

# Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"

Marco Gambardella

SOMMARIO: 1. La scomparsa dell'atto nella corruzione per l'esercizio della funzione, 15 – 2. I rapporti con il nuovo delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), 19 – 3. La rinnovata morfologia della fattispecie astratta di corruzione "funzionale", 21 – 4. Le questioni di diritto intertemporale, 26.

## 1. La scomparsa dell'atto nella corruzione per l'esercizio della funzione

In tema di corruzione, occorre dare risposte alle improcrastinabili esigenze scaturite negli ultimi anni sia dal dibattito nazionale che da quello internazionale. E come è ormai ampiamente noto, le risposte sono state fornite dalla *legge anticorruzione* n. 190 del novembre 2012. Lo sfondo della riforma in materia di corruzione lo troviamo solennemente tratteggiato "nell'interpretazione autentica" della novella legislativa compiuta dal Ministro della giustizia in un recente contributo scritto sul tema<sup>1</sup>.

Sul *piano interno*, la nuova legge si è mossa non solo secondo l'intento di migliorare la definizione degli incerti confini tra le figure criminose della concussione e della corruzione, ma ha voluto dare altresì risposta alle istanze emerse in sede applicativa; sollecitazioni legate perlopiù alle nuove realtà criminologiche del fenomeno corruttivo. Si è cercato inoltre di tener conto della metamorfosi dei beni oggi offesi dalla corruzione: non solo imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, bensì pure la concorrenza (stante lo stretto nesso tra corruzione e crescita economica)<sup>2</sup>. Sul *piano internazionale*, la rimodulazione della disciplina della corruzione è stata la diretta conseguenza degli obblighi derivanti da strumenti normativi sovranazionali ratificati dall'Italia (Convenzione Onu di Merida del 2003 e Convenzione sulla corruzione di Strasburgo del 1999); e dalle indicazioni

1. P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7 ss.

2. Cfr. al riguardo G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente*, a cura di G. Forti, Vita e Pensiero, 2003, 129 ss.

provenienti dalle raccomandazioni formulate da importanti istituzioni quali l'OCSE e il Consiglio d'Europa<sup>3</sup>.

A livello di *codice penale*, si è tentato di conseguire i dichiarati obiettivi della *prevenzione e repressione* della corruzione posti dall'intervento normativo del 2012, in primo luogo mediante la riformulazione del delitto di corruzione impropria o per un atto d'ufficio (art. 318 c.p.)<sup>4</sup>. Il legislatore ha infatti provveduto a sostituire integralmente il previgente art. 318 c.p. con una nuova disposizione, intitolata "corruzione per l'esercizio della funzione" (art. 1, co. 75, lett. f, legge n. 190 del 2012). In sostanza, come si preciserà meglio dopo, si è omologata alla figura della corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio quella della corruzione per *mero asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato*: assemblando in un nuovo enunciato legislativo le previgenti classi di fattispecie con quelle nuove relative a tutti quei casi in cui il pubblico ufficiale si pone in pratica a disposizione del corruttore in violazione dei doveri di imparzialità, onestà e vigilanza che in virtù della legge incombono su di lui<sup>5</sup>.

Nonostante il legislatore abbia messo insieme figure criminose portatrici di disvalore non tutto assimilabile, sembra sostenibile comunque che — con le precisazioni che saranno esposte nel corso del lavoro — l'ampia forbice edittale (la reclusione da uno a cinque anni) possa permettere al giudice, evitando possibili censure di irragionevolezza della norma, di commisurare la pena in relazione al differente disvalore del concreto fatto commesso<sup>6</sup>.

3. Così P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 7 ss. Sugli obiettivi della riforma e gli obblighi internazionali, cfr. E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1, 2012, ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 232 ss.

4. Per quanto riguarda la modificazione della figura della corruzione impropria, parla giustamente di "novità concettualmente più importante" (D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *federalismi.it*, 5 ss.).

5. Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Legge anticorruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. al fasc. II, 7; T. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, Inserto 13, IX ss.; T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2012, fasc. 3, 783 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1235 ss.; G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ss.; V. VALENTINI, *Dentro lo scricigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 14 ss.; P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *Resp. amm. soc.*, n. 1, 2013, 14 ss.; G. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze "minori" su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2690 ss.

6. In senso critico, cfr. G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2012, n. 3/4, 7 ss. Evidenzia inoltre perplessità sul piano del rispetto del principio di proporzionalità della pena nella riunione in un'unica figura di reato di condotte connotate da un differente disvalore astratto, V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, E.S.I., 2012, 163. Si osserva poi al riguardo che le differenti situazioni tipizzate si riflettono sul piano dell'elemento psicologico (cfr. S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 1237).

Ulteriore vantaggio della riunione in una disposizione incriminatrice delle differenti fattispecie, appare risiedere nella conseguente semplificazione sul piano pratico e probatorio<sup>7</sup>.

Nella descrizione della fattispecie tipica è scomparso il riferimento all'atto d'ufficio legittimo già adottato o ancora da adottare da parte del pubblico agente. La nuova fattispecie è oggi imperniata sull'esercizio delle funzioni o dei poteri. In particolare, ai fini della configurazione della corruzione impropria, con il sintagma "atto d'ufficio" si designava, in precedenza, non solo l'atto legittimo di natura formalmente legislativa, amministrativa o giudiziaria, ma altresì qualsiasi atto (vincolato o discrezionale) che costituisca concreto esercizio di poteri inerenti all'ufficio o al servizio (e quindi pure un comportamento materiale)<sup>8</sup>.

