislativo, ma – in effetti – ad un diffuso, quanto indistinto "contropotere".

le, almeno se questo lo si intenda ancora fondare – diversamente, tutto è possibile – sui principi liberali di riserva di legge stretta, legalità ed offensività nella stessa lettura offerta, anche di recente, dalla Corte costituzionale.

Come rinunciare alla “funzione critica” del bene giuridico che consente al cittadino di valutare la “legittimazione” o meno della norma incriminatrice? La legittimazione della scelta di politica criminale affidata al legislatore?

Su cosa fondare il necessario apprezzamento da parte del giudice del carattere offensivo del fatto-reato, nell’ottica (pur non condivisa da chi scrive) della c.d. concezione realistica, in difetto di un bene giuridico, pre-dato, di carattere materiale e personale?

In che modo sminuire, fino ad annullarla, la “funzione interpretativa” del bene giuridico, dal momento che – come pur si è inteso affermare – “la questione riveste ... un’importanza decisiva, in quanto è solo a partire da una puntuale definizione del bene giuridico che può isolarsi l’offesa tipica ed applicare correttamente tutti quegli istituti sostanziali e processuali che ad essa si ricollegano”¹⁰². Ma – sia consentito aggiungere – non solo: la questione riveste una importanza decisiva ai fini della corretta “perimetrazione” dell’ambito di applicazione della norma incriminatrice.

Il problema, in concreto, non risiede nella “crisi” del bene giuridico, strumento asseritamente vetusto non più in linea coll’armamentario del diritto penale post-moderno; sta, piuttosto, nella progressiva “smaterializzazione”, “spersonalizzazione” dell’interesse protetto, nella accentuata anticipazione della tutela, nella crescita a dismisura dell’area del penalmente rilevante, frutti ammalorati dell’illiberale “nuovo volto” del diritto penale.

Tornando all’oggetto della presente indagine – come ben è stato detto, “la legislazione penale – più che a proteggere interessi materiali ed afferrabili – sembra volta anzitutto a fomentare, in chiave promozionale, la massiva riprovazione sociale (*Blame*), quale interesse immateriale assunto come necessaria carica retrovirale rispetto all’elevarsi dei livelli di “corruzione percepita” (*Corruption Perception Index*) nell’immaginario collettivo, ampiamente segnalati dalle agenzie internazionali (ed anzitutto da *Transparency International*). Il sistema penale orienta dunque il sotto-sistema dei reati contro la p.a. – *recte*, la sua porzione principale – ad una funzione prettamente comunicativa che assume la stessa “comunità” come destinatario del proprio agire comunicativo, ma con una variante significativa rispetto alle cadenze ordinarie del “populismo penale” percepibile già sul piano degli interessi assunti a punto di fuga della tutela, giacché la simbologia comunicativa – il messaggio – da fine della opzione punitiva diventa oggetto della stessa: “bene giuridico” – per così dire – “in sé”, ed “autoscopo” (*Selbszweck*) della norma penale”¹⁰³.

¹⁰² CATENACCI, *op. cit.*, 15. Parla criticamente di “esternazionalizzazione” del contenuto offensivo del fatto INSOLERA, *op. cit.*, 592.

¹⁰³ MANES, *op. cit.*, p. 1132. Soggiunge significativamente il medesimo Autore (p. 1141): “In una siffatta cornice, in definitiva, appare evidente il declino della tassatività, inaugurato dalla giurisprudenza e proseguito dal legislatore ... e l’approssimarsi a paradigmi punitivi dominati da logiche d’autore, curvati ad istanze eticizzanti, accompagnandosi ad un ingra-

2.2.2. Imparzialità e buon andamento quali interessi meritevoli di protezione

Si è detto che “imparzialità” e “buon andamento” sono gli interessi meritevoli di protezione propri ed esclusivi della funzione amministrativa intesa in senso stretto; peraltro, l'introduzione di una fattispecie incriminatrice autonoma a tutela della funzione giudiziaria (art. 319 *ter* c.p.) elide buona parte delle questioni di carattere teorico-generale sopra (Sez. I, § 5) sollevate.

Va qui ribadito, peraltro, che non è consentito degradare l'offesa portata a tali interessi (*esterni all'azione amministrativa*) a mera violazione di regole di comportamento afferenti doveri funzionali e, dunque, di regole poste a tutela (avanzata) di interessi di rilevanza puramente *interna* all'amministrazione medesima (dovere di fedeltà, onestà, non venalità, correttezza e così via). In particolare, in tema di delitti di corruzione è fondamentale tenere a mente che l'illecito penale non può essere studiato nell'ottica di una concezione (ulteriormente) sanzionatoria, ravvisando in esso appunto la violazione di un dovere funzionale.

Appare opportuno qui precisare che buon andamento ed imparzialità, correttamente intesi, non individuano due beni dal contenuto generico, quasi fossero puri e semplici “modi di attuazione della legalità cui l'attività pubblica deve sempre uniformare la sua azione”¹⁰⁴. E non appaiono così “ampi” ed “indeterminati” da risultare inidonei “a circoscrivere la portata delle singole norme incriminatrici ed a chiarirne le reciproche relazioni”¹⁰⁵. Ovviamente, essi troveranno *specificazione* nel quadro della singola fattispecie incriminatrice – ed è per ciò che da molti si parla di oggetto giuridico specifico – alla luce della particolare attitudine offensiva della condotta tipica; quella caratte-

vescente difetto di ragionevolezza (giacché la fattispecie indeterminata abbraccia condotte di disvalore marcatamente eterogeneo) e, più in generale, ad un progressivo commiato dal modello costituzionalmente imposto, segnato dalla scelta di campo del reato come “illecito di modalità di lesione” costruito sulla dorsale dei principi di offensività e proporzione. La linea evolutiva nasconde, tuttavia, una regressione che va oltre il passaggio dal *Tatbestand* al *Tatertyp*, e che attesta –paradossalmente– il dominio della criminologia (o della sociologia) sul diritto penale. Infatti, sovrapponendosi alle “vecchie” norme (concussione, corruzione propria, istigazione alla corruzione), le nuove fattispecie (induzione indebita, corruzione per la funzione, traffico d'influenze) identificano *nomina delicta* poco o nulla pregnanti, dietro ai quali persino i “tipi d'autore” sono così diafani e somiglianti da non risultare minimamente indicativi (il pubblico agente “costrittore”, “induttore”, “sollecitatore”/“istigatore”; il privato “costretto”, “indotto”, “sollecitato/istigato”, “incline alla mediazione affaristica o opportunistica”, il “faccendiere”, etc.): la “tangente”, quale che sia la veste in cui prende corpo, è il sintomo di una dinamica retrostante che può assumere le più diverse e imprevedibili forme, e che, se non provata, apre comunque spazio alle contestazioni ancillari centrate su un sospetto abuso della funzione o su una collusione tra pubblico e privato, o tra gli stessi privati.

¹⁰⁴ Nel senso criticato nel testo v. L. STORTONI, *Delitti contro la P.A.*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, III ed., Bologna, 2003, 90.

¹⁰⁵ Nel senso criticato nel testo cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la P.A., I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci-E. Dolcini, Padova, 2001, 6.

rizzazione lesiva che esclude in linea di principio, anche a seguito delle recenti novelle, la possibilità di posizionare i delitti di corruzione – così come strutturati e tipizzati – nell’area della c.d. criminalità economica, ravvisando in essi, più in particolare, una forma di aggressione alla “fiducia nella correttezza” del sistema economico¹⁰⁶.

Il contenuto materiale offerto ai beni del buon andamento e dell’imparzialità consente di escludere che l’oggetto di tutela, così descritto, dei delitti di corruzione (eccezion fatta, come si dirà più avanti, per la fattispecie autonoma di corruzione in atti giudiziari ove l’interesse in gioco è quello della indipendenza del giudice nell’assolvimento della propria funzione) individui una mera nozione di coordinamento a fini classificatori e sistematici. In tal senso lo svolgimento della funzione “legato alla sola remunerazione istituzionale”, l’accettazione (e corrispondente divieto) di una “retribuzione privata per il compimento dell’atto di ufficio” lungi dal poter sostanziare l’oggettività giuridica dei delitti in esame, integrano strutture immanenti alla lettera della norma e di questa possono al più rappresentare la *ratio*; si inquadrano, cioè, tra quei beni che – nella teoria della seriazione degli interessi tutelati – vengono definiti “fittizi”, in quanto sostanzialmente coincidenti con la condotta lecita e, dunque, integranti un *quid* che non può essere il vero scopo di tutela (il corretto esercizio di una funzione, valore identificantesi, appunto, con la condotta *fedele*). D’altra parte, come già osservato sotto un diverso, ma concorrente profilo, il “turpe mercato” costituisce la modalità di lesione del bene, non il bene oggetto di protezione.

Al di là delle critiche – anche radicali – portate in sede di teoria generale alla categoria del reato plurioffensivo¹⁰⁷, è un fatto che in materia – alla luce di quanto sin qui detto – l’oggettività giuridica risulti dalla combinazione di due autonomi, seppure complementari, interessi. Non tutte le forme di corruzione, tuttavia, presentano natura necessariamente plurioffensiva. Riconosciuto, infatti, un contenuto *reale* ai beni “buon andamento” ed “imparzialità”, da un lato, va evidenziato che solo la corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio risulta lesiva di entrambi i beni; dall’altro, va verificato se – così fissata l’oggettività giuridica – l’attuale regime sanzionatorio risulti “ragionevole” sul piano del principio di offensività.

¹⁰⁶ Secondo P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, cit., oggi ad una maggiore consapevolezza “si affianca l’indubbio ampliamento dello spettro dei beni attinti dal delitto di corruzione, non più circoscritto al buon andamento e all’imparzialità della p.a., ma tale da riguardare ad esempio la concorrenza” ed in tal senso segnala “l’incidenza che il fattore corruttivo esercita sullo sviluppo economico del paese”.

In realtà, beni quali l’economia pubblica, in quanto “istituzionali” – facendo capo allo Stato come espressione di una collettività organizzata – risultano privi di alcun substrato materiale e, dunque, non sono in grado di assolvere ad alcuna funzione delimitativa della fattispecie; ma, verosimilmente, è proprio lo ‘slabbramento’ del modello legale il risultato che ci si prefigge, inserendo interessi di tal fatta in uno schema tipico del tutto “eccentrico” – anche per collocazione sistematica – rispetto ad essi.

¹⁰⁷ Cfr., per tutti, sul punto A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, 237.

Sotto questo secondo profilo v'è da domandarsi, innanzitutto, se l'unificazione legislativa fra corruzione "passiva propria antecedente" e corruzione "passiva propria susseguente" – operata con la riforma del 1990 – risulti giustificata. Dettata da ragioni di ordine probatorio, la scelta sembra infatti aver "stravolto un'esigenza di razionalità intrinseca al trattamento punitivo"¹⁰⁸ per l'innegabile differenza di disvalore tra le due forme di corruzione propria. L'adozione del modello c.d. mercantile comporta, fra l'altro, il rifiuto di una tutela "statica" della pubblica amministrazione e, dunque, implica la differenziazione tra le diverse forme di corruzione (antecedente e susseguente, propria ed impropria, ma anche attiva e passiva). L'interesse, pertanto, non può risiedere nella mera "non venalità" e, di conseguenza, come è stato correttamente osservato, la configurazione di una fattispecie incriminatrice che non distingua fra corruzione antecedente e corruzione susseguente si rivela per lo meno incongrua: "all'interno della razionalità assiologica del sistema penale italiano, dove si può scorgere l'aspirazione del legislatore a proteggere (anche se non solo) l'aspetto dinamico della P.A., la norma di cui all'art. 319 c.p. appare dunque decisamente fuori luogo"¹⁰⁹. Ed il discorso non corre diversamente per la corruzione "attiva susseguente" dove, appunto, la sanzione edittale non sembra trovare giustificazione in una "reale" aggressione dei beni giuridici in discorso.

La novella del 2012 coll'eliminare il comma 2 dell'art. 318 (corruzione impropria susseguente) elide i profili di illegittimità costituzionale di un reato privo di un reale contenuto offensivo, in quanto il "contatto" tra *extraneus* ed *intraneus*, secondo lo schema tipico, interveniva di necessità ad "atto conforme ai doveri di ufficio" già imparzialmente compiuto¹¹⁰. Anche se il tenore letterale della formulazione della nuova disposizione ("... per l'esercizio ... riceve ...") potrebbe non escludere una diversa interpretazione, appare infatti plausibile ritenere che la corruzione impropria susseguente sia stata abrogata. Tale lettura trova riscontro nella stessa eliminazione della previsione, chiara espressione della volontà del legislatore della riforma rispetto ad una fattispecie ripetutamente oggetto di critiche sotto il profilo della ragionevolezza; ma risulta confermata sia sul piano sistematico, dal momento che l'art. 321 continua a disporre che "le pene stabilite nel primo comma dell'art. 318 c.p. si applicano anche a chi dà o promette denaro od altra utilità" e, dunque, si rivelerebbe un non senso che l'abrogazione del comma 2 determini implicitamente, il ripristino della responsabilità del privato per condotte inquadrabili nello schema della corruzione impropria susseguente; sia dalla circostanza che la pena dell'art. 318 – come detto – è stata ulteriormente aumentata ed ha raggiunto livelli, ancora una volta, del tutto irragionevoli per simili condotte, ori-

¹⁰⁸ Cfr. in tal senso B. MIRRI, *La corruzione dopo la riforma*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, 81.

¹⁰⁹ Così A. SPENA, *Il 'turpe mercato'*, *Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 263.

¹¹⁰ Cfr. in argomento R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione*, *Studi su casi*, Padova, 2008, 57 s.

ginariamente sanzionate con la pena della reclusione fino ad un anno¹¹¹.

Eliminata la disposizione che incriminava condotte individuanti mere violazioni di doveri funzionali (quale la non venalità del pubblico agente), la nuova previsione, pur sganciando la ricezione-dazione dall'atto di ufficio col collegarla genericamente all'esercizio della funzione (alla "messa a disposizione" del funzionario a favore del privato), presuppone per la sua integrazione l'offesa dei beni dell'imparzialità e del buon andamento, quest'ultimo inteso (per l'anticipazione della tutela operata con l'abbandono dell'elemento costitutivo dell'atto di ufficio) non solo come "efficienza", ma anche "legittimità" dell'azione amministrativa.

2.3. *La struttura del fatto-reato: i delitti di corruzione quale reato a concorso necessario*

Tra le contrapposte tesi – corruzione attiva e corruzione passiva quali reati distinti ovvero quale delitto unitario – è da preferirsi la posizione di chi opta per l'unitarietà del fatto-reato. Se è indubbio, invero, che le condotte siano diverse, è altrettanto indubbio che esse siano complementari e finalizzate ad un unico scopo (l'accordo illecito e relativo scambio di favori); e, soprattutto, entrambe indispensabili per l'integrazione del tipo legale, nonostante la formale autonomia delle figure di reato.

Appare, pertanto, fondato sostenere che si è di fronte ad un'ipotesi di *reato a concorso necessario* (o plurisoggettivo), configurantesi nella specie quale reato-accordo a struttura bilaterale. Solo così, del resto, trova giustificazione il "non doppio" concorso eventuale del terzo che, dapprima, aiuti il privato a dare e, poi, convinca il pubblico agente a ricevere; in tal caso, infatti, né risultano applicabili le regole sul concorso apparente di norme (per l'assenza di una norma speciale), né è invocabile (per la duplicità delle condotte offensive) il principio di consunzione. L'unicità della sanzione poggia sulla unitarietà del fatto corruttivo¹¹² (v. *infra*, § 8.4).

2.4. *Segue. La condotta costitutiva tipica ed il momento consumativo del reato*

Le fattispecie incriminatrici in esame descrivono la condotta costitutiva *in via alternativa*: ricevere-versare denaro (o altra utilità) ovvero accettarne la pro-

¹¹¹ Cfr. C.F. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, cit., 10.

¹¹² Cfr. sul punto M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 134 s.

V. in argomento, in senso critico, l'ampia disamina di M. AMISANO TESI, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 44 s., secondo cui se si intende "il reato plurisoggettivo come quello in cui i soggetti devono necessariamente porre in essere condotte sorrette dal medesimo elemento soggettivo, allora la corruzione non può considerarsi reato plurisoggettivo, bensì l'incontro (eventuale) di due reati monosoggettivi".

messa-farne promessa. Al riguardo è stata sollevata la problematica se le diverse descrizioni legislative configurino ciascuna un autonomo comportamento tipico ovvero costituiscano semplici modalità di realizzazione di un medesimo fatto criminoso. In particolare, in giurisprudenza, soprattutto al fine di individuare (*rectius*, spostare in avanti) il momento consumativo del reato, contraddittoriamente si è parlato, per un verso, di delitto di corruzione quale “fattispecie a duplice schema” che si consumerebbe (nella forma ordinaria) con il ricevimento dell'utilità nel caso in cui alla promessa segua la dazione ovvero colla semplice accettazione della promessa ove questa, poi, non venga mantenuta¹¹³; per l'altro, si è inteso affermare il principio secondo cui “dazione” e “promessa” individuerebbero due distinti precetti (da sanzionare, pertanto, in modo autonomo)¹¹⁴.

Ora, ciò che qui – pur sinteticamente – va puntualizzato è che prima di affrontare il profilo della integrazione della fattispecie (ovvero della tipicità del fatto) e, dunque, della consumazione del reato (aspetto da non confondere con l'altro, diverso, della valutazione della gravità dell'offesa, rilevante esclusivamente ai sensi dell'art. 133 c.p. in sede di quantificazione della pena), occorre accertare se ci si trovi di fronte ad una pluralità di precetti ovvero a plurime modalità di violazione del medesimo precetto e, dunque, in tal caso ad una fattispecie incriminatrice unitaria. Nei delitti di corruzione, analogamente a quanto avviene in ipotesi consimili (artt. 255, 353, 367, 391, 635 c.p. e così via), si pone appunto il problema di stabilire se, nel caso di realizzazione congiunta delle diverse condotte, la disposizione che le prevede trovi applicazione una sola volta o tante volte quante sono le fattispecie concretamente poste in essere¹¹⁵.

Intendendo optare per la formulazione proposta in argomento dal Frosali, appare opportuno distinguere le “norme a più fattispecie” dalle “disposizioni a più norme”: nelle prime la pluralità di fattispecie, contenute in un'unica norma incriminatrice, vale ad integrare un'unica figura di reato; nelle seconde alla pluralità di modelli descritti fa riscontro una pluralità di norme incriminatrici e di autonomi titoli di reato¹¹⁶.

Come comunemente ritenuto, la distinzione tra le due classi individua un comune problema di esegesi del dato normativo¹¹⁷. In tal senso va, innanzitutto, osservato che le disposizioni normative in esame, anche nella loro più recente formulazione, sanciscono il fatto del pubblico agente che, in relazione ad un atto del proprio ufficio o, più genericamente, per l'esercizio della fun-

¹¹³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 10.7.1995, Caliciuri, in *Cass. pen.*, 1996, 2549 s.

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 12.11.1996, Rapisarda ed altri, in *Cass. pen.*, 1998, 1994 s.

¹¹⁵ Per una trattazione più ampia del tema v. R. RAMPIONI, *Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l'art. 319 c.p. quale disposizione a più norme*, in *Cass. pen.*, 1998, 1995 s.

¹¹⁶ Cfr. R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 266.

¹¹⁷ Cfr. G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della “legge Merlin”*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. III, Milano, 1965, 397; A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, 670.

zione, “riceve denaro od altra utilità o ne accetta la promessa”; corrispondentemente, all’art. 321 c.p. si statuisce che le pene previste per il corrotto “si applicano anche a chi dà o promette ... denaro od altra utilità”. E se sul piano dei criteri formali di identificazione non sembra dubitabile che il termine “o” individua una disgiunzione, il carattere “fungibile” (*rectius*, equivalente) delle fattispecie si profila con maggiore pregnanza in forza della interpretazione letterale della disposizione, anche alla luce della sua rubrica. La semplice accettazione della promessa di una qualche utilità integra ed esaurisce l’unitario delitto di corruzione, come evidenzia la collocazione della condotta di “accettazione della promessa” nella struttura dello schema tipico e, soprattutto, la particella pronominale “ne” che, legando la accettazione della promessa alla (ricezione di una) utilità, delinea chiaramente la alternatività delle due fattispecie.

È tuttavia, sul piano sostanziale dell’offesa che si manifesta la “fungibilità” delle condotte considerate. La realizzazione, pur differita nel tempo, di entrambi i comportamenti tipici integra, infatti, una lesione unitaria dell’oggetto di tutela, pena un’inammissibile violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale: l’integrazione della prima condotta consuma la possibile conformità al tipo della realizzazione della seconda. L’aggressione portata agli interessi del buon andamento e dell’imparzialità della pubblica amministrazione con la condotta di “accettazione della promessa di denaro” – funzionalmente collegata ad una attività determinata dell’*intraneus* – costituisce l’offesa tipica, per qualità e grado, della fattispecie delittuosa.

Presupposto del concorso di reati è, appunto, la pluralità di offese, mentre nel caso in esame il fatto rimane strettamente unitario per l’unicità della lesione dei beni protetti. La realizzazione di più fattispecie – anche se differita (ovvero frazionata) nel tempo – vale qui ad individuare il concretarsi di fatti normativamente *omogenei*, i quali sul piano valoritativo vanno ad integrare un’unica ipotesi di reato, essendo appunto la norma congegnata in modo da abbracciare tanto un’unità, quanto una pluralità di comportamenti tipici. Nelle fattispecie alternative l’offesa resta – appunto – unica, pur nella varietà delle condotte suscettive di realizzarla; erroneo si presenta, dunque, il secondo orientamento giurisprudenziale sopra citato.