Si è rotta dunque la simmetria sulla quale era stato costruito il mini-sistema codicistico dei delitti di corruzione: il riferimento binario all'atto d'ufficio legittimo nella corruzione impropria (art. 318 c.p.) e illegittimo nella corruzione propria (art. 319 c.p.). Il dato è importante e va tenuto in particolare considerazione per le sue ripercussioni sui profili concernenti la disciplina della successione di leggi penali nel tempo (art. 2 commi 2-4 c.p.). Esso genera infatti la questione — affrontata nel prosieguo dello scritto — se attualmente la mancata individuazione di un atto d'ufficio non potrà più far sussumere la condotta storica sotto l'art. 319 c.p., essendo presente una specifica classe di fattispecie che incrimina l'esercizio della funzione o dei poteri *tout court* a prescindere dall'esatta identificazione dell'atto d'ufficio. La scelta di prescindere dal riferimento specifico all'atto è stata giustificata, in primo luogo, con l'ormai acquisita consapevolezza « del processo di progressiva "smaterializzazione" dell'elemento dell'atto d'ufficio ». E soprattutto poi con la necessità di ricostruire con maggiore precisione i confini tra le diverse figure di corruzione: la corruzione propria, ancorata tutt'oggi in modo espresso all'adozione di un atto amministrativo illegittimo; la nuova corruzione per l'esercizio della funzione che prescinde dal riferimento ad un atto dell'ufficio, che tuttavia mantiene il rapporto di corrispettività riferito adesso all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente<sup>9</sup>.

Ora, l'indispensabile presenza dell'atto d'ufficio in tutte le ipotesi di corruzione ha costituito nel recente passato uno degli aspetti più problematici del rapporto tra il *modello mercantile*, su cui è stata fondata la tutela penale nel codice Rocco, e le trasformazioni empirico-criminologiche subite negli

7. Cfr. F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), n. 1, 2012, 228 ss.

8. Cass., Sez. VI, 13 dicembre 1989, n. 5843, in *Cass. pen.*, 1991, 944; Id., Sez. II, 21 novembre 1983, n. 3264, in *Riv. pen.*, 1984, 1078.

9. Così P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 8.

ultimi decenni dal fenomeno corruttivo<sup>10</sup>. Il requisito dell'atto d'ufficio nella configurazione delle diverse figure di corruzione presenti nel nostro codice penale, come vedremo meglio, ha reso poco agevole e talvolta incerto nel recente passato l'utilizzo dello strumento criminale nei confronti delle ipotesi di cosiddetta *corruzione "sistemica"*; fenomenologia criminosa che prescinde appunto dalla compravendita di un atto d'ufficio. Siffatte vicende dunque hanno luogo allorché la tangente sia pagata in relazione all'esercizio della funzione dell'agente pubblico e non per uno specifico atto d'ufficio, come nel caso in cui quest'ultimo sia messo a libro paga dal privato corruttore<sup>11</sup>. Si è trattato quindi di ripensare i delitti di corruzione sulla scorta della realtà criminologica ultimamente emersa: la tendenza dei fatti di corruzione a diventare "sistemici"; fatti penalmente illeciti volti, cioè, non solo a diffondersi capillarmente e in modo diffuso all'interno dell'azione dei pubblici poteri ("la corruzione regolarizzata e istituzionalizzata"), ma in grado di istituire una relazione stabile nel tempo di interdipendenza d'interesse fra privati e funzionari pubblici e politici, anche attraverso la creazione di reti di complicità fra corruttori, corrotti ed eventuali terzi intermediari<sup>12</sup>.

Ciò che lascia perplessi è l'aver reputato, in sede di riforma, la corruzione per l'esercizio della funzione "oggettivamente meno grave"<sup>13</sup> della corruzione propria, soltanto perché non si fa riferimento ad un determinato atto illegittimo dell'ufficio quale oggetto del *pactum sceleris*; con la previsione, dunque, di un trattamento sanzionatorio più mite per la novellata corruzione ex art. 318 c.p.<sup>14</sup> Come dire che anche quando l'attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto, essa è sicuramente più grave della condotta dell'agente pubblico che sottomette agli interessi del privato la sua attività<sup>15</sup>. Né ciò può essere sostenuto semplicemente con l'argomento comparatistico: affermando, cioè, che nelle legislazioni spagnole e tedesche la figura della corruzione per l'esercizio della funzione è sanzionata in modo più lieve della corruzione propria<sup>16</sup>.

10. Sulle due diverse concezioni: mercantile e clientelare della corruzione, cfr. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, Milano, 2003, 20 ss.

11. In tal senso, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 104 ss.

12. Cfr. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., 578 ss.; G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, cit., 73 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Bari, 2007, 272 ss.

13. In tal senso P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 8 ss. In senso critico, invece, P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 15.

14. Sulla stessa linea, v. P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 15, secondo cui «piegare una funzione o un servizio alla realizzazione di un interesse privato è ontologicamente più grave che piegare a quell'interesse un atto, espressione di quella funzione o di quel servizio, ipotesi sanzionata, con pena assai più grave, nell'art. 319».

15. Per interessanti considerazioni in proposito, cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 294 ss.

16. Sui modelli di lotta alla corruzione spagnoli e tedeschi, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione*

Si è osservato in dottrina che l'esperienza giudiziaria degli ultimi anni ha messo in luce casi gravi e frequenti caratterizzati dalla stabilità del rapporto tra le parti, tale dunque da non esaurirsi in "atti" conformi o contrari ai doveri d'ufficio anche solo vagamente individuabili, ma esteso in una fitta trama di relazioni nell'ambito delle quali il privato era in grado di controllare l'intera attività del funzionario pubblico o del politico. In numerosi episodi venuti a nostra conoscenza dalle inchieste della magistratura la tangente non è stata perciò finalizzata all'acquisto di questa o quella prestazione del soggetto pubblico, ma a creare e mantenere "buoni rapporti" con politici e amministratori<sup>17</sup>. Cosicché, se si accetta il principio secondo cui la corruzione propria si può configurare unicamente in rapporto a un atto d'ufficio concreto, si escludono dal campo di applicazione di tale figura di reato gli episodi più gravi, quelli in cui il corruttore riesce a controllare tutta l'attività dell'agente pubblico.