Alla luce di quanto sin qui detto, tuttavia, appare chiaro al contempo che la fattispecie incriminatrice risulta integrata con la semplice accettazione della promessa, essendo del tutto ininfluenza ai fini del perfezionamento del reato che, in concreto, non si concretizzi la dazione-ricezione dell’utilità pattuita. Ogniquale volta intervenga il *pactum sceleris*, quale che sia la modalità esecutiva del reato cui si è fatto (alternativamente) ricorso, il delitto di corruzione si appaleserà perfetto nei suoi estremi costitutivi, rivelandosi irrilevanti sul piano normativo le sorti dell’illecito accordo e, in particolare, le attività eventualmente compiute in adempimento del “contratto”. D’altra parte, sul piano della logica, come della esperienza comune, non appare agevole ipotizzare una dazione-ricezione di utilità che prescindano totalmente da una preventiva fase di contrattazione (al di là dell’ipotesi scolastica dell’invio a mezzo posta del prezzo della corruzione con tutte le indicazioni del caso), così che si profi-

la maggiormente conferente ricostruire in via interpretativa la fattispecie incriminatrice nel senso che *sussidiaria* in senso proprio si atteggia, piuttosto, la fase esecutiva degli accordi illeciti in precedenza intervenuti.

Nel primo orientamento giurisprudenziale sopra richiamato si annida, pertanto, un equivoco: far discendere lo “spostamento in avanti” del momento consumativo dal c.d. approfondimento dell’offesa tipica, significa invero confondere il profilo della integrazione della fattispecie e, dunque, della consumazione (che scatta ogniqualevolta il fatto materiale corrisponde interamente al modello legale) con l’altro, diverso, della valutazione della gravità dell’offesa, che ha rilievo esclusivamente – nel quadro dell’art. 133 c.p. – in sede di commisurazione della pena.

Nei reati istantanei non è dato distinguere tra “perfezione” (concetto che esprimerebbe il realizzarsi di tutti i requisiti richiesti dal tipo) e “consumazione” (concetto che, diversamente, estrinsecerebbe l’idea del raggiungimento della massima lesività concreta di un reato, già in precedenza integratosi), dal momento che quest’ultima nozione esprime la compiuta realizzazione degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa.

Del resto, ai fini del perfezionamento del reato si appalesa del tutto indifferente l’effettiva esecuzione dell’accordo, allo stesso modo in cui la mancata consegna dell’utilità promessa non degrada il reato da consumato a tentato¹¹⁸.

2.5. Segue. *Il dolo ed il suo oggetto; la “contrarietà ai doveri di ufficio” quale nota materiale, non meramente soggettiva, della condotta. Il contenuto del dolo*

Perché si abbia corruzione non è sufficiente lo “scambio di favori”; è necessario che tali comportamenti siano finalizzati al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio (almeno nella corruzione propria antecedente) ovvero, più genericamente, all’esercizio della funzione. Ove, però, ci si proponga di descrivere, in particolare, il contenuto del dolo della corruzione propria v’è, innanzitutto, da chiedersi cosa si intenda per “atto” e quando possa considerarsi integrata la “contrarietà” ai doveri funzionali.

La giurisprudenza – almeno quella formatasi prima della riformulazione dell’art. 318 c.p. – fa rientrare nella nozione di atto di ufficio non solo l’atto amministrativo inteso in senso formale, ma finanche il “comportamento materiale” del pubblico agente *occasionato* dall’ufficio. Il requisito della contra-

¹¹⁸ Perviene ad analoga conclusione M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 139. In senso difforme F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, IV ed., Torino, 2011, 241 s.

Appare opportuno segnalare che Cass. pen., sez. VI, 28.4.2017, n. 35219, in *Cass pen.*, 2018, 553 s., ha inteso affermare – in contrasto con il consolidato orientamento in materia – che “integra il reato di corruzione propria antecedente, e non già quello di “corruzione propria susseguente”, l’accertato accordo corruttivo antecedente o coevo alla assegnazione di appalti pubblici, a nulla rilevando che il compenso sia corrisposto in epoca successiva, procrastinando, in tal modo, l’esecuzione e non la consumazione del reato già perfetta in ogni suo elemento sin dal raggiungimento dell’accordo”.

rietà dell'atto ai doveri dell'ufficio, dal canto suo, non costituirebbe un elemento "reale" della fattispecie incriminatrice, ma si limiterebbe ad individuare una nota che ne qualifica il dolo, caratterizzando in termini finalistici la condotta; si sostanzierebbe, cioè, nei *motivi* che hanno ispirato l'accordo illecito, pur in difetto di una qualche "materializzazione" delle determinazioni dei concorrenti necessari.

Non è dubitabile che la corruzione propria antecedente si atteggi quale fattispecie a consumazione anticipata: come è sufficiente ad integrare il tipo la semplice "promessa" di dazione, così non è richiesto per la consumazione del reato il compimento dell'atto di ufficio. Dunque, tale fattispecie incriminatrice si profila quale reato a dolo specifico: "... per compiere ... un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve ... denaro od altra utilità o ne accetta la promessa ...". Resta, tuttavia, da stabilire entro quali limiti sia consentito anticipare la soglia della punibilità come definire l'ambito dell'attività penalmente rilevante a tale titolo: riconoscendo rilievo alla sfera motivazionale, in sé considerata, degli agenti, e così soggettivando eccessivamente la fattispecie, si rischia infatti di ampliare a dismisura l'area dell'illecito penale.

Ora, in realtà, il dolo specifico nello schema del delitto di corruzione propria antecedente oltre ad assolvere alla tipica funzione "selettiva" rispetto alle diverse forme di corruzione, assolve altresì alla fondamentale funzione "limitativa" della sfera di applicazione della fattispecie incriminatrice. Ed in tal senso si dovrà tenere a mente che lo "scopo" normativamente richiesto, non consiste puramente e semplicemente nella motivazione che sottende la condotta, ma al contempo nell'idoneità della condotta medesima a raggiungere il fine che il soggetto agente persegue. Per lo stretto collegamento esistente tra dolo specifico e tipicità del fatto, la condotta materiale dovrà atteggiarsi, per essere tipica, quale parziale concretizzazione di quel fine, in quanto momento "necessario" rispetto alla realizzazione del risultato "finale" tipizzato; la condotta, cioè, dovrà porsi in connessione condizionante con il contenuto finalistico descritto dalla norma penale, così da rendere tipico il comportamento materiale posto in essere¹¹⁹.

L'idea di scopo che muove i concorrenti necessari dovrà, pertanto, essere finalizzata alla realizzazione di un "atto contrario ai doveri di ufficio" e non di un'impresicata attività connessa alla posizione del soggetto pubblico, di un mero comportamento materiale, *occasionato* dall'ufficio, che violi un generico dovere di correttezza. Per l'integrazione del delitto sarà necessario il confluire delle volontà su un preciso e concreto atto contrario ai doveri di ufficio (che pur non rientri nella competenza esclusiva del pubblico agente e che pur non sia esattamente rappresentato nella sua specificità), non potendosi individuare l'oggetto del dolo in una generica attività del funzionario suscettiva di interferire sugli atti dell'ufficio di altri soggetti pubblici. E non potendo il reato consistere in un mero atteggiamento interiore, per quanto riprovevole, in sede

¹¹⁹ Cfr., più in generale, sul tema del dolo specifico G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, Le norme penali*, III ed., Milano, 2001, vol. I, 572 s.; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 255 s.

applicativa sarà necessario riscontrare nella condotta dei concorrenti necessari la presenza di quegli elementi concreti (meglio, materiali) idonei a rivelare la direzione offensiva di tali comportamenti nel loro modo di atteggiarsi rispetto ai doveri dell'ufficio.

È in virtù dell'approccio qui criticato che per la giurisprudenza la contrarietà (o meno) dell'atto ai doveri d'ufficio, lungi dal costituire la nota che qualifica l'elemento materiale del delitto di corruzione propria antecedente, si esaurisce nel semplice riferimento ai motivi della condotta. E in ragione di simile erronea contrazione, di tale ingiustificabile impoverimento della materialità del fatto che, ad esempio, si giunge a negare rilevanza alla *riserva mentale*¹²⁰ come a presumere la contrarietà ai doveri di ufficio ove l'atto presenti natura *discrezionale*¹²¹.

Si profila, dunque, chiaramente il ruolo fondamentale svolto, più in generale, dall'elemento finalistico sul piano della struttura delle varie forme di corruzione. La dazione-ricezione di un'utilità individua un comportamento neutro in sé considerato; la condotta tipica nello schema dei delitti di corruzione è, appunto, quella caratterizzata da un particolare contenuto intenzionale. Quel comportamento (messa a disposizione, attuale o futura, di un'utilità) per essere conforme al tipo legale dovrà, infatti, presentare un significato "retributivo": le fattispecie di corruzione si atteggianno certamente quali ipotesi di indebita retribuzione, ma volta a volta una di esse potrà risultare integrata solo ove la retribuzione sia funzionale (corruzione antecedente) o, quanto meno, legata (corruzione susseguente) all'esercizio della funzione¹²². Ora, la natura *retributiva* della prestazione patrimoniale, frutto dell'accordo corruttivo, investe – innanzitutto – il momento intellettuale del dolo: il pubblico funzionario dovrà, in altri termini, essere consapevole che l'utilità (promessa o corrisposta) si atteggia quale corrispettivo per la prestazione richiesta e dovrà al contempo condividere col privato tale idea di scopo; mentre la condotta dell'*extraneus* dovrà, dal canto suo, risultare qualificata dalla volontà consapevole che quanto richiesto all'*intraneus* è legato alla retribuzione; le due autonome, convergenti condotte verranno, cioè, ad individuare uno "scambio". Entità del denaro, natura dell'utilità, tipologia della prestazione potranno non essere patuiti in dettaglio, purtuttavia saranno necessariamente oggetto di rappresenta-

¹²⁰ Per la giurisprudenza, ma anche per la prevalente dottrina, il segreto proposito da parte del soggetto pubblico di non adempiere all'impegno assunto non vale ad escludere la realizzazione del tipo legale. Dunque, lo "scopo dichiarato" in sede di accordo priverebbe di rilievo una diversa direzione finalistica emergente dall'attività realizzata dall'*intraneus*, seppure confliggente come, appunto, la riserva mentale.

¹²¹ Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale le "presunzioni" di difformità sono molteplici e riguarderebbero: il c.d. asservimento della funzione; il c.d. favoritismo nei confronti del privato, pur in presenza di un atto del tutto "conforme" a regole; l'attività discrezionale, nel cui ambito l'atto in concreto adottato, pur rientrando tra le scelte "possibili", risulterebbe comunque contrario ai doveri di ufficio, essendo compiuto nell'interesse del privato che dà o promette un compenso (v., da ultimo, in materia Cass. pen., sez. VI, 18.6.2010, Cosentino, in *Guida dir.*, 2010, n. 43, 98).

¹²² In argomento v. A. SPENA, *Il 'turpe mercato'. Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., 209.

zione “nel grado di determinazione sufficiente per l’esistenza dell’accordo”¹²³.

In tal senso nella corruzione propria antecedente, in particolare, tali condotte non potranno non essere specificamente finalizzate allo scopo di omettere o ritardare un atto dell’ufficio, ovvero di compiere un atto contrario ai doveri di ufficio. Ipotesi di reato, questa in esame – al pari della corruzione per l’esercizio della funzione – a dolo specifico, in quanto caratterizzata dalla direzione della volontà verso il compimento di un atto dell’ufficio – estraneo alla materialità del fatto, non già alla fattispecie incriminatrice – che individua il contenuto offensivo della condotta illecita. *Intraneus* ed *extraneus* dovranno, peraltro, rappresentarsi – nel quadro della corruzione propria – la contrarietà dell’atto negoziale ai doveri di ufficio, in modo tale che se uno dei concorrenti necessari erri sulla conformità, ai sensi dell’art. 47, ultimo comma, c.p. risponderà di corruzione impropria non già – come avverrà per l’altro – a titolo di corruzione propria.

Anche sotto il profilo dell’elemento psicologico del reato trova conferma, dunque, che non è dato ravvisare la corruzione nella violazione di un dovere generico di correttezza, fedeltà, non venalità e così via dicendo, piuttosto che nell’accordo per la realizzazione di un’attività contraria ai doveri dell’ufficio. La mera venalità, seppure occasionata dalle funzioni o dal servizio del pubblico agente, ma sganciata da una qualche “prestazione” suscettiva di connotare in termini di antidoverosità la condotta, non è idonea ad integrare il fatto tipico. Ragionando diversamente, si verrebbe a soggettivizzare oltre ogni limite le fattispecie incriminatrici in esame depurando, appunto, il dolo di ogni significativo elemento contenutistico e così finendo per punire l’autore piuttosto che il fatto¹²⁴.

2.6. *L’introduzione del delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità: si sposta il confine tra corruzione e concussione, scatta la punibilità del privato*

La riforma del 2012, almeno nelle intenzioni, elide il risalente problema della corretta fissazione della linea di confine fra corruzione e concussione. Se sul piano descrittivo i due reati risultavano nettamente differenziati (nella corruzione il privato era il co-protagonista necessario del “turpe mercato”, nella concussione individuava il soggetto passivo del fatto illecito, essendo *costretto* od *indotto* ad una certa condotta), sul piano della prassi giudiziaria la distinzione non era così netta e tendeva a sfumare, in particolare allorquando il comportamento dell’agente non fosse palesemente vessatorio (come, ad es., nella c.d. concussione ambientale), ma al più suggestivo, ovvero allorquando dalla da-

¹²³ Così S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 210.

¹²⁴ Cfr. G. VASSALLI, *Corruzione propria ed impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, 324 s., il quale si chiede perché mai “avventurarsi nel malfido terreno della ‘psicologizzazione’ delle fattispecie quando viceversa la legge positiva, come nei delitti di corruzione, offre ed impone all’interprete sicuri dati oggettivi e a questi soltanto ancora il pur decisivo elemento soggettivo”.

zione-promessa discendesse un tornaconto per il privato. Com'è intuibile, del resto, in siffatte ipotesi l'accertamento probatorio non si presentava facile.

Ora, con la scissione, lo spacchettamento – come impropriamente si è inteso affermare – dell'art. 317 quella di “costrizione” attualmente diviene l'unica condotta costitutiva del delitto di concussione, mentre quella di “induzione” è la condotta che va ad integrare il modello legale della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 319 *quater* c.p.

A non voler considerare che la tipizzazione autonoma del delitto di concussione (a dispetto delle critiche mosse) è una “specificità positiva” del sistema italiano (meno rudimentale di altre esperienze giuridiche), anche in materia va segnalato che le raccomandazioni provenienti da OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) e GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption), diversamente da quanto si è preteso assumere, stigmatizzavano una prassi applicativa (da parte della giurisprudenza) del tutto “eccentrica”: la propensione ad inquadrare nello schema della concussione per induzione condotte in concreto corruttive, garantendo l'impunità al privato pur di ottenerne la “collaborazione” sul piano processuale.

La condotta di “induzione”, dunque, viene così attratta nell'orbita dei delitti di corruzione e, conseguentemente, scatta la punibilità dell'*extraneus*.

Per certo, colla delineazione di tre figure contigue, si assiste ad uno spostamento dei confini tra concussione e corruzione, “scelta foriera di non poche complicazioni”¹²⁵, tuttavia; anche perché non si va lontani dal vero quando si afferma, con buona pace del principio di legalità e dei suoi diversi corollari, che “i lineamenti concreti della fattispecie (art. 319 *quater*) saranno definiti dall'esperienza giudiziaria”¹²⁶.

Ecco che si profila, in effetti, un problema di “precisione” e, soprattutto, di “determinatezza” del precetto, quest'ultima intesa – in particolare – come accertabilità del fatto-reato nel giudizio.

Cosa si intende, infatti, per “induzione”? Già prima della novella, col parlare di “confine conteso”, si è rilevato che la capacità selettiva delle fattispecie di corruzione e di concussione dovrebbe esprimersi in termini nettamente differenziali; capacità divenuta pressoché nulla a causa della progressiva erosione ermeneutica dei requisiti costitutivi (in particolare, dell'*atto*) della prima disposizione, da un lato; e, dall'altro, a causa dello snaturamento e/o dilatazione, in sede applicativa, della nozione di *induzione* nello schema della seconda¹²⁷. Dimentichi che l'art. 317 c.p. nasce come fattispecie a selettività spiccatamente secondaria (nella forma per costrizione rispetto all'estorsione, in quella per induzione rispetto alla truffa)¹²⁸, si è finito per offrire un concetto di induzione del tutto evanescente, sottratto ad una rigorosa delimitazione in chiave descrittiva, che ha ampliato in modo incontrollabile l'ambito applicativo della fattispecie.

¹²⁵ Cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 7.

¹²⁶ Cfr. P. JELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, cit., 14 s.

¹²⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze 'improcrastinabili' di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302 s.

¹²⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il confine conteso*, cit., 1306.

Oggi, dunque, il problema rischia di acuirsi e nel passaggio dal c.d. diritto vivente al nuovo art. 319 *quater* c.p. emergono, altresì, profili di discontinuità strutturale. La prima giurisprudenza formatasi sul tema, affrontando appunto tematiche di diritto intertemporale, pur negando detta discontinuità, svara da un criterio “oggettivizzante”, fondato sull’ingiustizia del danno prospettato al privato, ad uno “soggettivizzante”, basato sul grado di coartazione morale esercitata, affiancato o meno da un indice integrativo costituito dal tipo di vantaggio che il privato ottiene per effetto della promessa-dazione¹²⁹. E prontamente la questione è stata rimessa all’esame – come si dirà più avanti (*infra*, § 8.3) – delle sezioni unite.

È con fondamento, pertanto, che si è inteso parlare di effetti “preterintenzionali”, in termini di assetto ed equilibri di tutela, della riforma¹³⁰. La condotta costitutiva del soggetto pubblico è sempre quella dell’abuso dei poteri o della qualità; il *metus* continua ad individuare il criterio differenziale tra il nuovo art. 319 *quater* e le fattispecie proprie di corruzione, dal momento che il privato è sempre destinatario della condotta abusiva. Un effetto “preterintenzionale” della riforma può, dunque, essere individuato nel fatto che nasce per l’*extraneus* un obbligo giuridico di “resistenza”, in quanto egli è *comunque* chiamato a rispondere dell’intesa raggiunta. Si strumentalizza, in definitiva, il privato, per avanzare l’argine che frena il malcostume e, al contempo, si esprime un messaggio socioculturale secondo cui spetta innanzitutto al cittadino respingere gli “approcci” del pubblico agente. Sennonché, non può essere compito della legge penale quello di prefiggersi lo scopo – per quanto nobile – di trasformare l’abito culturale dei cittadini. E, peraltro, una simile svolta – se mai affidabile al diritto penale – varrà realmente ad offrire maggiori *chances* probatorie o, all’opposto, sancirà in via definitiva la indisponibilità del privato a collaborare?

2.7. Corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.)

Art. 318. Corruzione per l’esercizio della funzione: “Il pubblico ufficiale che, per l’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da tre a otto anni”*.

Uno dei momenti più salienti della riforma del 2012 è costituito dalla riformulazione dell’art. 318 c.p. Coll’eliminazione dell’“atto di ufficio”, quale

¹²⁹ Nel primo senso cfr. Cass. pen., sez. VI, 3.12.2012, Roscia, in *Giust. pen.*, 2013, II, 417 s.; nel secondo senso v. Cass. pen., sez. VI, 4.12.2012, Nardi, in *Guida dir.*, 2013, n. 13, 84.

¹³⁰ Così E. PALAZZO, *Gli effetti ‘preterintenzionali’ delle nuove norme penali contro la corruzione*, in *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella-M. Pelissero, 2013, 15 s.

Cfr. nel senso criticato nel testo, Cass. pen., sez. VI, 25.2.2013, Piccinno ed altri, *inedita*, secondo cui “ricorre la induzione indebita ... in quei casi in cui al privato non venga minacciato un danno ingiusto e possa, anzi, avere persino una convenienza economica dal cedere alle richieste del pubblico ufficiale”.

* *Limite massimo edittale aumentato da cinque a sei anni dalla l. n. 69/2015 e da tre ad otto anni dalla legge c.d. “Spazzacorrotti”.*

elemento costitutivo tipico della fattispecie incriminatrice, muta l'architettura complessiva dell'impianto codicistico in materia, venendo meno quel "mini-sistema" tradizionalmente concepito per i delitti di corruzione¹³¹ (corruzione per atto di ufficio – corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio – corruzione antecedente ovvero susseguente al compimento dell'atto) ed incentrato, appunto, sull'"atto".

Il "patto" ora non ha più ad oggetto l'atto, ma l'"esercizio della funzione". Così operando, il legislatore della riforma raggiunge il duplice scopo di "legittimare" una prassi giurisprudenziale del tutto contrastante con il tipo legale e di semplificare (forse, addirittura, minimizzare) l'accertamento probatorio; al contempo dà vita – verosimilmente, in modo del tutto inconsapevole – ad un sistema – per più versi, zoppo – che ha a base la neonata fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione rispetto alla quale le fattispecie di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio e di corruzione in atti giudiziari si atteggiano a norme speciali¹³².

Nel nuovo art. 318 rientrerebbero ora, problematicamente, molteplici condotte: il mercimonio di atti conformi ai doveri di ufficio ovvero di atti contrari ai doveri di ufficio non esattamente individuati al momento del patto; la messa "a libro paga" del pubblico agente o, addirittura, l'"asservimento" della funzione. Classi di comportamenti – si direbbe – variegata e non omogenee sul piano dei contenuti di disvalore che, tuttavia, verrebbero "pesate" dal giudice in sede di commisurazione della pena¹³³.

La nuova fattispecie, invero, perde di precisione rispetto alla previgente corruzione impropria incentrata sull'atto conforme ai doveri di ufficio; ora, infatti, la prestazione del pubblico agente consiste nel generico ed indeterminato "esercizio delle funzioni o dei poteri" e ciò comporta che la tutela dai "solidi" beni del buon andamento e dell'imparzialità passi (*rectius*, scada) ai vaghi interessi della non venalità, correttezza degli amministratori, fiducia nell'operato della pubblica amministrazione¹³⁴.

¹³¹ La norma prima della riforma così disponeva: "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 della reclusione fino ad un anno".

¹³² Prima della riforma il sistema si reggeva sui delitti di corruzione impropria e di corruzione propria, in rapporto di incompatibilità, rispetto ai quali il delitto di corruzione in atti giudiziari si atteggiava a norma speciale.

¹³³ Così E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 543. Segnala la problematicità in rapporto al principio di legalità ed alle relative garanzie delle attuali strategie politico-giudiziarie di contrasto della corruzione negli USA, G.L. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti. Strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1281 s.

¹³⁴ Profila dubbi di legittimità costituzionale della disposizione in ordine al principio di offensività M. CATENACCI, *op. cit.*, 98, rilevando che la "parzialità" dell'agire amministrativo è solo prevenuta sulla base di una congettura, "che considera qualsiasi elargizione ... come comunque finalizzata ad accaparrarsi favori o prebende di natura illecita", secondo lo schema del pericolo presunto.

Sembrerebbe, peraltro, perdere rilevanza – sul punto, tuttavia, si tornerà fra breve – il rapporto cronologico tra l'accordo illecito e l'esercizio della funzione, così da non distinguere più fra corruzione antecedente e susseguente, fattispecie quest'ultima prima della novella (diversamente e) meno gravemente sanzionata per i meno gravi contenuti dell'offesa. Ed, appunto, le fattispecie dell'asservimento della funzione e della messa a libro paga del funzionario (dai ben più gravi contenuti offensivi, almeno nella lettura della giurisprudenza che, difatti, le collocava in passato nell'ambito applicativo dell'art. 319) vengono riportate alla previsione novellata dell'art. 318, unica fattispecie di corruzione che prescinde dal riferimento ad un ben individuato "atto"¹³⁵.

A difesa della nuova formulazione si è detto che è dato ritrovare analoga fattispecie nel codice penale tedesco (che ha recepito la legge di riforma della lotta alla corruzione del 20 novembre 2015) ai paragrafi 331 – che sanziona il fatto del pubblico funzionario – e 333 – che sanziona quello dell'*extraneus*¹³⁶. Considerata fattispecie di "condizionamento" (*Beeinflusseengstatbestand*) punisce l'accordo del pubblico agente la cui prestazione consista in una generica messa a disposizione *pro futuro*. L'accordo illecito non si incentra sul mercimonio di un singolo atto, bensì sull'esercizio della funzione ed essendo il disvalore penale di questa figura criminosa (attiva e passiva) minore rispetto alla corruzione propria, la pena è inferiore. In realtà, se omologo lo schema letterale, ben diversi i contenuti sostanziali: illuminanti al riguardo la rubrica ("Accettazione di vantaggi") come il trattamento sanzionatorio per entrambi i concorrenti necessari ("... pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria")¹³⁷.

¹³⁵ La Relazione dell'Ufficio del Massimario prospetta il problema "se gli approdi giurisprudenziali citati in precedenza e tesi ad escludere la necessità di individuazione dell'atto – ed in qualche misura, come detto, 'legittimati' dalla nuova formulazione dell'art. 318 c.p. – continuino ad essere praticabili anche in relazione alla corruzione propria che, come appena detto, continua, con consapevole scelta differenziante del legislatore, ad essere apparentemente imperniata sul sinallagma dazione o promessa di utilità-compimento dell'atto. In altri termini la riconfigurazione esplicita della sola corruzione impropria come mercimonio della funzione o del potere potrebbe ritenersi 'nascondere' una sorta di interpretazione autentica implicita dell'art. 319 c.p. divergente dai menzionati orientamenti assunti dalla giurisprudenza di legittimità".

In argomento v. R. BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 3, 353.

Sui caratteri differenziali dei delitti di cui agli artt. 318 e 319 c.p. e sulla nozione di "stabile asservimento" cfr. Cass. pen., sez. VI, 15.9.2017, n. 46492, in *Cass. pen.*, 2018, 1527 s.

Parla di "inutile e controproducente" inasprimento sanzionatorio per la corruzione funzionale e di "paradossale effetto di ratifica" dell'impianto della l. n. 190/2012 M. GAMBARELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., 61 s.: "... si tratta di un sistema quello della legge n. 190 del 2012, che non tiene conto del reale disvalore delle condotte. È profondamente ingiusto a meno che non si lasci mano libera a una parte della giurisprudenza ... di adattarlo ai principi costituzionali del nostro ordinamento. Tuttavia più che un adattamento è in corso una riscrittura da parte del 'diritto vivente'".

¹³⁶ In argomento, E. DOLCINI-T. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, 235 s.; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 7 s.

¹³⁷ La corruzione propria, passiva e attiva, è rispettivamente sanzionata ai §§ 332 e 334 del codice penale tedesco. Qui l'accordo corruttivo consiste in uno scambio tra un vantaggio concesso da un privato quale ricompensa per un atto contrario ai doveri di ufficio realizzato

È qui che riemergono le due diverse concezioni della corruzione: la concezione c.d. mercantile (o retributiva) nel cui ambito la promessa-dazione di utilità è effettuata per il compimento di una specifica condotta funzionale; la concezione c.d. clientelare in cui la promessa-dazione è effettuata per la qualità soggettiva dell'*intransiens*. Ora, con il termine "corruzione", nello schema novellato dell'art. 318, quale realtà fenomenica si intende esprimere? Si corre il rischio – per l'imprecisa tipizzazione – che venga attribuita rilevanza alla pura e semplice accettazione di donativi da parte del pubblico funzionario, facendo coincidere l'illecito penale – oggi, in particolare, così gravemente sanzionato – con la violazione disciplinare del dovere di non venalità¹³⁸.

Quale valenza ha, dunque, l'affermazione secondo cui, oggi, si è passati dall'"atto" al "patto", così da anticipare la tutela? Quello in esame – si assume, eludendo in tal modo il problema – è uno "scambio costruito attorno alla venalità"; ma è necessario di chiedersi: di che tipo? Una mera dazione di utilità o la dazione effettuata per conseguire una generica disponibilità del pubblico agente (come, ad es., la "facilitazione" del codice spagnolo)? Ovvero, ancora, quelle forme di retribuzione che danno vita alla figura del "funzionario a libro paga" o, addirittura, a quella del pubblico agente "asservito"? Improbabile, più che discutibile, la parificazione di tali, ben diverse, realtà (anche alla luce del fatto che – come detto – quest'ultima, più grave, figura veniva inquadrata dalla giurisprudenza creativa nello schema tipico della corruzione propria).

Ora, la formulazione della disposizione, abbandonata la proposta iniziale di relazionare, puramente e semplicemente, il patto alla funzione, ("*... in relazione a*") richiede che l'accordo corruttivo venga in essere "*per l'esercizio della funzione*".

Alla luce di quanto già espresso risulta chiaro che il "per", che compare nella rubrica e nello schema tipico, lungi dal poter essere letto anche in chiave *causale* – così da rendere sanzionabile anche la forma susseguente¹³⁹ – va unicamente letto in chiave *finalistica*. Dovrà, cioè, essere riscontrabile un preciso nesso finalistico tra la mercificazione e l'esercizio della funzione o dei poteri, non essendo sufficiente per l'integrazione dello schema legale che la promessa-dazione di utilità avvenga in ragione della qualità di agente pubblico ovvero, semplicemente, "in relazione all'esercizio della funzione", come appunto accade nel codice penale tedesco. Nesso finalistico necessariamente *preciso*, nel senso che la "messa a disposizione" del pubblico agente, ben potrà essere

dal pubblico funzionario. Il trattamento sanzionatorio è, seppur lievemente, differenziato: da sei mesi fino a cinque anni per il corrotto, da tre mesi fino a cinque anni per il corruttore. Forbici sanzionatorie come è agevole rilevare, ben lontane dai livelli dracchiani raggiunti, del tutto inutilmente, in Italia.

Segnala i profili di incostituzionalità dell'incremento di pena operato M.L. FERRANTE, *Osservazioni "a prima lettura" su alcuni aspetti di incostituzionalità della l. 9 gennaio 2019, 3*, in *Diritti fondamentali it.*, 1, 2019.

¹³⁸ Rileva R. BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, cit., 349, che così facendo "si assiste in sostanza al raggiungimento di un esito identico a quello della tutela della fedeltà del pubblico ufficiale alla P.A. e del prestigio della funzione pubblica".

¹³⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, cit., 543.

generale (tutto ciò che rientri nella competenza del suo ufficio), ma non generica, indeterminata, pena ancora una volta la punizione della mera venalità.

Del resto, in argomento resta tuttora valido l'insegnamento della S.C., evidentemente rimosso: "... il delitto di corruzione appartiene alla categoria dei reati propri funzionali, nel senso che per la integrazione della fattispecie criminosa è necessario che il soggetto agente e più precisamente il corrotto faccia mercimonio ... dell'attività connessa all'esercizio delle sue mansioni pubblicistiche, rimanendo al di fuori della fattispecie ogni altra attività estranea a tali mansioni; ciò peraltro è in linea con la nozione stessa di pubblico ufficiale quale delineata dall'art. 357 c.p. come novellato dalla riforma del 1990, che, abbandonando il criterio soggettivo e formale ... ha esaltato la concezione oggettiva legata al concreto esercizio della pubblica funzione"¹⁴⁰. Il comportamento oggetto del mercimonio, nel vecchio schema tipico come nel nuovo delitto di corruzione "per l'esercizio della funzione" (e non "in relazione all'esercizio della funzione") deve, comunque, essere espressione della funzione pubblica esercitata dall'*intraneus*.

Il descritto finalismo preclude la possibilità di ritenere penalmente sanzionabile anche la forma susseguente di corruzione per l'esercizio della funzione (previsione neppure richiesta dagli strumenti normativi sottoscritti a livello internazionale); e, del resto, così facendo si opererebbe una scelta del tutto irrazionale. Come detto, se sul piano formale, il nuovo art. 318 elimina, innanzitutto, il comma 2 dell'originaria disposizione (la c.d. corruzione impropria susseguente), sul piano sistematico, l'art. 321 c.p. continua a disporre che "le pene stabilite dal primo comma dell'art. 318 c.p. si applicano anche a chi dà o promette denaro od altra utilità". Ora, appunto, "sarebbe assurdo che l'eliminazione del comma 2 dell'art. 318 c.p. dovesse implicitamente comportare il ripristino di una responsabilità penale del privato in materia di corruzione impropria susseguente"¹⁴¹. Ed una volta di più, l'inasprimento dei livelli sanzionatori per la forma antecedente di corruzione impropria (da tre a otto anni in luogo della reclusione da sei mesi a tre anni) renderebbe "assurda" l'applicazione di quei medesimi livelli alla corruzione impropria susseguente (in origine punita con la pena della reclusione fino ad un anno).

L'"esercizio" ancor prima: anche "conforme" ai doveri? Al di là del rilievo che la giurisprudenza con il suo orientamento in tema di atto discrezionale ha sostanzialmente espunto tale forma di corruzione dal sistema normativo, non v'è chi non veda la "sproporzione insopportabile" degli attuali livelli sanzionatori se riferiti, pariteticamente, ad un accordo avente ad oggetto un'attività funzionale conforme ai doveri di ufficio ovvero alle diverse, più gravi, figure sopra richiamate che – vien fatto di dire – per definizione risultano contrarie a quei doveri.

Diversamente, l'ancoraggio della tutela penale ad uno stadio anticipato ri-

¹⁴⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4.6.2006, Battistella ed altri, in *Cass. pen.*, 2007, 1605 (corsivo dell'autore).

¹⁴¹ Cfr. C.F. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in *La Legge anticorruzione*, cit., 10. *Contra*, F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 412 s.

spetto al compimento dell'atto d'ufficio, consente che l'esercizio delle funzioni o dei poteri ricomprenda anche i casi in cui il pubblico agente accetti la dazione-promessa di utilità per la realizzazione di atti non determinabili o solo determinati nel *genus* contrari ai doveri di ufficio¹⁴². Anche sotto tale profilo resta confermato che la mercificazione della funzione confluisce oggi nell'ambito applicativo dell'art. 318 novellato, restando affidata all'art. 319 la sanzionabilità della compravendita dell'atto, specifico e determinato, contrario ai doveri di ufficio.

Sul piano del diritto intertemporale – come accennato – potrebbe rivelarsi, peraltro, un “punto caldo” l'ipotesi della “messa a disposizione”, dell’“asservimento” del pubblico agente svincolato dal riferimento ad un atto specifico: la riforma dell'art. 318 c.p. formalmente estensiva dell'area dell'illecito, in realtà, non è tale rispetto al c.d. diritto giurisprudenziale e risulterebbe *in bonam partem*, dislocando sul terreno della corruzione impropria fatti in precedenza “trattati” come corruzione propria.

Riguardo alla (pregressa) ipotesi di corruzione impropria susseguente ove la si ritenesse riconducibile al riformato art. 318 c.p., per i fatti commessi dal privato, trattandosi di nuova incriminazione, scatterebbe l'operatività dell'art. 2, comma 1, c.p. Ove, diversamente, si intenda accedere alla lettura sopra proposta, ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di *abolitio criminis tout court*.

2.8. Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.)

Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio: “*Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni*”*.

La disposizione descrive la corruzione passiva “propria” ovvero, sempre nel quadro del reato-accordo a struttura bilaterale, la condotta del p.u. o dell'i.p.s. non conforme alle diverse possibili regole che ne disciplinano l'attività.

La sussistenza della qualifica soggettiva nel momento in cui viene realizzata la condotta costitutiva del reato, necessaria per la corruzione antecedente, non lo è per la corruzione successiva (art. 360 c.p.).

¹⁴² F. GIUNTA, *Prima lettura della legge anticorruzione*, in *Giust. pen.*, 2013, II, 281. *Contra*, F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 410.

Cass. pen., sez. VI, 27.11.2015, n. 3043, in *Cass. pen.*, 2016, 1411, secondo cui “l'art. 318 c.p. (nel testo introdotto dalla l. 6 novembre 2012, n. 190) ha natura di reato eventualmente permanente se le dazioni indebite sono plurime e trovano una loro ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'asservimento della funzione pubblica. (In applicazione del principio, la Corte ha qualificato in termini di corruzione per l'esercizio della funzione la condotta di un indagato che aveva stabilmente asservito le proprie funzioni di consigliere comunale, nonché di presidente e vicepresidente di commissioni comunali, agli scopi di società cooperative facenti capo ad altro coindagato)”.

* *Limiti edittali aumentati da quattro a sei anni nel minimo e da otto a dieci anni nel massimo dalla l. n. 69/2015.*

Anche questo tipo di corruzione può assumere la forma “antecedente” o “sussequente”, già con la riforma del '90 problematicamente equiparate sul piano del trattamento sanzionatorio, oggi ulteriormente inasprito dalle successive riforme.

La “ricezione” e l’“accettazione di promessa” di una utilità individuano, di regola, la coppia di condotte dell’agente pubblico confluenti nell’accordo corruttivo. A differenza della corruzione impropria, tuttavia, per la forma sussequente di corruzione propria è sancita la tipicità anche del comportamento di mera accettazione della promessa.

Non acquistando il privato il regolare esercizio dell’attività amministrativa (ma l’atto contrario ai doveri), lo schema normativo, correttamente sul piano lessicale, non parla di “retribuzione indebita”.

L’imprescindibilità della sussistenza di un rapporto sinallagmatico tra vantaggio ed atto porta a negare la rilevanza alla consegna di semplici donativi d’uso.

L’atto, contrario ai doveri di ufficio, quale oggetto della contrattazione illecita, dovrà essere oggi determinato. Al compimento dell’atto è equiparata la sua omissione sempreché contraria ai doveri dell’ufficio¹⁴³.

Il dolo si presenta specifico nella forma antecedente, generico in quella sussequente.

Ad entrambe le forme di corruzione propria è applicabile la circostanza aggravante speciale di cui all’art. 319 *bis* c.p. (“corruzione avente ad oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l’amministrazione alla quale appartiene il pubblico ufficiale”); oltre che al pubblico ufficiale è riferibile anche al privato, ma non all’incaricato di pubblico servizio.

¹⁴³ Secondo Cass. pen., sez. II, 25.11.2015, n. 47471, in *Cass. pen.*, 2016, 1411, “per la configurabilità del reato di corruzione propria, non occorre individuare esattamente l’atto contrario ai doveri d’ufficio, oggetto dell’accordo illecito, ma è sufficiente che esso sia individuabile in funzione della competenza e della concreta sfera di operatività del pubblico ufficiale, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di singoli atti non preventivamente fissati o programmati”.

Il giudice di legittimità è costante nel ritenere che “ai fini della configurabilità del reato di corruzione propria non è determinante che il fatto contrario ai doveri d’ufficio sia ricompreso nell’ambito delle specifiche mansioni del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio, ma necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell’ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto”. Così, da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, in *Cass. pen.*, 2016, 3591 s., con nota di M. GAMBARDELLA, *Corruzione millantato credito e traffico di influenze nel caso “Tempa rossa”: una debole tutela legislativa*.

Si è, peraltro, di recente statuito che “non è configurabile il reato di corruzione propria, di cui all’art. 319 c.p. nei confronti di un membro del Parlamento che riceva un’indebita utilità in relazione all’esercizio della sua funzione, in quanto l’attività del parlamentare non è soggetta a sindacato, essendo prevista dagli artt. 67 e 68 Cost. l’assenza del vincolo di mandato e l’immunità nei voti espressi con la conseguenza che non è possibile valutare la condotta in termini di contrarietà o conformità ai doveri di ufficio. (In motivazione la Corte ha precisato che la condotta del parlamentare non è neppure valutabile sotto i profili dell’imparzialità e del buon andamento, trattandosi di principi che valgono per la sola attività amministrativa in senso stretto)”: Cass. pen., sez. VI, 2.7.2018, n. 40347, cit.

3. Corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter c.p.)

Art. 319 ter. Corruzione in atti giudiziari: “Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni.

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni”*.

3.1. Sull'ipotizzabilità della forma “sussequente”

La riforma del '90 ha introdotto, quale fattispecie autonoma di reato, un ulteriore tipo di corruzione – la corruzione in atti giudiziari – originariamente individuante una aggravante speciale della corruzione propria (antecedente) allorché dall'accordo illecito fosse derivato un favore ovvero un danno ad una parte processuale¹⁴⁴.

Figura speciale di corruzione passiva – la forma attiva trova, infatti, la propria disciplina nell'art. 321 c.p. – si presenta anch'essa quale delitto a struttura bilaterale. Qui, tuttavia, l'incaricato di pubblico servizio non potrà rivestire la qualità di agente, dal momento che l'art. 320 – per la non ipotizzabilità di atti giudiziari realizzati da semplici incaricati di pubblico servizio e per il fatto che anche gli “ausiliari” del giudice rivestono la qualità di pubblico ufficiale – non opera alcun richiamo all'art. 319 ter c.p.

La disposizione in esame, come risulta evidente, non descrive la condotta costitutiva del reato; si limita, invero, ad operare un rinvio ricettizio ai “fatti indicati negli articoli 318 e 319”. Alla luce di ciò in giurisprudenza si è inteso affermare che la “descrizione normativa ... legittima una assoluta omologazione tra i fatti indicati negli artt. 318 e 319 c.p.” e, dunque, si riconosce, per un verso, che la condotta tipica può, indifferentemente, assumere le forme della corruzione “propria” come di quella “impropria”¹⁴⁵; per l'altro, che la corruzione in atti giudiziari è configurabile anche nella forma “sussequente”¹⁴⁶.

Sotto il primo profilo, il giudice di legittimità, pur ritenendola per vero “discutibile”, valuta come “non irragionevole o intollerabile” la descritta equiparazione agli effetti sanzionatori: non sembra meritevole di indulgenza – si sostiene in tal senso – il magistrato che, “sia pure per compiere un atto del

* Limiti edittali modificati dalla l. n. 69/2015.

¹⁴⁴ L'originaria fattispecie incriminatrice così recitava: “... [corruzione passiva propria antecedente] La pena è aumentata, se dal fatto deriva:

1°) [...];

2°) il favore o il danno di una parte in un processo civile, penale o amministrativo ...”.

Sull'autonomia della previsione delittuosa v. Cass. pen., sez. VI, 4.5.2006, Battistella ed altri, in *Cass. pen.*, 2007, 1605 s.

¹⁴⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4.5.2006, Battistella, cit.

¹⁴⁶ Cass. pen., sez. un., 25.2.2010, Mills, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 6, 677.

proprio ufficio (per esempio, depositare in termini una sentenza), riceve denaro o altra utilità come retribuzione non dovuta”. Del resto – si soggiunge – per stabilire se si sia in presenza di un atto conforme o meno ai doveri di ufficio, non si può avere riguardo “all’aspetto sostanziale del medesimo provvedimento, vale a dire al suo esito *secundum* o *contra ius*”. Si osserva, infatti che, il merito di una decisione giurisdizionale – in linea di principio, sempre sindacabile nell’ambito degli ampi poteri di accertamento del giudice penale – allorché la decisione medesima risulti priva del carattere della “palese arbitrarietà”, non appare “rivisitabile” in ragione della opinabilità della materia sulla quale il giudice è chiamato a pronunciarsi: la decisione sorretta da argomenti logico-giuridici apprezzabili e condivisibili difficilmente può essere qualificata *contra ius*.