## 2. I rapporti con il nuovo delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)

La struttura dell'illecito è rimasta immutata: si tratta di un *reato a concorso necessario* o plurisoggettivo; resta indispensabile l'*accordo* tra l'agente pubblico e il privato (nel senso di soggetto, anche pubblico, estraneo all'esercizio della funzione o del potere)<sup>18</sup>. Il *pactum sceleris* ha oggi per *oggetto* l'esercizio dei poteri o delle funzioni da parte del pubblico agente: il compenso (in denaro o altra utilità) che costui riceve, come si dirà meglio in seguito, non retribuisce più soltanto l'atto non illegittimo del suo ufficio, ma più in generale remunera la presa in considerazione degli interessi di cui è portatore il privato nello svolgimento delle funzioni o nell'esercizio dei poteri pubblici da parte dell'agente<sup>19</sup>. Il consenso del funzionario pubblico alla pattuizione illecita deve essere accertato. L'accordo segna infatti la linea di confine con la "nuova" *istigazione alla corruzione* (art. 322, co. 1, c.p.), in cui l'offerta e la promessa di denaro o altra utilità non è accettata dall'agente pubblico; ovvero si resta allo stadio di sollecitazione se l'iniziativa proviene da quest'ultimo (art. 322, co. 3, c.p.).

della corruzione, cit., 55 ss.

17. Così G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, cit., 80 ss. Secondo P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 298 ss., le ipotesi di "funzionario a libro paga" sono espressione di una allarmante contiguità tra pubblici amministratori e criminalità organizzata.

18. Nel senso che i delitti di corruzione sono reati a concorso necessario, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, artt. 314-335-bis, Milano, 2006, 134 ss.

19. Cfr. D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., 5 ss.; P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 16.

Non sussiste, inoltre, il delitto di corruzione punito all'art. 318 c.p. se l'azione corruttrice resti ignota al pubblico ufficiale perché si arresta ad un intermediario<sup>20</sup>, configurandosi oggi invece il nuovo *delitto di traffico di influenze illecite* ex art. 346-bis c.p. Tale incriminazione punisce condotte prodromiche al vero e proprio accordo corruttivo tra agente pubblico e privato, anticipando dunque l'intervento della sanzione penale. La clausola di sussidiarietà « chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter » connota la norma incriminatrice nel senso di regola di chiusura del minisistema delle figure di corruzione.

L'esclusione del riferimento all'art. 318 c.p. nella clausola di sussidiarietà, pone tuttavia il problema dell'eventuale *concorso* tra la fattispecie di traffico di influenze illecite e la corruzione per l'esercizio della funzione. Secondo una parte della dottrina, non sarebbe configurabile alcun concorso tra le incriminazioni previste agli artt. 318 e 346-bis c.p., poiché quest'ultima disposizione in realtà non punisce i pre-patti funzionali alla realizzazione della corruzione ex art. 318 c.p., ma soltanto preaccordi finalizzati ad atti contrari ai doveri d'ufficio; cosicché, il limite più arretrato della responsabilità penale ex art. 318 c.p. sarebbe costituito dall'istigazione ex art. 322 c.p.<sup>21</sup>. Questa soluzione poggia sull'opzione ermeneutica che, tanto nell'ipotesi in cui il faccendiere si faccia dare il denaro come prezzo per la propria mediazione illecita verso il funzionario, quanto nella ipotesi in cui il compenso sia elargito per remunerare l'agente pubblico, ritiene necessario, nell'interpretazione della nuova disposizione, un preciso ancoraggio di tali condotte al compimento di un atto contrario al dovere d'ufficio<sup>22</sup>.

In definitiva, si reputa che vi sia stata una precisa scelta del legislatore di attribuire rilevanza penale alle sole mediazioni indirizzate al compimento da parte dell'agente pubblico di « un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto dell'ufficio ». Assegnando in tal modo all'"atto contrario ai doveri d'ufficio" un ruolo centrale nella struttura del fatto incriminato, in quanto elemento che di per se esprime il disvalore del patto illecito: sia nei casi di "mediazione a titolo oneroso", quando il mediatore trattiene per se il corrispettivo; sia in quelli di "mediazione a titolo gratuito", allorché il compenso è versato per remunerare il funzionario<sup>23</sup>. La precisazione che l'attività di intermediazione debba tendere al compimento da parte del pubblico agente di un atto contrario ai doveri d'ufficio, rende

20. Cfr. Cass., Sez. VI, 1 febbraio 1993, n. 277, in *Cass. pen.*, 1994, 2429.

21. V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 5 ss. In senso difforme, per la possibilità del concorso di reati, cfr. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190*, cit., 13 ss.

22. P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., II. In tal senso, sembra orientato altresì V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., 190.

23. Così I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 5 ss.

pertanto inapplicabile l'art. 346-bis c.p. alle ipotesi in cui la remunerazione sia invece genericamente corrisposta per l'asservimento della funzione<sup>24</sup>.

Senonché nell'enunciato dell'art. 346-bis c.p. sembra possibile intendere la prima sottofattispecie nel senso che il denaro dato al faccendiere rappresenta il prezzo di una semplice "mediazione illecita" verso l'agente pubblico, senza alcuna diretta relazione coll'adozione di un atto contrario ai doveri d'ufficio. Se si aderisce a tale diversa opzione interpretativa, è allora astrattamente concepibile ricomprendere nell'ambito normativo gli accordi prodromici alla realizzazione di una corruzione funzionale; figura criminosa non resa d'altronde irrilevante per i concorrenti nel delitto di traffico di influenze illecite dalla clausola di sussidiarietà, che non allude all'art. 318 c.p.

Nel quadro di tale ultima ricostruzione ermeneutica, si adduce quale esempio l'ipotesi in cui il faccendiere trattenga una parte del prezzo della sua "semplice" mediazione illecita e la restante parte la destini quale compenso all'agente pubblico nella prospettiva di una corruzione per l'esercizio della funzione<sup>25</sup>. In quest'ultima ipotesi si è perfezionato tanto il reato di traffico d'influenze a seguito dell'accordo tra privato e mediatore, quanto quello della corruzione *ex* art. 318 c.p. qualora il funzionario pubblico effettivamente riceva il denaro per asservire la sua funzione o i suoi poteri agli interessi del privato corruttore. Se si aderisce a quest'ultima alternativa ermeneutica, per evitare il concorso di reati nei confronti del privato e del faccendiere — qualificazione giuridica che appare irragionevole sulla base della chiara funzione di chiusura e residuale dell'incriminazione del traffico di influenze illecite, palesata dalla espressa esclusione dell'applicazione del concorso con le norme sulla corruzione propria (art. 319 c.p.) e la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.) —, la strada obbligata appare quella di far leva sul meccanismo dell'assorbimento del delitto previsto dall'art. 346-bis c.p. in quello dell'art. 318 c.p. (delitto quest'ultimo punito più gravemente), secondo la logica dell'antefatto non punibile: essendo qui il reato meno grave (il traffico di influenze) il mezzo per di realizzazione del reato maggiore (la corruzione funzionale)<sup>26</sup>.

### 3. La rinnovata morfologia della fattispecie astratta di corruzione "funzionale"

All'interno della forma bilaterale dell'incriminazione, il legislatore ha rimodulato la classe dei possibili *soggetti attivi*. Dal versante del *pubblico agente*

24. Cfr. I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, cit., 7 ss.

25. Così D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., 18 ss.

26. Cfr. D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., 19 ss.

(il corrotto), vi è stata l'*estensione a tutti gli incaricati di un pubblico servizio*, e non più solo quelli che “rivestono la qualità di pubblico impiegato”. È stata invero eliminata tale limitazione contenuta nell'art. 320, co. 1, c.p. Per la nuova sottoclasse di soggetti attivi: gli incaricati di un pubblico servizio che non sono pubblici impiegati si tratta di una nuova incriminazione e opera il comma 1 dell'art. 2 c.p.<sup>27</sup>. Dal lato del *privato* (il corruttore), va tenuto presente che l'unificazione delle due sottofattispecie contenute nell'art. 318 c.p. della corruzione antecedente e susseguente ha determinato che non sia più possibile la soluzione legislativa previgente (art. 321 c.p.), in cui il privato non era punibile se la *retribuzione* fosse intervenuta *dopo* il *compimento dell'atto d'ufficio* (c.d. corruzione impropria susseguente)<sup>28</sup>.

Deve poi ritenersi giuridicamente irrilevante il mancato coordinamento della nuova versione dell'art. 318 c.p. con l'art. 321 c.p., che disciplina le pene per il corruttore: in quest'ultima disposizione il riferimento è a tutt'oggi espressamente ancorato “al primo comma dell'art. 318”, nonostante non si possa più parlare di primo comma per contrapporlo ad un secondo; essendo stati — come detto — unificati dal legislatore del 2012 i due commi dell'art. 318 c.p.<sup>29</sup>.

Anche il profilo temporale, contrassegnato dalla *distinzione antecedente/sussequente*, che caratterizzava la corruzione impropria *ante* riforma 2012, non può dirsi definitivamente scomparso dopo la riscrittura dell'art. 318 c.p. e l'accorpamento dei due commi nei quali era prima tipizzata siffatta figura di reato. Certamente, sotto l'aspetto diacronico, non si potrà più assegnare puntuale rilevanza ad una forma di corruzione antecedente e ad una di corruzione susseguente che prenda come necessario punto di riferimento un atto d'ufficio: designando con la prima figura l'accordo tra pubblico agente e privato per la compravendita di un atto che deve essere ancora compiuto; con la seconda ipotesi, invece, la compravendita che ha ad oggetto un atto già compiuto.

Senonché, all'interno dell'enunciato legislativo può tuttavia essere attribuito un doppio ruolo alla *preposizione “per”*, in modo da escludere qualsiasi vicenda abolitiva, anche parziale, dell'ipotesi di corruzione impropria susseguente; in relazione, cioè, ad una retribuzione corrisposta a fronte di un atto d'ufficio ormai adottato dal pubblico ufficiale<sup>30</sup>. La preposizione “per” designa in primo luogo una “*causa*”, che posteriormente collega l'indebita dazione di denaro o altra utilità o la sua promessa all'esercizio della funzione

27. Cfr. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190*, cit., 5 ss.

28. Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 8; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., 6, il quale parla di scelta innovativa del legislatore, che mira a fare “terra bruciata” intorno al fenomeno corruttivo, incriminando fenomeni spesso considerati solo frutto di malcostume.

29. Cfr. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190*, cit., 5.

30. Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., 166.

o del potere da parte dell'agente pubblico. Nel senso che la dazione o la sua promessa di denaro o altra utilità che non gli spettano trova la sua ragione nel fatto che l'agente pubblico sta esercitando o ha esercitato i suoi poteri o funzioni<sup>31</sup>. La preposizione "per", in secondo luogo, può denotare altresì una "finalità" in vista della quale si remunera indebitamente (o si promette di farlo) l'agente pubblico. Quest'ultimo si accorda con il privato ricevendo denaro o altra utilità (o la sua promessa) che non gli è dovuta: oggetto di tale accordo è il mero esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri.

Non sembra in grado di rendere la nuova fattispecie eterogenea rispetto alla previgente nemmeno la scomparsa del concetto di "retribuzione" prima presente nella descrizione della fattispecie legale, essendo comunque rimasto identico il suo contenuto: denaro o altra utilità. Si trattava dell'unica ipotesi di corruzione nella quale era impiegato dal legislatore il requisito della retribuzione<sup>32</sup>. L'elemento della retribuzione denotava la caratteristica di "corrispettivo" riguardo all'atto amministrativo legittimo da compiere o già compiuto, implicando di conseguenza che l'atto fosse esattamente determinato e potesse così rappresentare il termine di paragone della retribuzione<sup>33</sup>.

Tale requisito è stato interpretato in giurisprudenza secondo l'idea di una determinata "proporzione" tra le due prestazioni del sinallagma, affermandosi per quanto concerne le piccole regalie d'uso (*munuscula*) che il delitto di corruzione (art. 318 c.p.) non è configurabile soltanto se esse, per la loro modicità, escludono la ipotizzabilità di corrispettivo dell'atto di ufficio, previo giudizio di *proporzione tra il dono e l'atto medesimo*<sup>34</sup>. Il concetto di proporzione, nel recente passato, è stato esaminato anche dalle Sezioni unite penali, le quali hanno asserito che esso deve essere inteso nel senso di mancanza di sproporzione manifesta tra la prestazione del privato e quella del pubblico ufficiale. La Corte ha però altresì precisato che il concetto di proporzione riguarda soltanto la corruzione impropria, che si riferisce alla "retribuzione non dovuta" per il compimento di un atto dell'ufficio, e non pure la corruzione propria relativa al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, in cui non si fa riferimento al concetto di "retribuzione", essendo sufficiente che la *ratio* sia correlata all'atto contrario ai doveri di ufficio che il pubblico ufficiale, per l'accordo intervenuto, deve compiere o ha compiuto<sup>35</sup>.