“Non è pertanto – prosegue la S.C. – il contenuto dell’atto giurisdizionale in sé considerato – data appunto la fisiologica opinabilità che lo caratterizza – a qualificare come propria o impropria la corruzione del giudice, ma il metodo attraverso il quale costui perviene alla decisione”. Il giudice che riceva denaro in relazione all’esercizio della sua funzione – si rileva, infatti – viene meno ai doveri di probità, indipendenza, imparzialità e correttezza e, inevitabilmente, resta “condizionato nei propri orientamenti valutativi sul caso portato al suo esame, la cui soluzione, se pur accettabile sul piano della formale correttezza giuridica, soffre comunque dell’inquinamento metodologico a monte”.

La corruzione in atti giudiziari – si osserva, conclusivamente, in tale ottica – è “reato plurioffensivo, nel senso che viene lesa non soltanto l’interesse al buon andamento e all’imparzialità della P.A.; ma anche, e soprattutto, l’interesse alla correttezza dell’esercizio delle funzioni giudiziarie, che viene compromesso da una decisione inquinata e alterata dal fatto corruttivo”.

Diversamente, non unitario l’indirizzo giurisprudenziale in tema di configurabilità di una corruzione in atti giudiziari “sussequente”, sebbene – come anticipato – il recente intervento delle Sezioni Unite abbia inteso riconoscere l’ammissibilità anche di tale forma.

Se, invero, inizialmente – in ragione dell’onnicomprendente (seppure generico) rinvio ricettizio – il giudice di legittimità si era espresso nel senso che il delitto in esame è configurabile anche nelle ipotesi di ripetuta dazione di utilità economiche “ancorché successive” al compimento di atti giudiziari¹⁴⁷, più di recente si era venuti ad affermare che la condotta (ricezione-accettazione della promessa dell’utilità) deve essere posta in essere “per favorire o danneggiare una parte” e che, dunque, essa può assumere rilievo penalistico solo “nella prospettiva di un atto funzionale che dovrà ancora essere adottato e che il p.u. si impegna ad adottare”. La corruzione in atti giudiziari – si osservava in tal senso – quale delitto a dolo specifico, è “caratterizzata da una tensione finalistica verso un risultato” che la rende incompatibile con quella “proiezione verso il passato, con quell’interesse già soddisfatto, su cui è montato lo

¹⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28.2.2005, Baccarini, cit.; Cass. pen., sez. VI, 4.2.2004, Drasich, in *Giust. pen.*, 2006, II, 339.

schema della corruzione susseguente”¹⁴⁸; l'accettazione di utilità in un momento successivo al compimento dell'atto giudiziario avrebbe potuto, nondimeno, essere sanzionata in forza delle disposizioni che disciplinano la corruzione ordinaria.

Da ultimo, tuttavia, si è tornati a riconoscere la configurabilità della corruzione in atti giudiziari susseguente col rilevare che “una disposizione incriminatrice di tale ampiezza ... trova la propria giustificazione nell'essere posta a presidio di una ‘funzione di garanzia’, costituzionalmente prevista, che in ogni concreta estrinsecazione riconosciuta dall'ordinamento costituisce espressione di legalità e rispetto di diritti fondamentali, beni che non possono essere garantiti da un ‘magistrato’ che abbia mercificato in qualsiasi modo la sua funzione. Mercificazione, dunque, che mette in crisi il valore fondamentale della funzione giudiziaria in ogni suo concreto esercizio”¹⁴⁹.

E simile orientamento ha trovato autorevole conferma nella richiamata pronuncia della S.C. a sezioni unite secondo cui la configurabilità del delitto in esame nella forma susseguente emerge dagli stessi lavori preparatori della legge di riforma del '90.

Va, innanzitutto, osservato che con la riforma della disciplina normativa in materia si anticipa la soglia della tutela: mentre, infatti, la “vecchia” circostanza speciale (art. 319, comma 2, n. 2, c.p.), sanzionando più gravemente “il favore o il danno di una parte in un processo”, era ancorata alla sola forma di corruzione propria antecedente, oggi il favore od il danno della parte processuale risultano spostati sul terreno dell'oggetto del dolo e la loro concreta realizzazione è irrilevante agli effetti della integrazione del tipo legale.

Ora, la corruzione in atti giudiziari presenta, senza dubbio, un *quid pluris* sul piano dei contenuti di disvalore del fatto che vale a conferire ad essa una diversa e più specifica fisionomia criminosa, tale peraltro da giustificare l'autonoma previsione ed il ben più rigoroso trattamento sanzionatorio. Tuttavia, come esattamente si è inteso rilevare, questo preteso accostamento di situazioni molto diverse fra loro (corruzione propria, impropria, antecedente, susseguente) “è del tutto irragionevole”, anche in ragione dell'unitario e grave regime della pena. Così, ad esempio, se il comportamento del magistrato che accetta denaro per compiere un atto contrario ai doveri di ufficio (emettere una sentenza ingiusta, ordinare illegittimamente la scarcerazione di un imputato) è fatto socialmente gravissimo, che impone una risposta forte da parte dell'ordinamento penale, di tutt'altra specie e qualità è l'accettazione da parte di un giudice di un dono, anche costoso, per aver compiuto un atto assolutamente legittimo del proprio ufficio. “L'idea di collocare questi due fatti in un'unica fattispecie di corruzione in atti giudiziari, simbolo dichiarato di particolare significatività giuridico-penale, sembra davvero – si sostiene – un non-senso”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4.5.2006, Battistella, cit.

¹⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 25.5.2009, Drassich, in *Cass. pen.*, 2010, 2608.

¹⁵⁰ Così C.F. GROSSO, *Sub artt. 318-322 c.p.*, cit., 207 s. In argomento, v. il recente, ampio lavoro di F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Tori-

A chi osservi attentamente non può sfuggire come la insostenibile “parificazione” poggia, in realtà, puramente e semplicemente su un grossolano difetto di tecnica legislativa.

Ed, innanzitutto, se è plausibile che possa essere contratto un accordo corruttivo allo scopo di favorire una parte del processo con riferimento ad un atto che deve ancora essere compiuto (corruzione antecedente), non si riesce a comprendere come una analoga finalità possa sorreggere un accordo corruttivo relativo ad un atto già compiuto (corruzione susseguente); in tale secondo caso, la dazione o la promessa di denaro o di altra utilità potrebbero tutt'al più essere compiute allo scopo di ricompensare un magistrato che ha posto in essere un atto che ha recato danno o favore ad una parte. In materia, in altri termini, il “significato retributivo” della promessa-dazione dell'utilità lega l'accordo tra i concorrenti necessari all'atto – espressione della funzione giudiziaria – teso a favorire o danneggiare una delle parti processuali. Se questo è vero, non resta che constatare che il legislatore del 1990 ha costruito un delitto a dolo specifico la cui struttura è di fatto incompatibile con le ipotesi di corruzione susseguente, con la conseguenza che queste – in difetto del dolo specifico richiesto dall'art. 319 *ter* c.p. – riconfluiranno eventualmente nella disciplina della corruzione comune.

Del resto, come correttamente si è fatto osservare, “nulla autorizza l'interprete a leggere l'espressione ‘per favorire o danneggiare una parte in un processo’, come se includesse anche l'aver favorito o danneggiato la parte medesima, che è ben diverso”¹⁵¹. Una simile estensione dell'ambito applicativo della disposizione risulterebbe *in malam partem* e, di conseguenza, non consentita in ambito penalistico.

Vero è che, ragionando in tal modo, si ottiene comunque il risultato cui – fra l'altro – si mirava con il disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione (disegno del dicembre 2007 e rimasto senza esito per l'anticipato scioglimento delle Camere), ovvero eliminare dallo schema tipico della fattispecie incriminatrice l'attuale riferimento espresso alla finalità di “favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo”. E lo si ottiene, come visto, da un lato, con un desueto (per la giurisprudenza) richiamo alla *voluntas legis*, dall'altro, attraverso la sempre più frequente (per la giurisprudenza) *spiritualizzazione* del bene oggetto di tutela, approccio che consente – in un'ottica eticizzante – di “bloccare” la funzione delimitativa da esso assolta in sede interpretativo-applicativa, ancora

no, 2017, 171 s., secondo cui “la qualificazione del delitto di corruzione in atti giudiziari come fattispecie autonoma sembra opporsi, quale che sia l'oggetto del patto, alla sua configurabilità nella forma susseguente, perché la tesi favorevole postulerebbe una *torsione* della norma incriminatrice, con particolare riguardo al dolo specifico, del tutto incompatibile con l'assetto ‘ordinato’ degli elementi costitutivi che ne compongono la struttura”.

Per un possibile approfondimento del tema v. R. RAMPIONI, *Incantesimi, prodigi, ‘monstrua’* (In tema di corruzione in atti giudiziari le Sezioni Unite ripropongono il principio, desueto, del primato della legge), in *Giust. pen.*, 2011, II, 26 s.

¹⁵¹ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 206 s. *Contra*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 204.

una volta “liberando” il tipo legale dall’“atto” il cui compimento è qui lo scopo che illumina le condotte dei concorrenti necessari.

3.2. Sulla rilevanza della forma “impropria”

Venendo al primo profilo sopra enunciato, è necessario ribadire che la nota qualificante la corruzione in atti giudiziari rispetto alle corruzioni comuni è costituita, appunto, dallo scopo di avvantaggiare o danneggiare una parte del processo.

Ebbene, poiché ogni provvedimento giudiziario, anche quello legittimo, oggettivamente “favorisce o danneggia” comunque una parte del processo, e poiché non sembra ragionevole che una accentuazione così rilevante del carico sanzionatorio [quale quella attualmente prevista dall’art. 319 *ter*, comma 1, c.p. rispetto alle forme comuni di corruzione: reclusione da sei a dodici anni in luogo della reclusione da sei a dieci anni prevista per la corruzione propria e da tre a otto anni prevista per quella impropria antecedente] possa risultare giustificata dalla sola circostanza che un atto giudiziario oggettivamente *giusto* sia stato soggettivamente compiuto allo scopo di recare un vantaggio o un danno a qualcuno, sembra fondato ritenere che, in realtà, il legislatore abbia inteso fare riferimento alle sole ipotesi in cui il fatto sia stato commesso allo scopo di adottare un provvedimento *ingiusto* riguardo ad una delle parti.

Questa interpretazione trova, d’altronde, una conferma nel rilievo che, nel configurare le circostanze aggravanti consistenti nel verificarsi di determinati danni, l’art. 319 *ter*, comma 2, c.p. parla specificamente di ingiustizia della finalità di favore o di danno richiesta agli effetti della realizzazione della fattispecie base.

Ora, se davvero simile ordine di idee è fondato, si pone un ulteriore problema con riferimento alla scelta del legislatore del 1990 di includere – almeno sul piano formale-astratto – nel novero delle corruzioni richiamate dall’art. 319 *ter*, comma 1, c.p., oltre alla forma “susseguente” anche la forma “impropria” (antecedente) di corruzione, nella quale l’atto che costituisce punto di riferimento del *pactum sceleris* è, per definizione, un atto conforme ai doveri di ufficio. È, infatti, tutt’altro che agevole ipotizzare che un magistrato possa emettere, con il fine di arrecare ad una parte un vantaggio od un danno, un provvedimento che oggettivamente non presenta alcun profilo di illegittimità e che appare, pertanto, del tutto conforme alla legge, *giusto*. Né, una volta di più, risulta fondato opporre all’ordine di idee qui seguito mere difficoltà di natura probatoria: le pur plausibili ragioni pratiche, connesse alla problematica individuazione della linea di confine – in specie, in tema di atti discrezionali – tra “conformità” e “contrarietà” ai doveri di ufficio, non sono suscettive di imporre scelte interpretative. Né, tanto meno, appare sostenibile – peraltro in modo sostanzialmente apodittico, quanto contraddittorio – che la scelta del legislatore, “solo in apparenza irragionevole”, è motivata dall’idea di “voler evitare qualsiasi forma di mercimonio allorché l’atto della pubblica amministrazione dovesse riguardare la speciale funzione giudiziaria”: l’oggetto di tutela della disposizione – anche in ragione dei più volte ricordati elevati livelli

sanzionatori – non può essere identificato con “l’incontaminatezza da qualsiasi forma di incidenza dettata da finalità di lucro”. È questa, infatti, un’istanza di “super-moralità”, “super-correttezza” del pubblico funzionario-giudice non suscettiva di sostanziare il bene giuridico della previsione delittuosa.

Se si condivide l’idea che l’oggetto del dolo specifico previsto dall’art. 319 *ter*, comma 1, c.p. debba essere connotato dal profilo della *ingiustizia*, anche la corruzione “impropria” viene, dunque, a risultare irrilevante nello schema tipico dell’art. 319 *ter* c.p.

Soltanto su questo terreno è dato, del resto, cogliere quella diversa qualità del fatto e quella diversa significatività dell’oggetto di tutela, le sole atte a giustificare la creazione di un titolo autonomo di reato e di così accentuata gravità rispetto ai delitti di corruzione comune. Non risulta, invero, appagante sostenere – peraltro, in modo esitante ed in parte contraddittorio – che “l’equiparazione tra corruzione propria e impropria antecedente, pur con qualche forzatura, ha una sua ragionevolezza, perché entrambe condizionano il processo e sono espressioni di uno stesso disvalore”¹⁵². Lo dimostra il fatto che il giudice di legittimità, da un lato, è costretto a ripiegare su argomenti di natura logico-probabilistica, che più propriamente afferiscono alla prova; dall’altro, sposta erroneamente il discorso dal carattere dell’“atto” giurisdizionale – oggetto di compravendita – al “metodo” seguito nell’adozione dell’atto medesimo, venendo così a tramutare la responsabilità per il fatto in una responsabilità per la condotta di vita dell’autore.

Vero è che, come si è cercato di chiarire, lungi dall’offendere il (non) interesse della “correttezza” – come pretenderebbe la giurisprudenza – ovvero il bene (improprio per la funzione giudiziaria) dell’“imparzialità” – come assume parte della dottrina – il delitto di corruzione in atti giudiziari è posto a tutela della “indipendenza” del magistrato, intesa – come detto – quale interesse a che la formazione del provvedimento giudiziario sia sottratta ad ogni influenza, così da non essere turbata; nello specifico, a che la pronuncia non sia adottata per un qualcuno a fronte della promessa o dazione di una retribuzione. L’indipendenza del giudice è la prima garanzia del giusto esercizio della funzione giurisdizionale.

Diversamente, ove si pretendesse di sostenere sul piano interpretativo – in forza del generico rinvio operato dalla disposizione alle previsioni di cui agli artt. 318 e 319 c.p. – un’applicabilità ad ampio spettro della fattispecie incriminatrice in esame, non resterebbe che denunciarne l’incostituzionalità per l’evidente violazione del principio di legalità in ragione della assoluta indeterminazione del precetto (art. 25 Cost.), come di quello di ragionevolezza (art. 3 Cost.) per l’arbitraria parificazione sul piano del trattamento sanzionatorio di fatti del tutto diversi sotto il profilo del “contenuto” e del “peso” dell’offesa.

¹⁵² Così Cass. pen., sez. VI, 4.5.2006, Battistella, cit.

Cass. pen., sez. VI, 25.5.2009, Drassich, cit., singolarmente riconosce che la fattispecie incriminatrice in esame “assoggetta alla medesima pena condotte che, nelle rispettive collocazioni sistematiche, hanno valore e gravità notevolmente diversi”.

In argomento, v. F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 161 s.

3.3. La corruzione del falso testimone: concorso di reati o concorso apparente di norme? La nozione di “atti giudiziari”

Cosa si intende per “atto giudiziario”? Quale, in altri termini, il corretto ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice?

Riconosciuta la qualità di pubblico ufficiale al testimone, si è infatti ritenuta integrata anche la previsione delittuosa in esame nell'ipotesi in cui questi accetti la promessa di denaro od altra utilità al fine di rendere falsa testimonianza nel processo¹⁵³.

Ciò che va chiarito, dunque, è se il concorso di “qualità soggettiva” e “contesto” (attività che si svolge nel processo e che può influire sugli esiti di esso) siano suscettivi di integrare l’“attività funzionale” oggetto di incriminazione¹⁵⁴.

A tal fine, preliminarmente, va meglio puntualizzato il caso in esame: la fattispecie concreta è quella del soggetto il quale, oltre ad aver accettato la promessa-dazione di danaro, commetta l'atto contrario ai doveri di ufficio consistente nella falsa testimonianza; se, infatti, l'agente – che pur abbia accettato detta promessa-dazione – non ponga in essere la condotta di falsa testimonianza, è chiaro che risulterà applicabile il solo titolo *speciale* di subornazione. Nel caso in cui all’“accettazione” dell'utilità segua il “mendacio”, invece, si pone effettivamente un problema di rapporti tra la fattispecie di corruzione in atti giudiziari (in combinazione con l'art. 321 c.p.) ed il delitto di falsa testimonianza.

Ora, rilevato che il testimone non può rendersi soggetto attivo di alcun delitto proprio dei pubblici ufficiali, in quanto l'unica possibilità che egli ha di abusare del proprio ufficio è quella di realizzare una falsa testimonianza, ciò che sul piano normativo va qui rimarcato è che, appunto, la fattispecie di subornazione è ipotesi *speciale* rispetto alla corruzione attiva in atti giudiziari¹⁵⁵.

Un'interpretazione teleologicamente orientata del dato normativo sembra condurre, del resto, ad un identico risultato. Il fine di favorire o danneggiare una parte in un processo sembra addirittura connaturato ad ogni caso di su-

¹⁵³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 26.11.2002, p.m. in C. Catalano ed altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 311: “La dazione di denaro ad un falso testimone, finalizzata a far dichiarare il falso in un processo, integra gli estremi del delitto di corruzione in atti giudiziari, che concorre con i delitti di falsa testimonianza e truffa”.

¹⁵⁴ Discusso, infatti, è l'ambito di operatività della norma. Per la giurisprudenza la falsa certificazione rilasciata dal medico penitenziario (Cass. pen., sez. VI, 22.1.2009, Noviello, in *Cass. pen.*, 2010, 1504) come l'attività dei diversi soggetti del processo fallimentare (Cass. pen., sez. VI, 28.2.2005, Buccarini, in *Cass. pen.*, 2006, 2146) integrano l’“atto giudiziario” penalmente rilevante; recentemente Cass. pen., sez. VI, 19.6.2012, F.G. ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 1, 79 s., ha affermato che “deve considerarsi atto giudiziario, non soltanto l'atto del giudice, bensì l'atto funzionale ad un procedimento giudiziario”. In dottrina accoglie una nozione “ampia” di attività giudiziaria S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 226. Ritiene, invece, che la menzione dei soli processi “civile, penale ed amministrativo” sia tassativa M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 209.

¹⁵⁵ Cfr. per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 227.

bordinazione, risultando neppure prospettabile una induzione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 371 *bis*, 372 e 373 c.p. che non tenda a favorire o danneggiare una parte¹⁵⁶.

Ciò che, tuttavia, appare risolutivo in argomento è il rilievo che nella nozione di “atti giudiziari” possono essere annoverati in via esclusiva gli atti costituenti esercizio della funzione giudiziaria, qualora commessi “per favorire o danneggiare una parte del processo”. È l’operatività, in altri termini, delle specifiche attribuzioni del giudice a costituire l’oggetto dell’attività giudiziaria penalmente rilevante nello schema dell’art. 319 *ter* c.p.: l’autonomia dell’incriminazione del reato, si giustifica solo per il particolare disvalore e la maggiore riprovevolezza di rapporti corruttivi nell’espletamento della funzione giudiziaria, funzione di rilevanza costituzionale.

4. Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.)

Art. 319 quater: “1. 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 promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi.”*

2. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”.

4.1. La condotta di induzione e l’oggetto di tutela

La novella del 2012 – come detto – scindendo i due comportamenti (costrizione-induzione), originariamente costitutivi del delitto di concussione, fa scattare la punibilità del privato “indotto”, così trasferendo la condotta induttiva nell’area dei delitti di corruzione. La nuova fattispecie, infatti, non può più appartenere alla sfera della concussione: la previsione della punibilità di chi dà o promette, colloca appunto il nuovo delitto nell’orbita degli scambi corruttivi (sebbene la clausola di riserva rischi di perdere significato, dal momento che con la novella del 2015 l’induzione indebita a dare o promettere è, nel massimo edittale, punita più gravemente della corruzione propria).

Il reato, là dove sancisce la responsabilità dell’*intraneus*-induttore, presenta formulazione identica alla disposizione previgente. La punibilità del comportamento tenuto dall’*extraneus*-indotto pone oggi, tuttavia, il problema della rilevanza penale o meno della “induzione in errore”.

Nel vigore della precedente disciplina in dottrina e giurisprudenza era discussa l’interpretazione del termine “induce”.

¹⁵⁶ Cfr. B. ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, Milano, 1993, 165 s.; A. MACCHIA, *Subornare non vuol dire corrompere. La promessa di denaro ai testi rientra nell’art. 377 c.p.*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 9, 11 s.

* Limite massimo edittale modificato dalla l. n. 69/2015.

Per alcuni stava per “induzione in errore”¹⁵⁷, lettura in linea con la scelta del legislatore del '30 di unificare in un'unica fattispecie incriminatrice le due diverse figure di reato del codice Zanardelli. Per altri, tesi questa prevalente, l'induzione sarebbe consistita non solo nell'ingannare, ma anche nel “convincere” – condotta questa meno “aggressiva” della costrizione, ma ad essa omogenea – quale coazione implicita, subdola persuasione che, suggestionando il soggetto passivo o ispirandogli timore, ne forza la volontà, così da ottenere il medesimo risultato: la dazione o la promessa del denaro o dell'utilità¹⁵⁸. Tesi quest'ultima che – almeno per il “convincere” – accoglieva, dunque, quel significato ampio di induzione che, nel passaggio dal codice previgente all'attuale, la dottrina penalistica aveva fatto proprio per allineare il disvalore della induzione a quello della costrizione.