31. Cfr. in tal senso T. PADOVANI, *La messa a "libro paga"*, cit., IX, secondo cui il "per" del nuovo art. 318 c.p. deve essere letto indifferentemente in chiave finale o in chiave causale.

32. Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 163; C.F. GROSSO, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. Padovani, Torino, 1996, 201.

33. Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, 220.

34. Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1994, Mambelli, *Cass. pen.*, 1995, 2136; Id., 26 settembre 1989, Gandiosi, *ivi*, 1991, 751; Id., 21 novembre 1983, Corrarati, in *Mass. Uff.*, n. 163610.

35. Cass., Sez. Un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892.

In dottrina ci si è chiesti se il superamento della prospettiva sinallagmatica con l'abbandono della nozione di retribuzione, che aveva consentito di escludere la rilevanza penale di piccoli doni od omaggi (*munuscula*), potrebbe determinare come conseguenza la riconducibilità delle regalie in precedenza tollerate all'area del penalmente rilevante<sup>36</sup>. Si è tuttavia osservato da parte di uno dei primi commentatori alla legge anticorruzione che bisognerà tener conto della nuova previsione — da inserire nel codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 54 d.lgs. n. 165 del 2001) — che vieta a costoro « di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia » (art. 1, co. 44, legge n. 190 del 2012)<sup>37</sup>. Cosicché, il pubblico funzionario in relazione al compimento delle proprie attività non può ricevere alcuna utilità, che non si risolva tuttavia in una regalia d'uso di modesto valore e che sia collegata ad una civile relazione di cortesia<sup>38</sup>.

All'interno dell'enunciato, il legislatore del 2012 ha inserito l'avverbio “*indebitamente*”, al fine di denotare che la ricezione da parte dell'agente pubblico del denaro (o altra utilità) deve essere indebita. Si tratta però di una variazione meramente lessicale rispetto alla precedente locuzione impiegata nel testo dell'art. 318 c.p.: “[retribuzione] che non gli è dovuta”; nessuna modifica sul piano normativo, ma l'uso solo di una formula più sintetica per designare lo stesso concetto. Si uniforma in tal modo l'espressione (“*indebitamente*”) a quella usata dal legislatore per il delitto di concussione.

Se pertanto il denaro o altra utilità sono integralmente dovute alla pubblica amministrazione o all'agente pubblico non si realizza il fatto tipico della corruzione per l'esercizio della funzione. Il denaro (o altra utilità) non è dovuto, è quindi indebito, quando si tratta di una dazione che alla stregua delle norme amministrative (leggi, regolamenti, prassi e consuetudini che disciplinano l'ufficio) il privato corruttore non ha il dovere di effettuare, che non trova cioè nell'ordinamento alcuna fonte giustificatrice: sia nell'*an* sia nel *quantum*<sup>39</sup>.

Del tutto nuova è l'espressione « per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri ». Al fine di una esatta interpretazione del testo legislativo, occor-

36. In tal senso, D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., 7.

37. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 8. Nel Consiglio dei Ministri n. 72 (8 marzo 2013) si è previsto il divieto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni di accettare regali, compensi o altre utilità, salvo quelli di modico valore (non superiore a 150 euro), anche sotto forma di sconto.

38. Così D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 8.

39. Cfr. C.F. GROSSO, in *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 202; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Zanichelli, 2007, 233; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 165; R. VENDITTI, voce *Corruzione (Delitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 757.

re dunque tentare di ricostruire il significato delle due nozioni di “funzione” e “potere”. Ebbene, si tratta di due termini coordinati (funzioni/poteri) che esprimono una sola idea, e dunque di una endiadi? Oppure, dobbiamo escludere di essere in presenza di tale figura grammaticale, e pertanto occorre ricostruire l'ambito dell'incriminazione come se fossero due modalità alternative di integrazione del reato? Ora, sembrerebbe preferibile considerare separatamente i due requisiti di fattispecie: essi esprimono concetti distinti ed eterogenei, contribuendo in modo autonomo a tracciare l'ambito di estensione della norma incriminatrice.

Quanto al concetto di “funzione” non deve essere qui inteso nell'accezione che assume nei “disegni organizzativi”, in cui la distribuzione delle funzioni serve a conseguire un risultato di ordinata distribuzione (attribuzione) di compiti all'interno di un ente (ad esempio, in un certo ente il consiglio ha la funzione deliberativa, il comitato esecutivo ha funzione di attuazione, ecc.)<sup>40</sup>. Piuttosto, il termine “funzioni” denota qui l'attività dei pubblici poteri (o amministrativa) nel suo complesso, la quale, per essere finalizzata, ha giuridica rilevanza nel proprio svolgersi a prescindere dell'atto emanato<sup>41</sup>. Con l'espressione “funzioni” esercitate si designa pertanto, all'interno dell'area precettiva dell'art. 318 c.p., l'insieme delle attività e compiti (una classe di atti) che sono attribuiti dalla legge al pubblico funzionario.

Per quanto concerne poi il concetto di “potere”, esso denota l'attività posta in essere da un agente pubblico nell'ambito dei fini pubblici indicati dalla legge; finalità che l'amministrazione deve perseguire<sup>42</sup>. Potere, dunque, nel senso di potestà: posizione soggettiva, di origine legale, caratterizzata dall'“autorità” per limitare le libertà dei singoli in ragione del bene comune<sup>43</sup>. Il pubblico ufficiale *esercita i suoi poteri* allorché opera come “autorità” nel campo dell'attività regolata dal diritto pubblico. L'ordinamento attribuisce all'agente pubblico la capacità di determinare effetti nella sfera giuridica altrui<sup>44</sup>. Per esempio, il potere che esercita la pubblica amministrazione quale autorità presenta dei contrassegni che l'individuano. In particolare, la titolarità del potere non appartiene in via generale e astratta a tutti i soggetti dell'ordinamento, ma soltanto a quelli individuati dalla norma attributiva del potere. Essendo espressione di autorità, determina effetti giuridici senza il consenso del destinatario; e si esercita mediante l'adozione di un atto tipico

40. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 7 ss.

41. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 445 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Milano, 2011, 339 ss.

42. Cfr., sul tema, l'ampia indagine di G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Torino, 1992, 32 ss., 91 ss.

43. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 506 ss.

44. E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Milano, 2011, 141; A. CERRI, voce *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 2 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 96.

denominato “provvedimento amministrativo”, disciplinato dalla legge per quanto riguarda il procedimento, l’oggetto e gli effetti<sup>45</sup>.

#### 4. Le questioni di diritto intertemporale

4.1. *La duplice relazione cronologica: “diacronica”, tra la corruzione per la funzione e la previgente corruzione impropria; e “sincronica”, tra il nuovo art. 318 c.p. e la corruzione propria*

Dal punto di vista intertemporale, l’aspetto fondamentale da cui muovere è costituito dal fatto che dal novellato art. 318 c.p. si ricava sia una norma *diacronicamente “generale”* rispetto alla norma (speciale) espressa dalla versione previgente dell’art. 318 c.p.; sia una norma *sincronicamente “generale”* rispetto alla coesistente norma (speciale) espressa dall’art. 319 c.p.<sup>46</sup>.

Quanto ai rapporti tra le due norme ricavabili dall’avvicendamento delle due versioni dell’art. 318 c.p., l’elemento del *generico* esercizio delle funzioni o dei poteri ha sostituito, nella struttura linguistica della disposizione, lo *specifico* compimento dell’atto “non illegittimo”, requisito quest’ultimo ormai scomparso. Nel significato assegnabile alla nuova formulazione dell’art. 318 c.p., possono quindi essere ricomprese *tutte* le *precedenti* ipotesi astratte, più delle *altre nuove*. Da non intendersi queste ultime, necessariamente, come classi di fattispecie che costituiscono una “nuova incriminazione” *ex art. 2, co. 1, c.p.*, potendo essere — come vedremo — classi di fattispecie già penalmente rilevanti ai sensi di una diversa norma penale. Non si è verificato perciò — in ragione dell’argomento logico-formale — *alcun fenomeno abolitivo*, neanche parziale. In altre parole, siamo in presenza di una relazione normativa di specie a genere. La riformulazione dell’enunciato legislativo ha determinato il passaggio da una norma speciale a una norma più generale, che ricomprende tutte le classi di fattispecie prima sanzionate penalmente dalla corruzione c.d. impropria, ed ha aggiunto ulteriori classi di fattispecie all’incriminazione *ex art. 318 c.p.*

Si è sostenuto così che la nuova figura « è in grado di offrire copertura normativa sia alle ipotesi di corruzione impropria — sino ad oggi ricadenti nella previgente disposizione — sia ai casi di corruzione per l’esercizio della funzione in cui è individuabile un accordo avente ad oggetto “la compravendita” dell’esercizio della funzione del pubblico agente senza riferimento dunque ad uno specifico atto »<sup>47</sup>. In questa prospettiva, si è esplicitamente asserito che la messa “a libro paga” del pubblico agente in

45. E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 142.

46. Cfr. T. PADOVANI, *La messa a “libro paga”*, cit., X.

47. P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 8.

cambio della disponibilità all'asservimento della sua funzione ricade oggi nel nuovo art. 318 c.p., mentre per la configurabilità della più grave figura dell'art. 319 c.p. occorrerà individuare un atto in senso formale quale oggetto dell'accordo corruttivo<sup>48</sup>.

Cerchiamo allora di approfondire quest'ultimo, cruciale, aspetto. Ebbene, per quanto concerne la tipologia degli astratti casi riconducibili sia alla previgente corruzione per un atto d'ufficio non illegittimo che alla nuova corruzione per l'esercizio della funzione, si è prodotto il fenomeno della *successione meramente modificativa*; e va applicata, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p., la legge in successione più favorevole (e dunque, la *previgente formulazione* dell'art. 318 che prevedeva la reclusione da sei mesi a tre anni, oggi innalzata ad anni uno nel minimo e cinque di reclusione nel massimo)<sup>49</sup>. La piena continuità normativa esclude, dunque, per queste ipotesi qualsiasi intervento *in mitius* se è già intervenuta una sentenza di condanna irrevocabile<sup>50</sup>.

Tra le nuove classi di fattispecie oggi punite mediante la figura di reato della corruzione per l'esercizio della funzione, occorre poi chiedersi se siano effettivamente annoverabili anche quelle prima già sanzionate e ricondotte all'art. 319 c.p.: si pensi alla mera messa "a libro paga" dell'agente pubblico, oppure a quelle ipotesi in cui al momento della stipulazione del patto corruttivo non è specificato con precisione l'atto futuro da compiere o quello già compiuto. Si tratta di sottofattispecie astratte che, seppure svincolate dal riferimento a uno specifico atto, venivano sussunte, a seguito della più recente elaborazione giurisprudenziale, all'interno dell'ipotesi criminosa di corruzione propria.

Invero secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità la *mancata individuazione* in concreto del singolo *atto*, che avrebbe dovuto essere omesso, ritardato o compiuto dal pubblico ufficiale contro i doveri del proprio ufficio, non fa venir meno il delitto di cui all'art. 319 c.p., qualora sia accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale sia stata eseguita in ragione delle funzioni esercitate e per retribuirne i favori<sup>51</sup>. Non è infatti necessario — secondo la Suprema Corte — individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, sussistendo la fattispecie di corruzione propria anche quando, pur rispondendo ogni singolo atto ai requisiti di legge, nell'insieme del servizio reso dal pubblico ufficiale vi sia stato un totale asservimento della funzione

48. Così T. PADOVANI, *La messa a "libro paga"*, cit., X. In senso decisamente contrario, cfr. P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 16 ss.