Ora, tuttavia, il problema stava nello stabilire se, accanto ai mezzi di persuasione (suggerzioni, allusioni suscettive di “pressare” l'interlocutore), fossero alla pari con la “costrizione” anche i “mezzi artificiosi”, quelli cioè che mediante l'inganno determinano in errore il privato¹⁵⁹.

Una volta configurato il delitto di induzione indebita a dare o promettere quale reato a concorso necessario (in argomento, più diffusamente, *infra* § 8.4), così da risultare punibile anche il privato, appare fondato affermare che l'induzione in errore individua oggi una condotta *atipica*: in simile ipotesi, invero, l'indotto in errore non può essere chiamato a rispondere del fatto realizzato dall'*intraneus*, in quanto difetta in lui – per definizione – il dolo di partecipazione; al pubblico agente, diversamente, dovrà addebitarsi il reato di truffa aggravata.

¹⁵⁷ Cfr., per tutti, in tal senso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 122 s.

¹⁵⁸ Cfr., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, XV ed., Milano, 2008, 336.

¹⁵⁹ Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 106.

Nella prima edizione del presente volume il quesito veniva così risolto: “Ad una risposta negativa al quesito già conducono: il significato storicamente accreditato di induzione; il dato – difficilmente superabile sul piano della tipicità – che la norma parla di induzione e non di induzione in errore, come il rilievo che l'induzione ‘*tout court*’, sul piano semantico, sta per orientamento-determinazione ed agisce sulla volontà (al pari della costrizione), non già sull'intelletto, sul quadro conoscitivo della vittima (come, invece, avviene nell'errore); la considerazione che, ragionando diversamente, si finisce per far coincidere – equiparando l'induzione in errore alla costrizione – due fatti-reato, concussione e truffa aggravata *ex art.* 61, n. 9, c.p., che presentano un ben differente disvalore, come dimostra il sensibilmente diverso trattamento sanzionatorio. Ciò che, tuttavia, appare risolutivo in argomento è la circostanza che per la struttura tipica della fattispecie il soggetto passivo deve avere la consapevolezza (in ciò, del resto, risiede la limitazione della libertà di determinazione) di dare o promettere il ‘non dovuto’. La vittima agisce, cioè, motivato dalla condotta abusiva posta in essere nei suoi riguardi e sia nel caso della costrizione sia in quello della induzione si determina a offrire all'agente l'‘indebito’, in quanto consapevole del sopruso (e non offre ciò che ritiene dovuto, in quanto indotto in errore)”.

In dottrina, sulla nozione di induzione, v. di recente D. PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'“induzione” come forma di concorso e “condotta-evento” del reato*, Napoli, 2013.

Sulla attuale, problematica, portata della nozione di induzione v. *infra* § 8.3.3.

Circa la linea di confine tra il delitto in esame e le forme tradizionali di corruzione (artt. 318 e 319), presentando il primo formulazione identica (sebbene contratta) al previgente delitto di concussione, essa potrà tuttora essere tracciata sulla base degli argomenti utilizzati per distinguere le ipotesi concussive da quelle corruttive; argomenti svolti più avanti, cui si rinvia (*infra*, § 8.3.3.)¹⁶⁰.

Oggetto della tutela sono il buon andamento e l'imparzialità della P.A., offesi dall'accordo illecito raggiunto dal pubblico agente col privato a fini di vantaggio personale o di terzi.

Potrà rivestire la qualità di soggetto attivo sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio, e postulando il tipo legale l'attualità della qualità e dei poteri di cui si abusa per indurre, il disposto dell'art. 360 non trova applicazione.

4.2. L'abuso della qualità o dei poteri

Secondo il tipo legale il pubblico agente può abusare sia della "qualità" che dei "poteri"; le due forme sono, infatti, del tutto fungibili. L'abuso c.d. soggettivo consiste nell'avvalersi del proprio *status*, della personale posizione giuridica nell'ambito della P.A. per costringere od indurre taluno alla dazione o promessa non dovuta; l'abuso c.d. oggettivo si concreta nell'indebito esercizio (o mancato esercizio) dei poteri inerenti all'ufficio od al servizio¹⁶¹.

Nella struttura della fattispecie l'"abuso" riveste un ruolo *centrale* ed autonomo, dal momento che costrizione ed induzione sono in rapporto di causa ad effetto con esso. La "pressione" sul soggetto passivo che sia del tutto scollegata dalla funzione o dal servizio potrà integrare una diversa fattispecie (ad es., un'estorsione), ma non il delitto di concussione; e ciò, del resto,

¹⁶⁰ Cass. pen., sez. VI, 13.10.2016, n. 52321, in *Cass. pen.*, 2017, 2790 s. (con osservazioni di B. Rossi), ha inteso statuire: "Per distinguere il reato di corruzione da quello di induzione indebita a dare o promettere utilità, l'iniziativa assunta dal pubblico ufficiale pur potendo costituire un indice sintomatico dell'induzione, non assume una valenza decisiva ai fini dell'esclusione della fattispecie di corruzione, in quanto il requisito che caratterizza l'induzione indebita è la condotta prevaricatrice del funzionario pubblico, cui consegue una condizione di soggezione psicologica del privato".

¹⁶¹ L'abuso dei poteri può realizzarsi anche in forma omissiva; l'abuso della qualità può consistere, invece, anche in un mero *non facere*.

Sulle nozioni di "abuso della qualità" ed "abuso di potere" si è, di recente, espressa Cass. pen., sez. VI, 19.1.2010, Logatto, in *Guida dir.*, 2010, n. 38, 91: "Ai fini della configurabilità della concussione, ricorre l'abuso soggettivo della 'qualità', nel caso in cui l'agente compia atti che esulano dalla sua competenza funzionale o territoriale e faccia valere la sua qualità soggettiva, a prescindere dall'esercizio dei poteri a questa corrispondenti, per conseguire lo scopo illecito. Ricorre, invece, l'abuso dei 'poteri funzionali', quando l'agente vada oltre le sue prerogative e persegua finalità estranee all'interesse pubblico, la cui tutela non può non avere di mira anche la posizione soggettiva del singolo individuo, che non deve essere pregiudicata da decisioni affrettate, scarsamente meditate e non in sintonia con le linee guida dell'attività amministrativa".

come detto, anche nell'ottica della concezione oggettiva delle qualifiche soggettive¹⁶².

L'abuso dei poteri può concernere un qualsiasi atto inteso in senso ampio, la frazione di un *iter* amministrativo complesso come un comportamento materiale, e consisterà nel compimento di un atto illegittimo, nell'omissione di un atto doveroso ovvero nell'esercizio di un potere – seppure al pubblico agente conferito – con modalità non consentite. Del resto, l'abuso è suscettivo di concretizzarsi nelle particolari modalità con le quali il potere è esercitato ovvero si minaccia di esercitarlo. È il carattere odioso ed intimidatorio della condotta dell'agente a sostanziare il momento *centrale* (l'abuso) della fattispecie incriminatrice.

4.3. Dazione o promessa "indebita"

"Promettere" sta per assumere l'impegno di una prestazione futura, estendendolo, in qualche modo. L'espressione "altra utilità", contrapposta al denaro, vale a chiarire che oggetto della condotta costitutiva possono essere non solo utilità economiche, ma anche vantaggi morali.

La dazione o la promessa devono materializzarsi "indebitamente"; ove il denaro o l'utilità siano dovuti, non si realizzerà il tipo legale.

4.4. Dolo. Momento consumativo e tentativo

Il dolo è generico e consiste da parte del pubblico agente nella rappresentazione e volontà di abusare della qualità o dei poteri ed in tal modo di indurre il privato a dare o promettere denaro od altra utilità. Anche l'*extraneus* agisce nella consapevolezza del carattere indebito della dazione-promessa e, dunque, in materia rileva l'errore sul fatto come sulla legge extra-penale.

La induzione indebita si consuma con la dazione o la promessa. Anche in materia si porrà il problema se il momento consumativo del reato si "sposti in avanti", allorché alla promessa segua la dazione. Il tema è stato già affrontato nello studio dei delitti di corruzione, cui si rinvia.

La giurisprudenza ha di recente ritenuto la configurabilità del tentativo collo statuire: "La qualificazione di induzione indebita della condotta abusiva di pressione psicologica del pubblico ufficiale che non attinge la soglia della minaccia, non seguita da una promessa o dazione di denaro o di utilità da parte dell'*extraneus*, non implica la necessità di accertare l'ulteriore requisito costituito dal perseguimento di un indebito vantaggio da parte del privato, elemento che sebbene assume il ruolo di "criterio di essenza" della fattispecie indut-

¹⁶² Cfr. Cass. pen., sez. VI, 20.11.2002, Filippi ed altro, in *Cass. pen.*, 2005, 1246 secondo cui "ai fini della configurabilità del reato di concussione, il *metus publicae potestatis* deve consistere non nella generica posizione di supremazia, sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale, ma bensì nel concreto abuso della propria qualità o funzione, abuso che abbia costretto o indotto il privato alla indebita promessa o dazione. È necessario cioè che la dazione sia collegata ad una pressione connessa alla funzione esercitata".

tiva, ben può essere assente qualora questa si configuri nella forma tentata ai sensi degli artt. 56-319 *quater*, comma 1, c.p.”¹⁶³.

4.5. *La responsabilità amministrativa di enti, società od associazioni.* *Pena accessoria*

Il delitto di induzione indebita è stato inserito nel sistema della responsabilità da reato degli enti.

L'ultima modifica dell'art. 317 *bis* c.p. estende anche al reato in esame la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Le pene accessorie della incapacità a contrattare con la P.A. (art. 32 *quater* c.p.) e dell'estinzione del rapporto di lavoro e di pubblico impiego (art. 32 *quinquies* c.p.) sono, invece, applicabili alla fattispecie in discorso.

5. *Il nuovo delitto di traffico di influenze illecite*

Art. 346 *bis* c.p.: “1. *Chiunque fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi.*

2. *La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità.*

3. *La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.*

4. *Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio”.*

5. *Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita”*.*

Tra le innovazioni approntate dalla novella del 2019 spicca la riforma del delitto di traffico di influenze illecite introdotto dalla l. n. 190/2012; se ne è inteso, infatti, ampliare sensibilmente la sfera di applicazione e rafforzarne l'apparato sanzionatorio.

Come correttamente osservato, una volta di più allo scopo di potenziare l'azione di contrasto al “fenomeno corruttivo di tipo politico-affaristico o, si-

¹⁶³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11.4.2014, n. 32246, in *Cass. pen.*, 2014, 4088.

*Nuova formulazione della norma appronta dalla legge cd. “Spazzacorrotti”.

stemico, in cui l'intesa corruttiva si realizza grazie alla figura del mediatore senza che corrotto e corruttore entrino in contatto direttamente", piuttosto che delineare, preventivamente la disciplina extrapenale del c.d. lobbismo¹⁶⁴, si è puntato "ancora una volta tutto sulla disciplina penale giungendo alla costruzione di una (mini-)macro-fattispecie incriminatrice di traffico di influenze illecite dai confini sempre più incerti e sempre meno espressione di un tipo criminoso omogeneo, munita di un apparato sanzionatorio ai limiti della ragionevolezza¹⁶⁵.

Nel 2012 si era inteso "staccare" la nuova norma dalla figura del millantato credito (cui certa giurisprudenza aveva riportato anche la vendita di entrate non inesistenti), previsione nella quale il destinatario della millanteria non risponde penalmente; e la si era avvicinata alla disciplina della corruzione, quale scambio fra soggetti entrambi responsabili. Per tale via si era venuti ad estendere la tutela penale all'area prodromica al delitto di corruzione.

Il delitto in esame tendeva e tende a contrastare il comportamento di chi, avendo relazioni con un soggetto pubblico e sfruttandole, si fa dare o promettere – evidentemente, al di fuori dei casi di concorso nei delitti di corruzione propria o in atti giudiziari – denaro od altro vantaggio, come prezzo della propria mediazione illecita verso tale soggetto pubblico ovvero per remunerarlo in relazione ad un atto contrario ai doveri di ufficio.

Una fattispecie, quella in esame, che ipotizza in termini *reali*, cioè che il millantato credito prospettava in termini simulati.

La sensibile anticipazione dell'intervento penale rende del tutto vago, al di là della collocazione sistematica della norma, il contenuto dell'offesa, di certo non individuabile nella lesione dei beni del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione. Norma atteggiandosi a delitto-ostacolo, su-

La formulazione dell'art. 346 bis introdotto dalla novella del 2012 era del seguente tenore:

1. *Chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni.*

2. *La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale.*

3. *La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.*

4. *Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.*

5. *Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita".*

¹⁶⁴ P. SEVERINO, *Senza norme sul lobbismo difficile da abbattere l'illegalità*, in *Dir. pen. contemp.*, 21.6.2018. Sul tema v. l'ampia e recente trattazione di R. ALAGNA, *Lobbing e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018.

¹⁶⁵ F. CINGARI, *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l'incerto destino del millantato credito*, in *Dir. pen. processo*, 2019, 749 s. V. anche F. MAZZA, *Il delitto di traffico di influenze illecite: profili critici*, in *Giust. pen.*, 2016, II, 695 s.

scettivo di sanzionare atti meramente preparatori rispetto alle vere e proprie condotte corruttive¹⁶⁶. E disposizione che rivelava, e rivela, peraltro, gravi carenze *sub specie* precisione-determinatezza del precetto: in cosa consistenti e come accertabili le “relazioni esistenti”? Quali, appunto, i criteri di determinazione della illiceità della mediazione in difetto di indicazioni normative? Muovendo, peraltro, dal dato che è impossibile ed impensabile proibire la prassi della c.d. raccomandazione.

Colla recente novella l’“inasprimento” sanzionatorio ha riguardato il limite massimo della pena (da tre anni a quattro anni e sei mesi di reclusione) e le pene accessorie della interdizione dai pubblici uffici e dell’incapacità di contrattare con la P.A. (artt. 32 *quater*, 317 *bis*, 166 c.p.); ma anche l’inserimento della disposizione nell’ambito dei reati che comportano la responsabilità dell’ente.

Sotto il profilo della struttura della norma incriminatrice l’ampliamento della sfera di operatività è stato perseguito:

- coll’abrogare la fattispecie di millantato credito (art. 346 c.p.) e col “liberare” la norma in esame dal requisito implicito della necessaria idoneità della influenza venduta ad incidere effettivamente sul pubblico agente; così da pervenire al risultato – quanto meno sperato¹⁶⁷ – di punire sia il mediatore che il committente della mediazione a prescindere dalla reale capacità del primo di influenzare il pubblico agente;

- coll’attribuire rilevanza anche alle condotte finalizzate ad una corruzione per l’esercizio della funzione ed alla relativa remunerazione, così che assumerebbe rilevanza pure il traffico di influenze c.d. gratuito;

- coll’ampliare l’ambito della prestazione del committente a “qualsiasi utilità” e non più soltanto a vantaggi di carattere patrimoniale;

- coll’inserire i pubblici agenti internazionali di cui all’art. 322 *bis* c.p. tra i destinatari dell’influenza illecita.

Per tale via si è dato vita – come è agevole intendere – ad una norma incriminatrice “davvero problematica sul versante dei principi di garanzia, in quanto ancora più indeterminata e disomogenea di quella elaborata dalla legge n. 90 del 2012”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 11.2.2013, n. 11808, in *Cass. pen.*, 2013, 2639 ha ritenuto che “il delitto di traffico di influenze di cui all’art. 346-*bis* c.p., così come introdotto dall’art. 1, comma 75, della l. n. 190 del 2012, è una fattispecie che punisce un comportamento prope-deutico alla commissione di una eventuale corruzione e non è, quindi, ipotizzabile quando sia già stato accertato un rapporto, alterato e non partitario, fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato”.

¹⁶⁷ Critico al riguardo M. GAMBARELLA, *op. cit.*, 71 s.

¹⁶⁸ Così F. CINGARI, *op. cit.*, 754. Dello stesso autore sull’applicabilità della norma in esame alle influenze dirette a condizionare l’esercizio delle funzioni parlamentari, v. *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione ed influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2017, 176 s.

6. Istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.)

Art. 322. Istigazione alla corruzione: “Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'art. 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'art. 319”.

Con la riforma del '90 sono stati introdotti i commi 3 e 4 della disposizione in esame¹⁶⁹, che sanciscono la rilevanza penale anche del tentativo unilaterale del p.u. o dell'i.p.s. Dunque, la disposizione è del tutto simmetrica agli artt. 318 e 319 c.p.: le istigazioni concernono le corruzioni “improprie” e “proprie”; l'istigazione del privato alla corruzione passiva, anche se propria, rileva solo se “antecedente” e ciò vale anche per il pubblico ufficiale in ragione della sostanziale parificazione del trattamento sanzionatorio dei concorrenti necessari¹⁷⁰; in altri termini, sono irrilevanti i tentativi unilaterali di corruzione susseguente.

La riforma del 2012 per la punibilità dell'incaricato di pubblico servizio, nelle ipotesi di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318), elimina il requisito che l'agente rivesta al contempo la qualità di pubblico impiegato. Si è, dunque, in presenza *in parte qua* di una nuova incriminazione e varrà la disciplina dell'art. 2 c.p.

Il termine “istigazione” non sta per concorso morale nel reato (peraltro, l'istigazione non seguita dalla commissione del reato, ai sensi dell'art. 115 c.p., esclude di regola la punibilità); nello schema dell'art. 322 c.p. l'istigazione in-

¹⁶⁹ La norma nel testo originario così recitava: “Chiunque offre o promette denaro od altra utilità, come retribuzione non dovuta, a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che rivesta la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto dell'ufficio o servizio, soggiace, qualora la offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nella prima parte dell'art. 318, ridotta di un terzo. Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio a omettere o a ritardare un atto dell'ufficio o servizio, ovvero a fare un atto contrario ai propri doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nella prima parte dell'articolo 319, ridotta di un terzo”.

¹⁷⁰ Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 228 s.

dividua la condotta costitutiva di un'autonoma figura di reato.

Le istigazioni dell'art. 322 c.p. – che, se accolte, danno vita, e nella forma consumata, al reato plurisoggettivo (nell'art. 115, invece, l'accoglimento dell'istigazione non è sufficiente, dovendo risultare commesso il delitto) – costituiscono dei “tentativi individuali” di corruzione; forme speciali di tentativo non solo per il più grave trattamento sanzionatorio rispetto a quello previsto dall'art. 56 c.p., ma per l'autonomia della previsione che dà rilievo alla condotta unilaterale sebbene propria di forme bilaterali¹⁷¹.

Il dolo, sia nella istigazione alla corruzione attiva che in quella alla corruzione passiva, è specifico. Anche alla luce di ciò – risultando del tutto irragionevole una ulteriore anticipazione della tutela – non è ammissibile il tentativo di un'ipotesi speciale di tentativo quale l'istigazione alla corruzione.

L'art. 322 c.p. non opera alcun riferimento all'art. 319 *ter*; trattandosi – come detto – di fattispecie autonoma di reato, alla corruzione in atti giudiziari non saranno estensibili le forme di istigazione qui descritte.

7. La responsabilità amministrativa di enti, società ed associazioni. Pena accessoria

Per i delitti di corruzione in genere, comprese le istigazioni alla corruzione, è prevista anche la responsabilità amministrativa dell'ente, società ed associazione nel cui interesse o a cui vantaggio sia stato commesso il reato.

Le pene accessorie della interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrattare con la P.A. in perpetuo (art. 317 *bis* c.p.) “scattano” con la condanna per uno di tali delitti salvo che la stessa non sia superiore a due anni ovvero ricorra l'attenuante di cui all'art. 323-*bis* c.p.

¹⁷¹ In tema di condotta di istigazione v. Cass. pen., sez. VI, 25.1.2013, Fabbri, in *Guida dir.*, 2013, n. 31, 82, che così la differenzia dal tentativo di concussione: “Nel caso di una richiesta, anche reiterata, di denaro da parte del pubblico ufficiale, che venga comunque rifiutata dal privato, non ricorre il reato di concussione, neppure nella forma del tentativo, ma è configurabile quello di istigazione alla corruzione, previsto dall'articolo 332, comma 4, del c.p., quando difettino gli elementi della costrizione o dell'induzione nei confronti del privato, prodotta dal pubblico ufficiale con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri. A tal fine deve trattarsi di una richiesta avanzata senza una particolare insistenza, all'interno di un rapporto che la vicenda storico-fattuale consenta di ritenere concretamente caratterizzato da una totale parità di posizioni tra i soggetti che vi prendono parte, e oggettivamente diretto al mercimonio dei pubblici poteri: al privato, in sostanza, viene prospettato, su basi paritarie, un semplice scambio di favori, nell'assenza di ogni tipo di minaccia, diretta o indiretta, e soprattutto nell'assenza di ogni, ulteriore abuso della qualità o dei poteri. Per l'effetto, sarà invece ravvisabile il tentativo di concussione ogni qual volta la condotta del pubblico ufficiale sia astrattamente idonea a determinare uno stato di soggezione, anche se poi – per la particolare resistenza o forza del soggetto passivo – tale risultato non si produca”.

8. La concussione (art. 317 c.p.)

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni *.

8.1. L'evoluzione normativa della fattispecie. L'oggetto di tutela

Come visto, l'art. 317 c.p. di recente novellato è la risultante della scissione della condotta di "costrizione", attualmente unica forma di agire costitutiva del delitto di concussione, e della condotta di "induzione", comportamento che oggi va ad integrare il modello legale di cui all'art. 319 *quater* c.p.