49. Cfr. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190*, cit., 5.

50. Cfr. E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit., 237.

51. Cass., Sez. VI, 15 febbraio 1999, Di Pinto, in *Cass. pen.*, 2000, 1223; Cass., 5 febbraio 1998, Lombardi, *ivi*, 1999, 3405, con nota di R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione e il requisito costitutivo dell'atto di ufficio: tra interpretazioni abroganti e suggestioni riformatrici*; Cass., 5 marzo 1996, Magnano, *ivi*, 1997, 1338; Id., 29 ottobre 1992, Riso, *ivi*, 1994, 1518.

agli interessi del privato, concretizzatosi in una sostanziale rinuncia allo svolgimento della funzione di controllo in cambio di provati pagamenti in suo favore<sup>52</sup>.

In questo senso, si è osservato in giurisprudenza che per configurare il delitto di corruzione propria non è necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri di ufficio, qualora il pubblico ufficiale abbia ricevuto dall'impresa controllata denaro o altre utilità in misura tale da evidenziare una commistione di interessi atta a vanificare la doverosa funzione di controllo che al pubblico ufficiale è demandata, poiché in tal modo risulta già integrata la violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che sullo stesso incombono<sup>53</sup>. Per esempio, al fine dell'accertamento del reato di corruzione propria commesso dagli appartenenti alla Guardia di finanza, non occorre individuare quale sia esattamente l'atto contrario ai doveri d'ufficio, oggetto dell'accordo illecito negoziato per far sfuggire una società commerciale ai controlli contabili, ma basta che sia stata accertata una grave violazione a tali doveri nella conduzione delle attività istituzionali loro demandate. Si è ritenuta dunque integrata la corruzione *ex art. 319 c.p.* in una vicenda in cui gli agenti della Guardia di finanza avevano eseguito una "verifica" superficiale e affrettata, contravvenendo così al dovere d'ufficio di accertare, in modo rigoroso ed imparziale, la situazione contabile della società esaminata<sup>54</sup>.

Bisogna dunque stabilire con esattezza la sorte di tutte queste ipotesi esaminate negli ultimi dalla giurisprudenza, in cui si è fatto a meno dell'atto d'ufficio<sup>55</sup>. Sono ipotesi che devono essere oggi ricondotte "in blocco" al paradigma della nuova corruzione funzionale *ex art. 318 c.p.*, oppure è necessario sottrarre a tale traslazione normativa una tipologia di casi che continua a risultare penalmente rilevante *ex art. 319 c.p.*?

Per tentare di fornire una possibile soluzione, conviene insistere nell'impiego del modello che si è ormai affermato in giurisprudenza per l'esame delle questioni di diritto intertemporale, ossia il *modello logico-formale* della relazione tra le norme incriminatrici in successione cronologica<sup>56</sup>. Orbene,

52. Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2003, Nucci, in *Mass. Uff.*, n. 227246. In dottrina, in tal senso, cfr. le osservazioni di P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., 294 ss.

53. Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2007, Eliseo, in *Mass. Uff.*, n. 236624. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. VI, 15 maggio 2008, Leoni e altro, *ivi.*, n. 241081; Id., Sez. VI, 16 gennaio 2008, Bevilacqua, *ivi.*, n. 241184. Per una ricostruzione della vicenda anche dal punto di vista storico e comparatistico, cfr. V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 924 ss.; v. inoltre sul tema M. PELISSERO, *La nozione di atto d'ufficio nel delitto di corruzione tra prassi e teoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1011 ss.

54. Cass., Sez. VI, 28 marzo 2001, Sarritzu, in *Cass. pen.*, 2002, 580.

55. Cfr., in proposito, G. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione*, cit., 2691 ss.

56. Cass., Sez. Un., 26 marzo 2003, Giordano, in *Cass. pen.*, 2003, 3310 ss.; Id., Sez. Un., 27 settembre 2007, Magera, *ivi.*, 2008, 898 ss.; Id., Sez. Un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, *ivi.*, 2009, 4113 ss. Per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, cfr. M. GAMBARDILLA, *L'irretroattività*, in *Trattato di diritto*

il nuovo art. 318 c.p. come accennato, dal punto di vista diacronico, è “generale” rispetto al previgente art. 318, perché inserisce nuove sottofattispecie astratte oltre ad assorbire in esso tutte le precedenti. Ma la novellata norma in tema di corruzione per l'esercizio della funzione, dal punto di vista sincronico, è anche “generale” rispetto al coesistente art. 319 c.p. per quanto riguarda la classe delle nuove sottofattispecie. In questa ultima ipotesi, siamo al cospetto di una relazione di genere a specie, inquadrabile nel fenomeno della “specialità sincronica sopravvenuta” (*rectius*: “generalità sincronica sopravvenuta”): *sia*, ad esempio, la sottofattispecie della c.d. messa a “libro paga” del pubblico agente, *sia* quella relativa al *pactum sceleris* avente come oggetto un atto *a priori* non determinato né determinabile sono oggi sussumibili non solo all'interno dell'incriminazione di corruzione propria nella sua dimensione di diritto vivente, ma anche nell'ambito della nuova figura di reato delineata all'art. 318 c.p.

Cerchiamo di spiegarci meglio: le condotte di cosiddetta corruzione “sistemica” che ruotano intorno alla cosiddetta “messa a disposizione” del funzionario pubblico, ovvero quelle relative ai patti corruttivi nei quali non è specificato l'atto d'ufficio da compiere o già compiuto sono state sussunte dalla giurisprudenza sotto l'art. 319 c.p. Si pensi, ad esempio, al caso dell'alto dirigente ministeriale che venga remunerato in vista di ipotetiche e future agevolazioni in favore del privato corruttore; ovvero al politico che riceva donativi di grande valore: come una casa in regalo o il pagamento di una vacanza “di lusso”; oppure al caso in cui degli agenti della Guardia di finanza che, in cambio di denaro, eseguano una verifica fiscale superficiale e affrettata, contravvenendo al dovere d'ufficio di accertare, in modo rigoroso ed imparziale, la situazione contabile della società esaminata<sup>57</sup>. In tal senso, nella giurisprudenza di legittimità si è sostenuto che integra il reato di corruzione propria *ex art.* 319 c.p. sia l'accordo per il compimento di un atto non necessariamente individuato *ab origine* ma almeno collegato ad un *genus* di atti preventivamente individuabili, sia l'accordo che abbia ad oggetto l'asservimento — più o meno sistematico — della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegni al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori<sup>58</sup>.