Le modifiche apportate con la riforma del '90, invero, non avevano inciso sulla struttura della fattispecie incriminatrice e, oltre alla soppressione della pena pecuniaria, avevano interessato la soggettività del reato: accanto al pubblico ufficiale si era, infatti, inserito l'incaricato di pubblico servizio e, di conseguenza, quale possibile oggetto dell'abuso, il termine "funzioni" era stato sostituito da quello più comprensivo di "poteri"¹⁷².

Va ricordato che il codice Zanardelli prevedeva, con due autonome disposizioni, due figure delittuose di diversa gravità: la concussione per costrizione (c.d. *violenta*) punita con reclusione da tre a dieci anni; la concussione per induzione (c.d. *fraudolenta*), unitamente alla concussione c.d. *negativa* (il p.u. che riceve denaro od altra utilità "giovandosi soltanto dell'errore altrui"), punita con la reclusione da uno a cinque anni. Innovando in profondità, il codice Rocco collocava in un'unica norma, equiparandole sotto il profilo sanzionatorio, concussione per costrizione e concussione per induzione, e – come visto – configurava come un'ipotesi particolare di peculato la "vecchia" concussione con approfittamento dell'altrui stato di errore¹⁷³.

Oggetto della tutela sono, innanzitutto, il buon andamento e l'imparzialità della P.A., "aggrediti" dall'abuso della qualità ovvero dei poteri posto in essere dal soggetto agente a fini di vantaggio personale o di terzi; ma, altresì, la libertà di determinazione del soggetto passivo "piegata" (dalla condotta prevaricatrice) al compimento di un atto pregiudizievole. Dunque, il reato presenta natura plurioffensiva.

Soggetti passivi del reato, in ragione della natura plurioffensiva, sono sia la P.A. sia la persona – che ben può essere un pubblico funzionario – destinataria della prevaricazione.

* Articolo così modificato dalla l. n. 69/2015.

¹⁷² La norma risultante dalla riforma del 1990 così disponeva: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni".

¹⁷³ La formulazione codicistica originaria era la seguente: "Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o delle sue funzioni, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa non inferiore a lire centoventimila ...".

8.2. I soggetti attivi

Soggetti attivi della concussione con la novella del 2015 tornano ad essere sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio. La scelta operata con la riforma del 2012 che, col riproporre la originaria formulazione codicistica, aveva ritenuto il solo pubblico ufficiale in grado di ingenerare il *metus publicae potestatis*¹⁷⁴, aveva infatti suscitato numerose perplessità in dottrina¹⁷⁵. Come fondatamente rilevato, “in seguito alla progressiva dilatazione giurisprudenziale della categoria degli incaricati di un pubblico servizio, correlata alla privatizzazione di rilevanti enti economici, risulta insostenibile l'idea di un *metus* legato esclusivamente ai poteri coercitivi propri della pubblica funzione”¹⁷⁶.

Il reato in esame, peraltro, potrà essere commesso anche dal “funzionario di fatto”, cioè, da colui che assume una qualifica pubblicistica, consentendo di imputare alla P.A. gli atti da lui compiuti, nonostante la invalidità o l'inefficacia di un formale atto di investitura o, addirittura, in mancanza di esso. Considerato organo dei pubblici poteri, il funzionario di fatto dovrà rispettare i canoni dell'azione pubblica¹⁷⁷.

Diversamente, non potrà essere ritenuto soggetto attivo del delitto di concussione – come, più in generale, di ogni reato che richieda una qualifica pubblicistica – l'“usurpatore di pubbliche funzioni”. Il carattere illecito dell'esercizio del potere non consente di imputare alla P.A. gli atti da lui compiuti e, dunque, la sua condotta non è suscettiva di coinvolgere interessi pubblici.

Per il delitto di concussione il d.lgs. n. 231/2001 prevede, accanto alla responsabilità penale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, la responsabilità amministrativa da reato dell'ente, società od associazione nel cui interesse o a cui vantaggio il reato sia stato commesso.

Pure in tal caso, dal momento che il tipo legale postula l'attualità della qualità e dei poteri di cui si abusa per costringere, il disposto dell'art. 360 c.p. non trova applicazione.

8.3. L'elemento oggettivo del reato

8.3.1. L'abuso dei poteri o della qualità

Come esattamente si è inteso rilevare, la specificità del delitto di concussione – “nel suo carico di odiosità espresso dalla cornice di pena edittale, che

¹⁷⁴ In tal senso, P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 8: “... Avuto riguardo, in particolare, alla costrizione è il solo pubblico ufficiale, in virtù dei suoi poteri tipici, in grado di determinare in capo al privato il *metus publicae potestatis*”.

¹⁷⁵ G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.

¹⁷⁶ S. SEMINARA, *op. cit.*, 388.

¹⁷⁷ E. DE MARTINO, *Il delitto di concussione*, in *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 50.

lo rende il delitto più grave tra quelli commissibili dai pubblici agenti”¹⁷⁸ – risiede nel fatto che la soccombenza della vittima, posta dinanzi al pubblico potere, è il risultato di un “abuso funzionale” individuante una “costrizione”.

Così formulando lo schema tipico del fatto-reato, non si è infatti inteso solo descrivere una modalità della condotta – “tanto che sarebbe bastato il richiamo alla qualità dell’agente nonché il riferimento all’indebito”¹⁷⁹, ma rimarcare il dato che non v’è concussione se la costrizione non sia la risultante diretta dell’abuso: l’abuso deve costituire il tramite indefettibile per ottenere la dazione o la promessa¹⁸⁰. Non è sufficiente, per lo stesso tenore letterale della norma, costringere taluno ad una promessa o dazione indebita; è, invece, imprescindibile che ciò avvenga con “l’abuso della qualità o dei poteri” dell’agente.

L’abuso in definitiva, è il carattere qualificante dell’unitaria condotta criminosa; come acutamente è stato osservato, “abuso e costrizione non sono condotte distinte, quasi che l’abuso causasse la costrizione o comunque le si contrapponesse. L’abuso serve a specificare il concetto di costrizione, nel senso che solo quella particolare costrizione, la quale prospetti alla vittima un male derivante dall’abuso delle funzioni o delle qualità, può integrare il delitto di concussione”¹⁸¹.

Ciò precisato sul piano della struttura della norma incriminatrice, va altresì chiarito che l’abuso va riferito alla qualità o ai poteri di soggetti aventi “effettiva” qualifica pubblicistica, sebbene non sia richiesta una “formale investitura”. In tal senso non potrà rispondere a titolo di concussione, ma eventualmente di estorsione, l’usurpatore di pubbliche funzioni; mentre ben potrà risponderne il c.d. funzionario di fatto.

L’“abuso della qualità” è ravvisabile, in via di prima approssimazione, nella strumentalizzazione della posizione di preminenza ricoperta dal pubblico agente nei confronti del privato. “Abusare della propria qualità” consiste nella condotta, attiva o passiva, di chi – sfruttando, in modo arbitrario, la qualità medesima, alla quale sono ricollegati i poteri attribuiti¹⁸² – persegue il fine immediato di costringere taluno all’indebito, “facendo pesare” la condizione-posizione rivestita. Escluso, in definitiva, il semplice sfoggio del possesso della qualità, la nota caratterizzante dell’abuso di essa risiede “nelle modalità attraverso cui la pubblica funzione viene fatta “pesare” così da far sorgere nel privato rappresentazioni costrittive di prestazioni non dovute”¹⁸³.

La novella del 1990 è intervenuta sulla formulazione della norma incriminatrice, sostituendo la originaria locuzione “abuso delle funzioni” con quella

¹⁷⁸ S. SEMINARA, *op. cit.*, 390.

¹⁷⁹ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 58.

¹⁸⁰ G. CONTENTO, *La concussione*, Bari, 1970, 45 s.

¹⁸¹ A. PAGLIARO, *op. cit.*, 120.

¹⁸² Così E. DE MARTINO, *op. cit.*, 60. Esclude, invece, la necessità di una correlazione tra qualità ed atti dell’ufficio ovvero la “possibilità implicita” di un esercizio dei poteri, M. CATENACCI, *op. cit.*, 61.

¹⁸³ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 62.

più comprensiva “abuso di poteri”. Intervento modificativo – com’è comprensibile – dettato dalla necessità di raccordare la descrizione dell’elemento materiale del reato all’estensione della incriminazione all’incaricato di pubblico servizio, agente pubblico rispetto al quale è più corretto parlare di poteri piuttosto che di funzioni.

L’“abuso di potere” si sostanzia nell’esercizio della funzione in modo obiettivamente illecito, per uno scopo diverso da quello per cui il potere è stato conferito; detto diversamente, in un comportamento illuminato da uno scopo esorbitante la causa tipica, in quanto in violazione della legalità, dell’imparzialità e del buon andamento dell’agire amministrativo.

Fonte di discussione, in tema di abuso di potere, è il caso in cui l’agente pubblico, ancorché al fine di conseguire uno scopo illecito, paventi al soggetto passivo il ricorso (nelle forme richieste dall’ordinamento) ad un potere o ad un atto legittimo.

Giurisprudenza e parte della dottrina, soprattutto tradizionale, riconosce invece la sussistenza dell’abuso e, dunque, la configurabilità del delitto di concussione, anche nei casi di attività lecita, ma strumentalizzata per scopi illeciti. Si rileva, invero, in tal senso che in simili ipotesi, l’attività non corrisponde più alla funzione tipica di realizzazione delle finalità proprie della amministrazione pubblica¹⁸⁴.

Per la prevalente dottrina ad integrare l’abuso non è sufficiente il mero indirizzarsi della volontà dell’agente pubblico verso uno scopo illecito, necessitando anche l’oggettiva “ingiustizia” del potere di cui si minaccia l’uso; con la conseguenza che “vessazioni” aventi ad oggetto l’esercizio di poteri legittimi andrebbero eventualmente sanzionate a titolo di corruzione¹⁸⁵.

Sempre con riguardo all’“abuso di potere” è discussa anche l’ipotesi in cui l’agente, pur rivestito della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, abbia però prospettato il ricorso a poteri che non rientrano nelle sue attribuzioni, così che in ordine al male minacciato egli risulti privo della relativa competenza. La giurisprudenza non approfondisce la tematica, ritenendo in buona sostanza che già la indebita “esaltazione” del ruolo di depositario di pubblici poteri sia suscettiva di integrare lo schema tipico dell’art. 317 c.p. In definitiva, si finisce per scambiare l’abuso di potere con un malinteso abuso della qualità (c.d. abuso soggettivo), il quale presupporrebbe sempre la

¹⁸⁴ Per tutti, M. ROMANO, *op. cit.*, 104. Rileva al riguardo M. CATENACCI, *op. cit.*, 62: “... è evidente che, nei casi appena richiamati, di concussione non può certo parlarsi proprio perché, per quanto indubbiamente “vessato”, il soggetto che subisce l’iniziativa del p.u./i.p.s., grazie al fatto che quest’ultimo si astiene dal compiere un atto a lui pregiudizievole, finisce al contrario con l’avvantaggiarsi rispetto alla generalità dei cittadini e dunque col creare una disparità, per così dire, a *contrariis*, che ... lo colloca sul terreno tipico della corruzione”.

¹⁸⁵ In argomento v. E. DE MARTINO, *op. cit.*, 66 s.; Cass. pen., sez. VI, 30.5.2017, n. 35901, in *Cass. pen.*, 2018, 544: “Nel delitto di concussione rientra nell’abuso dei poteri da parte del soggetto agente anche l’atto che, pur formalmente legittimo, sia tuttavia posto in essere quale mezzo per conseguire fini illeciti, in violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (Fattispecie in cui l’abuso è stato individuato nella minaccia di revoca di deleghe ad un assessore da parte del Sindaco)”.

mancanza della competenza del pubblico funzionario a compiere una data attività.

La dottrina, dal canto suo, assume una posizione più meditata e corretta col rilevare che così argomentando si viene a svuotare il concetto stesso di “abuso” – che per sua stessa natura presuppone l’esistenza di un potere legittimamente esercitabile – confondendolo con la condotta di mera intimidazione. Soluzione preferibile – rileva Catenacci – in quanto maggiormente in linea col principio di tassatività, è l’opposta: “non vi è dubbio infatti che l’ab-uso’ (cioè l’uso abnorme) di un potere, ha come presupposto logico-giuridico l’uso’ dello stesso, vale a dire la possibilità da parte dell’agente di disporre di quel potere; ed in questo senso a noi pare fuor di dubbio che, nell’esigere che la concussione si realizzi attraverso l’abuso dei poteri’ da parte del p.u/i.p.s., l’art. 317 c.p. limiti il proprio ambito di operatività alle sole ipotesi in cui l’agente abbia effettiva competenza sui (e dunque il dominio dei) poteri cui minaccia di far ricorso”¹⁸⁶.

8.3.2. La condotta di costrizione

Con la novella del 2012 si è, dunque, inteso restringere alla sola “costrizione” la condotta prevaricatrice del pubblico agente che determina alla promessa o dazione indebita la vittima.

Come affermato, non più rilevanti comportamenti “indiretti” o “sfumati”, la “costrizione” in via di prima approssimazione si concreta “in una eterodeterminazione dell’altrui volontà forzando il soggetto a compiere od omettere ... una azione difforme da quella che, altrimenti, sarebbe stata compiuta”¹⁸⁷.

Va comunque da subito chiarito che per “costrizione” deve intendersi la “costrizione psichica relativa” ovvero quella forma di coercizione (non solo psichica, ma anche fisica) che non sia tale da annullare totalmente la volontà del soggetto passivo, ma che si risolva in un’alterazione del processo dell’altrui volere: “obbligare” taluno a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto. La volontà del soggetto costretto non è “annullata”; l’agente senza la collaborazione della vittima non può raggiungere il risultato che si prefigge.

Decifrazione del tipo legale resa meno chiara, peraltro, per la ragione che, a differenza di quanto avviene per i delitti di violenza privata ed estorsione ove si fa espresso riferimento a violenza o minaccia, non è affatto indicato cosa sia insito nel concetto di “costrizione”. È un fatto, tuttavia, che – come detto – la condotta del delitto in esame non è costituita dal mero “costringere”, ma anche dall’“abuso della qualità o dei poteri” e, dunque, sembra fondato affermare che nel delitto di concussione “la violenza e la minaccia rappresentano, *nel contempo*, abuso di qualità o di poteri e mezzo di costrizione, in netta differenziazione con quanto accade in ordine ai reati di rapina od estorsione ove, di converso, la violenza e la minaccia non sono considerate, *ex se*, espres-

¹⁸⁶ M. CATENACCI, *op. cit.*, 63.

¹⁸⁷ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 73 s.

sione dell'abuso, costituendo elementi collegati al più da un nesso di mera occasionalità"¹⁸⁸. In tal senso ove la costrizione, attraverso la violenza ovvero la minaccia, determini il totale annullamento del potere di autodeterminazione della vittima non risulterà integrato il modello legale della concussione, ma si verserà in diverse ipotesi di reato (rapina, estorsione aggravate)¹⁸⁹.

La costrizione del novellato art. 317 c.p. individua, dunque, "un concetto ristretto al nucleo forte della fattispecie previgente: il concusso è pura vittima, a differenza di chi ha ceduto di fronte a una condotta di induzione: è questo, a seguito della riforma, il discrimine divenuto più rilevante e che ridefinisce la struttura del sistema"¹⁹⁰. Costrizione psichica relativa, non assoluta, da non confondere tuttavia con il modello adottato in passato per la c.d. concussione ambientale¹⁹¹.

Ciò che rileva è, in definitiva, il vero e proprio stato di soggezione psicologica (il c.d. *metus*) in cui versa il soggetto passivo; detto diversamente, l'effetto indotto nella vittima dall'abuso della qualità o dei poteri e dal comportamento tenuto dall'agente pubblico. E nel momento in cui ci si collocherà nella prospettiva dell'accertamento del *metus*, come è comprensibile, elemento fondamentale – ai fini della ricostruzione dei termini del rapporto tra i soggetti, attivo e passivo, del reato – sarà in concreto la "finalità" perseguita da quest'ultimo.

8.3.3. Le nozioni di costrizione ed induzione negli indirizzi giurisprudenziali

Il tema della corretta definizione dei concetti di costrizione ed induzione nella prassi ha assunto un particolare rilievo al fine di stabilire se, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., fatti pregressi fossero a seguito della riforma da riqualificare come induzione indebita e, dunque, dovesse essere applicata la norma incriminatrice in successione temporale più favorevole (c.d. *lex mitior*)¹⁹².

Una simile problematica – come appare chiaro – presuppone risolto affermativamente il quesito relativo alla "continuità normativa" dei delitti attualmente previsti agli artt. 317 e 319 *quater*, comma 1, c.p. rispetto alla previsio-

¹⁸⁸ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 77 s., il quale precisa al riguardo: "Giova segnalare, invero, come per il reato di concussione non sia sufficiente una condotta costrittiva, ma occorra che la medesima trovi la sua 'arché' dall'abuso di poteri e qualità e con questo crei una vera e propria sinapsi".

¹⁸⁹ M. CATENACCI, *op. cit.*, 63.

¹⁹⁰ E. DE MARTINO, *op. cit.*, 82. Rileva S. SEMINARA, *op. cit.*, 391 s.: "La separazione delle condotte di costrizione e induzione ... impone dunque una distinzione tra le minacce costrittive e quelle che si limitano a incidere, senza piegarlo, sul processo motivazionale del destinatario ... un'accezione restrittiva del concetto di costrizione, peraltro coerente alla pena editatale. Che da un siffatto approdo derivi il definitivo abbandono dell'orientamento giurisprudenziale che ravvisava l'art. 317 c.p. anche laddove l'abuso del pubblico agente consentiva al privato di evitare il compimento di atti legittimi e diverso, è certamente un bene".

¹⁹¹ In tema di c.d. concussione ambientale nel sistema previgente, Cass. pen., sez. VI, 21, II 2002, Argirò, in *Cass. pen.*, 2005, 1238.

¹⁹² M. GAMBARELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1285 s.

ne del previgente art. 317 c.p.¹⁹³. Ovviamente, il comma 2 dell'art. 319 *quater*, contenendo una nuova incriminazione per il privato che dà o promette denaro o altra utilità, risulterà applicabile solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della novella del 2012.

In argomento, in seno alla (medesima Sezione della) Suprema Corte, si sono formati, all'indomani della riforma, contrastanti indirizzi.

Un primo orientamento ritiene che si abbia concussione per costrizione in presenza di una violenza morale attuata con abuso di qualità o di poteri che si risolva in una minaccia, esplicita od implicita, di un male ingiusto recante lesione non patrimoniale o patrimoniale; integrerebbe, invece, il delitto di cui all'art. 319 *quater* la condotta del pubblico agente che prospetti conseguenze sfavorevoli dall'applicazione della legge per ottenere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità. Dunque, all'interno della nuova ipotesi di reato, la condotta induttiva tipica si configurerebbe "in assenza di qualsiasi minaccia", non risiedendo l'elemento discrezionale tra art. 317 ed art. 319 *quater* nella "intensità psicologica" della pressione esercitata, ma nella "qualità di tale pressione: minaccia o meno in senso giuridico"¹⁹⁴.

Un secondo indirizzo ha inteso sostenere che "non vi è alcun elemento espresso o implicito nelle due nuove fattispecie che possa distinguere diversamente i due autonomi precetti rispetto a quanto delineato in precedenza dal diritto vivente e, in particolare, che autorizzi a ritenere che la 'induzione' o la 'costrizione' abbiano assunto un altro significato. Tale conclusione comporterebbe inevitabilmente la esclusione di 'continuità normativa', per la diversità del significato giuridico-fattuale dei due precetti succedutisi nel tempo"¹⁹⁵. In

¹⁹³ In tal senso, per tutte, Cass. pen., sez. VI, 11.2.2013, n. 12373; Cass. pen. sez. VI, 11.2.2013, n. 12388, in *CED Cass.*, n. 254441, secondo cui l'art. 319 *quater* c.p., pur caratterizzandosi come reato bilaterale che punisce anche il privato, destinatario dell'induzione, si pone in termini di continuità normativa rispetto alla previgente ipotesi di concussione per induzione, in quanto restano identici gli elementi costitutivi del delitto, con riferimento alla posizione del pubblico funzionario.

Propende per la tesi dell'*abolitio criminis* A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte*, cit., 22 s.

¹⁹⁴ In tal senso, fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 3.12.2012, n. 7495, in *CED Cass.*, n. 254021; Cass. pen., sez. VI, 25.2.2013, n. 13047, in *CED Cass.*, n. 254466, secondo cui la nuova fattispecie criminosa contemplata dall'art. 319 *quater* c.p. non può corrispondere semplicemente ai casi per i quali la giurisprudenza precedente parlava di condotta di induzione. L'induzione non può consistere come in passato in una vera e propria minaccia di un male ingiusto, seppure esercitata in modo blando o implicito. Con la nuova formulazione dell'art. 317 c.p. la condotta di costrizione "copre" qualsiasi ipotesi di minaccia di un male ingiusto da parte di un pubblico ufficiale. Pertanto, nella condotta di induzione rilevante ai fini dell'art. 319 *quater*, tale forma di pressione psicologica si risolve in una forma di persuasione, di prospettazione della convenienza del cedere alla richiesta del pubblico agente piuttosto che in una minaccia in senso tecnico.

¹⁹⁵ Cass. pen., sez. VI, 4.12.2012, n. 8695, in *CED Cass.*, n. 254114, la quale chiarisce che la induzione richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'art. 319 *quater* non è diversa, sotto il profilo strutturale, da quella che già integrava una delle due possibili condotte del pubblico agente che, abusando delle funzioni o della qualità, attraverso le forme più varie di attività persuasiva, di suggestione, anche tacita, o di atti ingannatori, determini taluno, consapevole dell'indebita pretesa, a dare o promettere, a lui o a terzi, denaro o altra utilità.

In senso conforme, fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 11.1.2013, n. 17285.

mancanza di una espressa previsione che possa assegnare un differente e nuovo significato ai concetti di costrizione e induzione, l'interprete non sarebbe autorizzato ad attribuire ad essi una definizione diversa. In tal senso, rilevato che il primo orientamento rischia di sopprimere la distinzione – che ha basi ontologiche prima che normative – tra “induzione” e “sollecitazione”, si viene ad assumere che “l'abuso richiesto per la configurazione dei reati di ‘concussione’ e di ‘induzione indebita’ non può essere – almeno come fenomeno immanente e comunque quale dato di designazione – identificato nella indebita richiesta, rivolta dal pubblico ufficiale al privato, di denaro o altra utilità per evitare conseguenze dannose. Infatti, la ‘sollecitazione’ a dare denaro o altra utilità, pur se espressa con la prospettazione di evitare ogni pregiudizio derivante dalla applicazione della legge mediante un atto contrario ai doveri d'ufficio o una omissione di un atto del proprio ufficio, ancorché reiterata, integra di norma, nel caso sia rifiutata, il reato di istigazione alla corruzione punito dall'art. 322, commi 3 e 4, c.p., e, se accolta, quello di corruzione consumata, punito dall'art. 319 c.p. Mentre, la richiesta di denaro rilevante ai fini della ‘concussione’ o della ‘induzione’ è quella preceduta o accompagnata da uno o più atti che costituiscono estrinsecazione del concreto abuso della qualità o del potere dell'agente pubblico, fermi restando i diversi modelli comportamentali in cui si esprime l'abuso, non rilevanti nel sistema previgente. È la costruzione letterale e logica delle norme di cui agli artt. 317 e 319-*quater* c.p. che prevede l'abuso quale causa efficiente dell'induzione al pagamento, e non come avviene nella corruzione quale risultato dell'azione delittuosa, a condurre a una simile conclusione”¹⁹⁶.

Si è, poi, profilato un orientamento “intermedio” per il quale la recente novella non avrebbe determinato una riqualificazione delle due condotte tipiche, costrizione ed induzione, così che ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di piena continuità normativa. Si precisa che la distinzione tra le due nozioni, costrizione-induzione, storicamente è stata fondata sul “maggiore o minore grado di coartazione morale”¹⁹⁷, criterio distintivo che necessita di essere adeguato a seguito della introduzione dell'art. 319 *quater* c.p. nel cui schema il privato diviene concorrente necessario. Ora, il parametro del diverso livello di pressione morale viene specificato attraverso l'elemento del “danno-vantaggio” per il destinatario della pretesa indebita: risulta realizzata una concussione per costrizione se il privato, vittima del reato, si è determinato a dare o promettere esclusivamente per evitare il pregiudizio minacciato. Il privato è, invece, compartecipe del reato se trae direttamente un vantaggio o un beneficio indebito; ed è quindi integrato il delitto di cui all'art. 319 *quater*, sempre che

¹⁹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11.1.2013, n. 16154.

¹⁹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11.2.2013, n. 11794, Lettieri, in *Guida dir.*, 2013, n. 19, 71 s., secondo cui nella “costrizione la pretesa indebita della dazione di denaro o altra utilità ha una maggiore carica intimidatoria, perché espressa in maniera da non lasciare alcun significativo margine di scelta al destinatario; nella induzione la suddetta pretesa si concretizza nell'impiego di forme di suggestione o di persuasione, che rappresentano una più blanda pressione morale tale da lasciare al destinatario una maggiore libertà di autodeterminazione, nel senso di un più ampio margine di scelta in ordine alla possibilità di non accedere alla richiesta del pubblico funzionario”.

l'abusiva iniziativa prevaricatrice del pubblico agente abbia condizionato psicologicamente la sua libertà di autodeterminazione.

La delicatezza del tema ha fatto convinto il giudice di legittimità a rimettere la questione alle Sezioni Unite¹⁹⁸.

Il supremo organo giudicante¹⁹⁹, in tema di condotta di "costrizione" va alla ricerca di un criterio oggettivo, reputando il diverso criterio della "intensità della pressione prevaricatrice" "un'indagine psicologica dagli esiti improbabili", che porta con sé il rischio della soggettivazione della fattispecie. Si elabora così il criterio del "danno", risalente criterio distintivo che, almeno in un certo periodo, ha governato la linea di confine tra corruzione e concussione; e criterio il quale, non espressamente previsto dal tipo legale, viene in esso inoculato coll'identificare la costrizione colla nozione di "minaccia": la prospettazione minacciosa – si assume, infatti – ha sempre per oggetto un "male per il suo destinatario".

Si offre, dunque, una lettura *restrittiva* della nozione di costrizione.

Il termine "induzione" pone, invece, un tema più complesso, per l'impraticabilità di una nozione in chiave residuale (la non-minaccia) e per i disparati contenuti offerti alla nozione stessa *ante* riforma.

Le Sezioni Unite vengono ad individuare nominativamente l'induzione nella "persuasione, suggestione, allusione", finanche nel "silenzio". Non v'è chi non veda, tuttavia, come per tale via si rischi di smarrire la linea distintiva tra modalità abusive e condotta induttiva; peraltro, non va dimenticato che la condotta di "sollecitazione" assume autonoma rilevanza nello schema dell'art. 322 c.p.

Nel tentativo di puntualizzare l'assunto, le Sezioni Unite soggiungono che l'induzione va ravvisata in tutte quelle "forme di condizionamento psichico funzionali a carpire una complicità, prospettando un vantaggio indebito": "*l'induzione non costringe, ma convince il privato*".

Pur in argomento, tuttavia, si avverte il bisogno di un elemento di tipicità *aggiuntivo*, pena la non precisione e l'indeterminatezza del tipo legale. Ed in tale ottica si osserva che è la punibilità del privato il vero indice rivelatore del significato dell'induzione; infatti, "la punibilità trova fondamento nel movente opportunistico di vantaggio indebito del privato"; "il privato indotto non subisce un'offesa ad un bene personale, ma concorre nell'offesa al bene pubblico", "approfitta dell'abuso del pubblico funzionario per perseguire un proprio van-

¹⁹⁸ Cass. pen., sez. VI, 9.5.2013, n. 20430, Cifarelli, in *Guida dir.*, 2013, n. 24, 65 s.

¹⁹⁹ Cass. pen., sez. un., 24.10.2013, n. 12228, in *Cass. pen.*, 2014, 1992 s., con nota di M. GAMBARELLA, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*. In senso conforme, Cass. pen., sez. VI, 1.4.2014, n. 259823, in *Cass. pen.*, 2015, 598.

Per un esame critico della pronuncia v. R. RAMPIONI, *Sempre più "mobili" i confini tra concussione e delitti di corruzione*, in *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015; e di recente C. CASTALDELLO, *Fattispecie "ad evento psichico". In particolare, le ipotesi di corruzione, concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità. Davvero possibile tracciare un discrimen definitivo?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 65 s.

taggio ingiusto”; attiva una dinamica del tutto diversa da quella che contraddistingue il rapporto concussore-concusso, “ponendosi in una logica negoziale”, sebbene non paritaria.

Anche per le Sezioni Unite la *nuova* induzione indebita viene a gravitare nell’area dei delitti di corruzione.

Qui giunti, però, sembra non trovare più collocazione sul piano della disciplina normativa tutta quella fascia indistinta di comportamenti delineatasi, *ante* riforma, per la formulazione in chiave alternativa della condotta costitutiva del delitto di concussione. Ed è questo il punto di inserzione della tematica proposta dalle Sezioni Unite dei c.d. “casi difficili”. Si rileva, infatti, che il criterio oggettivo del “danno”, al pari di quello del “vantaggio”, è radicale nella sua nettezza, mentre c’è la necessità di apprezzare l’effettivo disvalore delle “situazioni ambigue”, delle vicende che occupano la c.d. “zona grigia”: “la realtà empirica – si osserva – è molto variegata, in quanto caratterizzata da situazioni relazionali che, proprio perché maturano in contesti tendenzialmente propensi all’illegalità, presentano aspetti di opacità”.

Ecco, allora, che siffatti criteri (aggiuntivi) a loro volta cedono il passo alle c.d. “spinte motivanti”. Occorre – affermano, infatti, le Sezioni Unite – “cogliere il dato di maggiore significatività: se nella scelta di dare l’indebita ha prevalso, nel privato, la prospettiva di ottenere un vantaggio piuttosto che quella di evitare un danno”. L’induzione viene così ad identificarsi con la “persuasione che non riesce a risultare prevaricatrice per una cointeressenza equilibratrice nella sfera decisionale del privato”.

Attraverso l’indagine sulle “spinte motivanti” riaffiora così il criterio di marca soggettiva del livello della “pressione psicologica”, non disgiunto da quello dell’atteggiamento interiore – più o meno condizionato che sia – del privato. Ciò che in ogni caso va sottolineato è l’approccio in assoluto valutativo nella delineazione dei nuovi assetti interpretativi, al punto di fissare “costrizione” e “induzione” alla luce di “elementi costitutivi impliciti”, elementi creati ed aggiunti dal giudice di legittimità. Valutatività ermeneutica del “nuovo” che ha dato vita ad una lettura innovativa del “vecchio”, così da riconoscere continuità normativa fra le norme in discorso.

8.4. *La tesi della ricostruzione autonoma delle posizioni soggettive nelle fattispecie c.d. bilaterali: sintetici rilievi critici*

Come visto, la novella del 2012 ha ridisegnato i pur precari equilibri tra concussione e c.d. mini-sistema dei delitti di corruzione con la previsione di una nuova fattispecie incriminatrice, per così dire, intermedia: il delitto di induzione indebita a dare o promettere. L’esatta delimitazione dei “confini” fra questa terna di disposizioni – come la stessa sentenza delle Sezioni Unite evidenzia – è tutt’altro che agevole là dove ci si debba confrontare con i c.d. “casi problematici”.

Il privato “indotto” viene a trasformarsi da vittima a soggetto attivo del reato, in quanto si determina – comunque – a dare o promettere un’utilità indebita in ragione di una motivazione essenzialmente opportunistica. Scel-

ta politico-criminale suggerita da organismi internazionali ed individuante il messaggio di “rinnovamento culturale” rivolto al cittadino. La fortunata stagione della equivoca concussione “ambientale” sfuma definitivamente.

L’inserimento della nuova norma incriminatrice ha portato la dottrina – profilo diverso, ma strettamente collegato al tema della definizione dell’ambito di operatività dei tre tipi di reato in discussione – ad avviare una nuova riflessione riguardo alla struttura delle fattispecie c.d. bilaterali; e ciò, assumendo una posizione critica rispetto al “dogma della mutua esclusività” tradizionalmente accolto ai fini della ricostruzione delle fattispecie plurisoggettive. Approccio, ben diverso da quello comunemente seguito, ed approccio suscettivo di offrire – si assume – “una “via d’uscita” dai meandri di questo “groviglio” di norme e fattispecie penali nella dinamica dei casi problematici segnalati”²⁰⁰.

Concussione e corruzione sono tradizionalmente qualificate fattispecie “a concorso necessario” (improprio, la prima; proprio, la seconda), in quanto entrambe le condotte descritte dal singolo modello legale devono risultare realizzate affinché possa dirsi integrato il fatto-reato. Dunque, la concussione presupporrebbe la presenza di un concussore ed un concusso, la corruzione quella di un corrotto e di un corruttore. Collocato il delitto di induzione indebita, anche sistematicamente, nell’area dei delitti di corruzione, la lettura in chiave di reato plurisoggettivo bilaterale è stata – come visto – accolta dalle stesse Sezioni Unite: l’“indotto” in tale prospettiva viene qui ad assumere la veste di correo dell’“induttore”.

Ora, di tale ultima previsione, in particolare, si è inteso invece proporre una ricostruzione autonoma delle posizioni soggettive e, dunque, delle singole fattispecie (art. 319 *quater*, commi 1 e 2, c.p.), configurando, da un lato, l’induzione indebita “attiva” di cui sarebbe autore il pubblico agente e, dall’altro, la dazione-promessa indebita, avente come soggetto attivo l’indotto. Diverso – si assume – il contenuto di disvalore dei due diversi fatti-reato; così che quella che si propone sarebbe per giunta una lettura in linea con il principio di personalità della responsabilità penale e che, al contempo, consentirebbe di condurre ad appagante soluzione le questioni problematiche poste dagli *hards cases*.

L’approccio, portato con i necessari adattamenti ad ulteriore svolgimento, viene riproposto anche per le fattispecie di concussione e di corruzione, ritenute strutturalmente simili²⁰¹. Sulla scorta di una visione che consente il superamento del dogma della mutua esclusività, pertanto, “alla condotta di un concussore potrebbe corrispondere non necessariamente quella del concusso; bensì in certi casi e a determinate condizioni, quella dell’indotto o persino del corruttore”²⁰².

²⁰⁰ M. PIERDONATI, *I confini dell’induzione indebita, Il valore euristico dei casi problematici*, Napoli, 2018, 3.

²⁰¹ Una simile impostazione era già rinvenibile in ordine alla struttura della corruzione in A. SPENA, *Il turpe mercato*, Milano, 2005, 357 s.; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, p.s., I, Milano, 2008, 187.

²⁰² M. PIERDONATI, *op. cit.*, 84. A. FIORELLA-S. MASSI, *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione. Un dibattito sulle figure del concusso, dell’indotto punibile e del*

Ora, innanzitutto, rileva in senso critico Seminara che il delitto di concussione, per come strutturato, si presenta in realtà quale reato monosoggettivo²⁰³ (diversamente, in una prospettiva può essere riportato alla problematica classe dei reati plurisoggettivi “impropri”, in cui la condotta di uno dei “concorrenti necessari” non viene punita²⁰⁴). La corruzione, dal canto suo, prosegue l'autore, si atteggia quale vero e proprio reato plurisoggettivo in cui la bilateralità costituisce il riflesso della specularità delle condotte tipiche, le quali danno vita ad un accordo illecito individuante un identico disvalore paritetivamente sanzionato. Si afferma, invece, che il reato di induzione indebita, seppure “somigliante” allo schema del rapporto corruttivo, verte su un fatto di induzione esclusivamente riferibile al pubblico agente, mentre il secondo comma della disposizione si limita a sancire la punibilità di chi dia o prometta l'utilità. Si tratterebbe, pertanto, di due fattispecie autonome.

Va segnalato che la giurisprudenza – contraddicendo il *decisum* delle Sezioni unite – ha ritenuto che il delitto di induzione indebita “non integra un reato bilaterale” col rilevare che “le condotte del soggetto pubblico che induce e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi diversi, sicché il reato si configura in forma tentata nel caso in cui l'evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente”²⁰⁵.

In argomento si è osservato che la norma di cui all'art. 319 *quater* c.p. descrive un reato plurisoggettivo a struttura “partecipativa” (non già “coautoriale” come avviene, ad es., coll'accordo corruttivo) e che le due diverse condotte tipizzate sono in successione causale e temporale. In tal senso, senza giungere a ritenere la norma medesima quale disposizione contenente due autonome fattispecie “monosoggettive”, si ritiene ben possibile riconoscere la configurabilità di un tentativo unilaterale di induzione indebita²⁰⁶.

Sembra a chi scrive che, al pari dei delitti di corruzione, anche nella induzione indebita a dare o promettere le pur diverse condotte degli agenti siano complementari e finalizzate ad un unico risultato (l'accordo illecito e lo scambio di favori); e, soprattutto, entrambe indispensabili per l'integrazione del tipo legale, nonostante la formale autonomia delle figure di reato (commi 1 e 2 dell'art. 319 *quater* c.p.). Simili condotte solo col cumularsi sono suscettive di esprimere il contenuto di disvalore della fattispecie c.d. bilaterale, in quanto il singolo comportamento – seppure in sé conforme al modello legale – acquista tipicità unicamente coll'“entrare in connessione” con l'altrui condotta conforme. Solo così, del resto, trova giustificazione anche in argomento il “non dop-

corruttore, Torino, 2016, 76, i quali rilevano: “... il problema di una attenta differenziazione delle condotte concorsuali non risalta nei casi in cui si prospetti un *paradigma* lineare in cui ogni condotta concorsuale tipizzata si perfezioni nel senso voluto dalle fattispecie incriminatrici/frontaliere (le condotte del concusso-concussore, indotto-induttore, corrotto-corruttore)”.

²⁰³ S. SEMINARA, *op. cit.*, 396

²⁰⁴ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, II ed., Torino, 2013, 165.

²⁰⁵ Cass. pen., sez. VI, 22.6.2016, n. 35271, in *Cass. pen.*, 2018, 229.

²⁰⁶ Così A. PANTANELLA, *Osservazioni a Cass. pen. Sez. VI, 22 giugno 2016, n. 35271*, in *Cass. pen.*, 2018, 238 s.

pio” concorso eventuale del terzo che, dapprima, aiuti il pubblico agente nell’indurre e poi, convinca l’indotto a dare-promettere; in tal caso, infatti, al pari dei delitti di corruzione né risultano applicabili le regole sul concorso apparente di norme (per l’assenza di una norma speciale), né è invocabile (per la duplicità delle condotte offensive) il principio di consunzione. L’unicità della sanzione poggia sulla unitarietà del fatto-reato.

Dunque, le illecite pressioni del pubblico agente, se resiste dal privato, lungi dall’integrare un’ipotesi di tentativo di induzione indebita, dovranno essere – apprezzatane la loro reale portata – diversamente qualificate.

8.5. La dazione o promessa “indebita” di denaro o altra utilità

Il reato si perfeziona con la dazione o la promessa della “prestazione” richiesta da parte del concusso, che “cede” alla costrizione. Deve, dunque, innanzitutto sussistere una “relazione causale” tra la condotta abusiva del pubblico agente e la “risposta adesiva” del concusso.

La dazione o la promessa è previsto che consistano nel “denaro o altra utilità”.

Circa l’oggetto della dazione-promessa si è posto il problema del significato e della portata da attribuire all’espressione “altra utilità”. Se, invero, ad essa è pianamente riferibile il “vantaggio materiale avente, direttamente o indirettamente, un valore economico”²⁰⁷, è discusso invece se ad essa siano riconducibili anche corresponsioni non apprezzabili in termini di “utile economico”²⁰⁸.

La questione si è posta, in particolare, relativamente alle “prestazioni sessuali”. La giurisprudenza e la dottrina hanno a lungo negato che nel concetto di utilità potessero rientrare i favori sessuali²⁰⁹. Attualmente, la dottrina prevalente propende per una concezione “ampia” del concetto di utilità, ritenendo appunto applicabile in simili ipotesi l’art. 317 c.p. Analogamente la giurisprudenza con statuizione a Sezioni Unite ha sancito che “il termine utilità indica tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona – materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale – oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un *facere* e ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal convincimento comune. Ne deriva che i favori sessuali rientrano in pieno nella categoria individuata, in quanto rappresentano un vantaggio per il funzionario, che ne ottenga la promessa o la effettiva prestazione”²¹⁰.

²⁰⁷ “Sempreché non si tratti di una prestazione estremamente esigua in quanto è pur sempre necessario che sia individuabile una lesione effettiva ai beni giuridici tutelati” osserva E. DE MARTINO, *op. cit.*, 105, che sembra dunque traslare (anche) sul fronte “patrimoniale” il contenuto offensivo del fatto.

²⁰⁸ In argomento v. M. CATENACCI, *op. cit.*, 68 s.

²⁰⁹ Per tutte, Cass. pen., sez. VI, 10.12.1992, Menazza, in *Cass. pen.*, 1994, 1517. La dottrina, dal canto suo, non intendeva annoverare tra le “utilità” di cui all’art. 317 c.p. le prestazioni sessuali, a meno che le stesse non fossero suscettibili di valutazione economica e, peraltro, riteneva che le abrogate disposizioni di atti di libidine e congiunzione carnale, commessi con abuso della qualità di pubblico ufficiale, individuassero norme speciali rispetto al delitto di concussione.

²¹⁰ Cass. pen., sez. un., 11.5.1993, Romano e altro, in *Cass. pen.*, 1993, 2252.

In tempi più recenti si è posta, invece, la questione se nel concetto di utilità, nello schema dell'art. 317 c.p., possano rientrare anche i c.d. "vantaggi politici". Al riguardo si è recentemente delineato un indirizzo giurisprudenziale che nell'ottica della concezione "ampia" della nozione di utilità ricomprende in essa anche i vantaggi di natura politica, sguarniti cioè di un carattere direttamente patrimoniale²¹¹.

Rileva criticamente Catenacci che "là dove 'lo scambio' fra l'ipotetico concussore e l'ipotetico concusso sia maturato in un contesto di relazioni politiche, particolare attenzione dovrà porsi ... all'effettivo ricorrere del disvalore di evento che si è visto caratterizzare questa, così come le altre fattispecie del settore ...: se il 'vantaggio politico' ha a sua volta prodotto un effetto discriminatorio o comunque disparitario nell'accesso a benefici e/o nell'esenzione da oneri di fonte pubblica, allora non vi è dubbio che, sempre che ne ricorrano tutti gli altri elementi costitutivi, vi è concussione; là dove invece quello stesso 'vantaggio' sia rimasto nell'esclusivo ambito della normale dialettica politica ed abbia prodotto vantaggi e/o svantaggi in termini di mero 'posizionamento' di persone o gruppi politici, allora vi è da ritenere che, per quanto indubbiamente tale, la 'utilità' conseguita non abbia alcun rilievo penalistico"²¹². Una volta di più: correttamente individuato il composito bene giuridico, oggetto della tutela, la mera aggressione della libertà di autodeterminazione, in difetto di una coeva offesa agli interessi del buon andamento e dell'imparzialità dell'agire amministrativo, non sarà suscettibile di integrare il modello legale di cui all'art. 317 c.p.

Dazione e promessa dell'utilità devono, in ogni caso presentare natura di "indebito". La dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che, anche laddove la prestazione sia ottenuta per effetto della condotta prevaricatrice, non sia configurabile il delitto di concussione nel caso in cui l'utilità sia effettivamente dovuta alla pubblica amministrazione. Tuttora, controversa l'ipotesi in cui il pubblico agente ponga in essere la condotta coercitiva al fine di ottenere ciò che il concusso "doveva" corrispondere al pubblico funzionario come privato (o ad un terzo beneficiario)²¹³.

Secondo la formulazione della norma destinatario della dazione o della promessa può essere, oltre al pubblico agente, che pone in essere la condotta abusivo-costrittiva, anche il "terzo"; ovviamente, la prestazione nei confronti del terzo dovrà avvenire con il consenso o con l'indicazione da parte del soggetto attivo del destinatario della prestazione stessa; mentre il terzo, secondo le regole generali, potrà concorrere o meno nel fatto-reato.

²¹¹ Cass. pen., sez. VI, 21.10.2008, n. 44121, in *Guida dir.*, 2009, 3, 95. Così, si è ritenuto "utilità" il rafforzamento della presenza di un partito politico all'interno delle istituzioni pubbliche, perseguita attraverso l'induzione di un direttore generale di azienda ospedaliera a nominare a posti di primariato persone collegate al predetto partito (Cass. pen., sez. VI, 19.6.2008, n. 33843, in *Cass. pen.*, 2009, 1938) e parimenti la condotta del sindaco che, per finalità propriamente politiche, quali il desiderio di ricompattare la maggioranza, intervenga su di un consigliere comunale dissidente affinché ritiri una propria interpellanza di ostacolo all'approvazione di un progetto sostenuto dallo stesso sindaco (Cass. pen., sez. VI, 4.10.2001, n. 7669, in *Riv. pen.*, 2002, 352).

²¹² M. CATENACCI, *op. cit.*, p. 69 s.

²¹³ In argomento E. DE MARTINO, *op. cit.*, 99 s.

È discusso se “terzo” possa essere lo Stato o un ente pubblico, allorchando il pubblico agente metta in atto la condotta abusivo-costrittiva al fine di conseguire una prestazione indebita a favore della amministrazione di cui fa parte. L’orientamento prevalente (per quanto risalente) nella giurisprudenza di legittimità è per la tesi negativa²¹⁴.

8.6. L'elemento soggettivo

Il dolo della concussione è generico e consiste nella rappresentazione e volontà dell’agente pubblico di abusare della qualità o dei poteri ed in tal modo di costringere il soggetto passivo a dare o promettere denaro od altra utilità; e ciò nella consapevolezza del carattere indebito della dazione-promessa. Rileva, pertanto, l’errore sul fatto come sulla legge extra penale.

La particolare struttura della fattispecie, il composito oggetto (abusocostrizione-indebita utilità) dell’elemento psicologico – finalisticamente collegato nei suoi elementi costitutivi – ne fa ritenere ammissibile la sola forma “intenzionale²¹⁵”; non sembra, pertanto, configurabile anche una forma “eventuale” in cui il pubblico agente accetti, quale possibile conseguenza della propria condotta abusiva, una prestazione indebita non direttamente voluta²¹⁶.

8.7. Momento consumativo e tentativo

La concussione si consuma con la dazione o la promessa. È discusso se il momento consumativo del reato di “sposti in avanti”, allorchando alla promessa segua la dazione. La giurisprudenza, al pari di quanto ritenuto in tema di delitti di corruzione parla anche al riguardo di fattispecie a “duplice schema”; la dottrina prevalente, rilevato che lo schema tipico risulta integrato già con la sola “promessa”, qualifica la successiva (eventuale) “dazione” post-fatto non punibile, apprezzabile nel quadro dell’art. 133 c.p. ai fini della determinazione in concreto della pena²¹⁷.

Il tentativo è configurabile. È discusso se costituisca tentata (non già con-

²¹⁴ Cass. pen., sez. VI, 29.7.2003, n. 226219, in *CED Cass.*

²¹⁵ G. CONTENTO, *op. cit.*, 151.

²¹⁶ Così, invece, M. ROMANO, *op. cit.*, 115; nonché la giurisprudenza secondo cui l’elemento soggettivo della concussione “si deve ritenere incentrato – come condizione sufficiente e necessaria – nella consapevole rappresentazione del ‘metus’ da parte dell’agente; il che ricorre tutte le volte che questi, consapevole della propria posizione di garanzia, abbia agito deliberatamente, oppure anche a costo di determinare quella situazione di soggezione o di condizionamento, che pone il privato di fronte all’alternativa di aderire alla richiesta ovvero di subire una conseguenza comunque a lui sfavorevole, e contraria alla legale gestione dell’ufficio o servizio pubblico” (Cass. pen., sez. VI, 7.11.1997, 544, in *R. P.*, 1999, con nota di Esposito).

Parla di “abuso giurisprudenziale” in ordine alla ammissione della forma eventuale del dolo M. CATENACCI, *op. cit.*, 72.

²¹⁷ M. ROMANO, *op. cit.*, 113. Per una trattazione più ampia del tema v. R. RAMPIONI, *Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l’art. 319 quale disposizione a più norme*, in *Cass. pen.*, 1998, 1195 s.

sumata) concussione la condotta abusiva *ex ante* idonea, allorché la vittima agisca con la riserva mentale di non mantenere la promessa ovvero effettui la c.d. dazione simulata (ad es., preventiva denuncia del fatto con consegna del danaro concordata con le forze di polizia). Appare preferibile la tesi di chi ravvisa in simili casi un'ipotesi tentata, in considerazione del fatto che il soggetto passivo, posto di fronte all'alternativa "dare-promettere ovvero subire", non risulta limitato nella sua capacità di autodeterminazione e non assume alcun *reale* impegno, anzi respinge l'alternativa²¹⁸.

Il giudice di legittimità ha di recente sostenuto che "non è configurabile l'ipotesi del reato impossibile di cui all'art. 49 c.p., bensì quella del tentativo punibile", nel caso di "richieste e pressioni illecite del pubblico ufficiale intervenute successivamente alla presentazione di denuncia all'Autorità giudiziaria da parte del soggetto passivo"²¹⁹.

8.9. *La responsabilità amministrativa di enti, società od associazioni.* *Pena accessoria*

Anche per il delitto di concussione – come accennato – il d.lgs. n. 231/2001 prevede, accanto alla responsabilità penale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, la responsabilità amministrativa da reato dell'ente, società od associazione nel cui interesse o al cui vantaggio il reato sia stato commesso.

La condanna a pena superiore ai due anni per il reato di concussione, a seguito degli "inasprimenti" introdotti con la legge c.d. "Spazzacorrotti" (art. 317 *bis* c.p. novellato), comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici dell'agente pubblico²²⁰.

²¹⁸ *Contra* M. ROMANO, *op. cit.*, 118.

²¹⁹ Cass. pen., sez. VI, 16.3.2016, n. 25677, in *Cass. pen.*, 2017, 635 s. con osservazioni di SILIBERTI.

²²⁰ Denuncia possibili profili di incompatibilità della pena accessoria interdittiva "a vita" con il "volto costituzionale della sanzione penale" (anche alla luce della sentenza n. 222 del 2018 della Corte costituzionale) M. GAMBARDILLA, *op. cit.*, 50.

Sezione V

Rifiuto di atti di ufficio. Omissione (art. 328 c.p.)

SOMMARIO: 1. Le ragioni della riformulazione della fattispecie incriminatrice. – 2. Struttura ed elementi costitutivi del fatto-reato.

Art. 328. Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione: *“Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.*

Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa”.

1. Le ragioni della riformulazione della fattispecie incriminatrice

Con la riforma del '90 si è inteso ridisegnare del tutto la fattispecie incriminatrice in esame. La genericità della originaria formulazione²²¹, valorizzata da letture formalistiche²²², imponeva, invero, una restrizione dell'ambito di intervento della sanzione penale. Apprezzata quale norma sanzionatoria di precetti sorti in una qualsiasi branca dell'ordinamento, il comportamento penalmente rilevante veniva individuato nella violazione da parte del pubblico agente di un mero dovere funzionale, di una semplice regola extra-penale di comportamento, a prescindere dagli (eventuali) effetti dannosi dell'omissione o del rifiuto; anche l'atto a mera rilevanza *interna* (alla P.A.) era suscettivo di individuare l'oggetto della violazione. Grazie ad un progressivo svilimento dei pochi ed esangui elementi di fattispecie si era finito per dar vita a quel “delitto

²²¹ Testo originario: *“Omissione o rifiuto di atti di ufficio. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire diecimila. Se il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, vi è omissione, rifiuto o ritardo, quando concorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile”.*

²²² Sul punto v. R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., 356 s.

generico e sussidiario di infedeltà” che gli stessi compilatori del codice per la sua formulazione indeterminata avevano espunto dal Progetto.

Questa coloritura in chiave eticizzante della disposizione risultava ormai incompatibile con i tratti tipici che l'ordinamento penalistico era venuto assumendo a far data dagli anni '70: si imponeva, ormai, una maggiore precisione e determinatezza del precetto come il recupero di contenuti offensivi effettivi.

Si è così cercato di configurare una fattispecie incriminatrice che, da un lato, fosse in grado, in quanto meno vaga, di scongiurare forme “improprie” di controllo giudiziario, dall'altro, fosse allineata sul piano dell'offesa, anche per il carattere necessariamente non accessorio del diritto penale, ai “valori” sanciti dall'art. 97 Cost.

L'oggetto di tutela diviene allora l'efficiente funzionamento della P.A., il concreto perseguimento dei fini ad essa amministrazione assegnati dalla legge. Il delitto in esame – in linea col precetto costituzionale – non mira più a garantire l'amministrazione nel momento statico della sua organizzazione, del rispetto formale delle funzioni e dei doveri burocratici, ma in quello dinamico dell'attività: riscoprendo in un certo senso la matrice storica dell'istituto, l'art. 328 c.p. tutela ora il buon andamento dell'attività che l'amministrazione pubblica in concreto svolge, entrando in contatto coi cittadini. Il buon andamento oggi, in sostanza, va riferito alla fase realizzativa dei compiti istituzionali, non attenendo all'ambito della tutela il “rapporto interno” soggetto-amministrazione, ma l'esercizio “efficiente” della funzione. Per tale via scatterà la sanzione penale ogniqualvolta l'omissione non concerna un atto doveroso per la disciplina interna dell'organizzazione dell'ufficio, ma un atto doveroso per l'amministrazione prima ancora che per il singolo funzionario.

Non più considerato in termini di infedeltà e disobbedienza del pubblico agente, bensì di mancato compimento di una condotta idonea a realizzare l'interesse pubblico, l'art. 328 c.p. viene a concretare un reato di danno nei confronti della P.A., in quanto non soddisfatti i compiti ad essa demandati a causa del comportamento antidoveroso di coloro che si pongono come garanti del raggiungimento dei medesimi fini istituzionali.

2. Struttura ed elementi costitutivi del fatto-reato

Sul piano della costitutività del reato l'intervento riformatore ha suscitato molte e diffuse perplessità, ritenendosi troppo accentuata la delimitazione dell'area di rilevanza penale del fatto²²³. Al comma 1 della disposizione è sanzionata unicamente la condotta di “rifiuto”, correlata ad un “atto” da compiere per le sole “ragioni” “di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità” e, per giunta, da compiere “senza ritardo”. Nella pre-

²²³ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 328, parla di delimitazione “acuita in termini difficilmente tollerabili” e di “performance non proprio brillante” del legislatore. In argomento v. anche M. CATENACCI, *op. cit.*, 155 s.

visione del comma 2 – figura residuale di delitto secondo la clausola di esclusione espressa (“Fuori dei casi previsti dal primo comma ...”) di apertura – rientra l’omissione (ma anche il ritardo nel compimento dell’atto di ufficio) che, tuttavia, risulterà tipica solo nell’ipotesi in cui il pubblico agente, “entro trenta giorni dalla richiesta” (avviso di mora), non adotti l’atto e neppure risponda, esponendo le ragioni del ritardo.

Un intervento delimitativo così marcato trova verosimilmente giustificazione nella esigenza di scongiurare ingerenze eccessive da parte dell’autorità giudiziaria sull’azione amministrativa²²⁴.

Soggetto attivo in entrambe le forme di reato è il p.u. ovvero l’i.p.s. nell’esercizio *attuale* della funzione o del servizio (risulta, dunque, inapplicabile il disposto dell’art. 360 c.p.). Si tratterà, in via generale, del “responsabile del procedimento” ai sensi dell’art. 5, comma 1, l. 7.8.1990, n. 241 ovvero, fin tanto che non sia assegnata la responsabilità del procedimento, del funzionario preposto alla unità organizzativa (comma 2, disp. cit.).

Soggetto passivo è il titolare dell’interesse protetto ovvero lo Stato-pubblica amministrazione, mentre i titolari dei diversi interessi offesi in via eventuale potranno assumere la veste di danneggiati²²⁵.

Elemento costitutivo di entrambe le forme di reato è “l’atto del *suo* ufficio”: il possessivo “suo” sottolinea l’esigenza che l’obbligo a provvedere incidente sulla P.A. si individualizzi attraverso la competenza propria del funzionario. L’atto non compiuto – come detto – per essere tipico, non potrà presentare mera rilevanza “interna” (inosservanza di un ordine di servizio); ben potrà, invece, essere “discrezionale”: anche in caso di discrezionalità sull’*an*, non è infatti dubitabile che sussista un dovere di attivarsi da parte della P.A. al fine di operare la scelta del caso.

Le “ragioni” degli atti dell’ufficio di cui al comma 1 della disposizione in esame sono individuate da quella ampia area di interessi evidentemente mutuata dall’art. 650 c.p.; l’“urgenza”, l’indifferibilità che deve rivestire l’atto vale, tuttavia, a circoscrivere sensibilmente l’area medesima.

La condotta di “rifiuto” consiste nel manifestare a chi ha richiesto l’atto la volontà di non compierlo. Il rifiuto presuppone, dunque, una “richiesta” e, corrispondentemente, la manifestazione – in qualsiasi forma – della “intenzione di non provvedere”²²⁶. Non è, pertanto, ricompresa nel termine “rifiuto” l’omissione, né il ritardo; il testo normativo non consente una diversa lettura che, violando il principio di legalità, sconfinerebbe, appunto, nella analogia *in malam partem*²²⁷. Il rifiuto, peraltro, dovrà presentare carattere “indebito” ovvero risultare contrastante con la disciplina normativa dell’ufficio o del servi-

²²⁴ Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 297.

²²⁵ In tal senso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, cit., 297; *contra* M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 329, per il quale l’ipotesi di cui al comma 2 dell’art. 328 c.p. individua un reato plurioffensivo.

²²⁶ In tal senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 300; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 337 s.

²²⁷ *Contra*, Cass. pen., sez. VI, 1.12.2004, Avato, in *Guida dir.*, 2005, n. 15, 92.

zio; l'elemento della contrarietà ai doveri dà qui vita ad un'ipotesi di reato ad antiggiuridicità speciale.

Nella fattispecie di cui al cpv. dell'art. 328 c.p. rientrano tutte le forme di omissione di un atto dell'ufficio non riconducibili allo schema tipico del comma 1 della medesima disposizione.

L'"omissione" consiste nell'intenzionale mancato compimento dell'atto. Se l'atto va compiuto entro un certo termine, pena la impossibilità di produrne gli effetti tipici (termine perentorio), il suo compimento oltre tale termine integra una vera e propria "omissione"; ove, invece, l'atto venga posto in essere, oltre il termine prescritto, ma comunque produca i suoi effetti, si avrà "ritardo". La condotta dell'agente pubblico sarà, in ogni caso, rilevante ove – nel termine di trenta giorni – non compia l'atto neppure dopo la richiesta formale dell'interessato ovvero quanto meno non risponda a tale richiesta, esponendo le ragioni del ritardo. Per il carattere *personale* della responsabilità penale il termine in discorso va riferito al momento in cui il "responsabile del procedimento" (chi ha l'obbligo di eseguire l'atto, non genericamente l'ufficio) riceve la richiesta. Scaduto il termine di trenta giorni decorrente, appunto, dal ricevimento della richiesta dell'interessato al compimento dell'atto, non scatterà comunque la responsabilità penale ove il pubblico agente entro il medesimo termine illustri le ragioni del persistente "ritardo". In tal caso, tuttavia, continuerà a perdurare l'obbligo primario – ovvero il compimento dell'atto – e, dunque, una nuova richiesta da parte dell'interessato sarà suscettiva di riproporre il tema della responsabilità penale²²⁸.

Entrambe le fattispecie incriminatrici sono a dolo generico; per la presenza nello schema legale di numerosi elementi definiti in base a norme extrapenalistiche (l'atto dell'ufficio, il carattere indebito del rifiuto, le ragioni di giustizia e così via) l'errore *ex art.* 47, comma 3, c.p. avrà ampie possibilità di applicazione. L'errore sul fatto costitutivo del reato (art. 47, comma 1, c.p.) potrà, invece, dispiegarsi in particolare ove cada sul carattere di "urgenza".

Il delitto di "rifiuto" si consuma nel momento in cui l'atto d'ufficio, che avrebbe dovuto venire ad esistenza, non è compiuto a causa della condotta dolosa dell'agente, vuoi, nel caso di rifiuto espresso, vuoi, nel caso di rifiuto tacito per inutile decorso del tempo per un'efficace esecuzione. Il delitto di "omissione-ritardo" si consuma allo scadere infruttuoso del termine di trenta giorni dalla richiesta. Dunque, due ipotesi di reato istantaneo, in ordine alle quali la configurabilità del tentativo appare più teorica che reale.

²²⁸ Cass. pen., sez. VI, 19.10.2011, in *Cass. pen.*, 2012, 4114 (con annotazione di G. Palmieri), ha statuito che "in tema di omissione di atti d'ufficio, il dovere di risposta del pubblico ufficiale presuppone che sia stato avviato un procedimento amministrativo, rimanendo al di fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla p.a. un'attività che la stessa ritenga ragionevolmente superflua e non doverosa".

Circa la rilevanza penale della mancata comunicazione all'interessato del nominativo del responsabile del procedimento amministrativo *ex lege* n. 241/1990, cfr. Cass. pen., sez. VI, 23.4.2009, Musacco, in *Cass. pen.*, 2010, 4025.

Sezione VI

Ulteriori figure di reato

A) Individuante un *novum* in seno alla codificazione del '30, la fattispecie di cui all'art. 325 c.p. ha trovato rara applicazione. La condotta costitutiva consiste nell'“impiego” (inteso come utilizzazione, sfruttamento), a profitto proprio od altrui, di invenzioni, scoperte scientifiche ovvero nuove applicazioni industriali, “conosciute” dal pubblico funzionario “per ragioni dell'ufficio o servizio” e che “debbono rimanere segrete”.

Oggetto della tutela è il buon andamento della pubblica amministrazione, quale interesse a che l'ufficio o il servizio non venga sfruttato per finalità ad esso estranee; ma anche l'imparzialità dell'azione amministrativa: deve, infatti, risultare preclusa al funzionario pubblico la possibilità di raggiungere una posizione di vantaggio rispetto ai consociati.

La “notorietà”, la conoscenza “occasionale-casuale”, come il difetto della “esigenza di segretezza” dell'oggetto materiale della condotta privano di rilevanza penale la condotta utilizzatrice.

L'agente dovrà rappresentarsi e volere l'impiego, comunque utile, per sé o per altri, nella consapevolezza, sia, di aver appreso per ragione dell'ufficio (o servizio), sia, della segretezza nell'interesse dell'amministrazione.

B) La fattispecie di cui all'art. 326 c.p. sanziona, invece, la rivelazione (commi 1 e 2) e la utilizzazione (comma 3) di segreti di ufficio. Lo schema legale è incentrato sulla “notizia d'ufficio che deve rimanere segreta”.

Termine amplissimo quello di “notizia” che, tuttavia, trova specificazione nel riferimento alla pubblica amministrazione (ufficio-servizio), pur intesa nella sua accezione più ampia; dunque, non risulta tipica la rivelazione-utilizzazione di notizia che, riguardando solo privati, non offende l'interesse pubblico. La notizia, per giunta, deve presentare una “significatività”, una “consistenza”, nel senso che è necessaria la sussistenza di un interesse da parte della pubblica amministrazione a che essa non sia divulgata²²⁹. Non è necessario, invece, che dalla condotta rivelatrice derivi un danno, essendo sufficiente per l'integrazione del tipo la messa in pericolo (concreto) dell'interesse tutelato. Non richiedendo la norma che la notizia sia appresa per ragione dell'ufficio o servizio, qui il suo apprendimento potrà essere anche occasionale.

²²⁹ In tema di violazione del segreto istruttorio per la tesi che “è irrilevante accertare se dalla rilevazione della notizia che doveva rimanere segreta sia derivato un pericolo effettivo o finanche un danno per l'interesse tutelato quando sia la stessa legge a definire segreto un determinato fatto o atto”, v. Cass. pen., sez. VI, 17.5.2004, Vietti ed altro, in *Guida dir.*, 2004, n. 36, 55.

Il comma 1 della disposizione sanziona la condotta di “rivelazione” e quella di “agevolazione” della conoscenza altrui. L’agente dovrà voler comunicare la notizia nella consapevolezza del carattere di ufficio e della segretezza di essa; analogamente avverrà per la condotta di agevolazione che, peraltro, risulta sanzionabile (comma 2) anche a titolo di colpa.

Il comma 3 dell’art. 326, introdotto dalla riforma del ’90, descrive due nuove figure di reato, consistenti nell’avvalersi “illegittimamente” di notizie di ufficio che devono rimanere segrete, rispettivamente, “per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale” ovvero “al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto”. Entrambe le figure individuano ipotesi a dolo specifico e in rapporto di specialità con l’art. 323 c.p.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