Coll'entrata in vigore della nuova versione dell'art. 318 c.p., le stesse condotte storiche sono oggi chiaramente sussumibili anche sotto la norma innestata da tale ultima disposizione. Dunque, le condotte di semplice messa a “libro paga” ovvero quelle relative a patti corruttivi che non hanno ad

penale, parte generale, vol. I, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2012, 239 ss.

57. Cfr. Cass., Sez. VI, 28 marzo 2001, Sarritzu, in *Cass. pen.*, 2002, 580; Cass., 25 giugno 1998, Zuin, in *Cass. pen.*, 1999, 3128.

58. Cass., Sez. Fer., 25 agosto 2009, Ferro, in *Mass. Uff.*, n. 245182.

oggetto un atto specificamente individuato da compiere o già compiuto sono astrattamente qualificabili come penalmente illecite sulla scorta tanto della nuova corruzione per la funzione (art. 318 c.p.), quanto della corruzione propria secondo il diritto vivente (art. 319 c.p.).

Va pertanto risolta la preliminare questione: se siamo in presenza di un *concorso formale eterogeneo* di reati (art. 81 c.p.) o di un mero *concorso apparente* di illeciti penali (art. 15 c.p.), applicandosi così in tale ultima evenienza solo una delle due norme incriminatrici simultaneamente vigenti. Non c'è dubbio che ricorra una ipotesi di apparente concorso di reati ex art. 15 c.p., giacché è individuabile una *relazione di specialità sincronica* in astratto tra le due norme. Chiariamo subito che nella relazione normativa, “generale” è la norma che si ricava dall'art. 318 c.p., mentre “speciale” è la restante (art. 319 c.p.)<sup>59</sup>. Sembrerebbe allora tutto semplice: in base alla disciplina prevista dall'art. 15 c.p.<sup>60</sup>, dovrebbe applicarsi tutt'ora l'art. 319 c.p. in quanto esprimente la norma speciale<sup>61</sup>. Inoltre, si è affermato in tal senso che l'intervento normativo non potrebbe avere l'effetto di escludere dalla portata dell'art. 319 c.p. tutte le ipotesi in cui non vi sia la presenza di un atto in senso formale, perché altrimenti si tradirebbe la *ratio legis* consistente nella accentuazione della risposta sanzionatoria per i fatti corruttivi con una evidente “truffa delle etichette”<sup>62</sup>.

Senonché tale soluzione, che riconduce la tipologia dei casi in questione all'art. 319 c.p., e che si fonda grosso modo sul criterio della *specialità* nella relazione sincronica tra norme (e sulla *ratio* della riforma: prevenzione e repressione della corruzione), non può essere accolta; perché sottovaluta il problema mettendo in disparte una serie di aspetti che lo rendono, come vedremo tra un attimo, molto più complicato.

Per tentare di risolvere la questione in modo appagante, occorre — a ben vedere — tener presente due dati: (i) le concrete condotte in esame erano punite dalla prevalente giurisprudenza sulla scorta di una *interpretazione* sicuramente *non “letterale”* dell'art. 319 c.p. Si è così pervenuti ad una dilatazione del campo applicativo dell'incriminazione che riguardo ad alcune ipotesi, probabilmente, travalicando la lettera della legge, è da considerare più vicina alla interpretazione di natura *analogica* che meramente estensiva. (ii) La nuova corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) si *adatta*

59. Cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 786, secondo cui si tratta di una specialità unilaterale per specificazione.

60. Sul principio di specialità in astratto quale il criterio per risolvere il fenomeno del concorso apparente di norme penali: cfr. Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, Giordano, in *Mass. Uff.*, n. 248865; Id., Sez. Un., 28 ottobre 2010, Di Lorenzo, *ivi*, n. 248722.

61. Cfr. V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 15, ad avviso del quale « che poi il novello illecito non si applichi alle figure “specializzate” ex artt. 319, 319-ter c.p., è circostanza dovuta alla loro (perdurante) compresenza ».

62. Cfr. P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, cit., 17.

molto *meglio* a quelle condotte in cui non solo non è stato individuato un atto amministrativo illegittimo, ma vi è stata la semplice accettazione di denaro o altra utilità da parte del funzionario in relazione all'esercizio della sua funzione o dei suoi poteri.

Come si è giustamente scritto, se sul piano *strutturale* i rapporti tra artt. 318 e 319 c.p. si connotano oggi in termini di *specialità* del secondo rispetto al primo; sul piano *funzionale* si caratterizzano in termini di *sussidiarietà* dell'art. 318 c.p. rispetto all'art. 319 c.p., dato che l'applicazione dell'art. 318 c.p. postula la mancata identificazione dell'atto compravenduto<sup>63</sup>. Muovendo allora dalla funzione *sussidiaria* della corruzione *ex* art. 318 c.p., si dovrebbe quindi affermare che, sebbene il legislatore abbia introdotto una norma generale (il novellato art. 318 c.p.) lasciando in vigore la norma (ormai) speciale (art. 319 c.p.), tutti i casi concreti — in cui l'atto d'ufficio non era identificato compiutamente — ricondotti prima alla norma (oggi) speciale attraverso una interpretazione estensiva (e talvolta analogica), fuoriuscente dall'ambito stretto della sua area incriminatrice, e che ricadono adesso pienamente all'interno del perimetro della *norma generale*, devono essere puniti da quest'ultima (fatta salva la regola dell'art. 2, co. 4, c.p.). In questo senso sembra orientata una parte della dottrina, secondo cui, ad esempio, la messa a "libro paga" del pubblico agente deve oggi essere perseguita attraverso il nuovo art. 318 c.p., perché « la riformulazione dell'art. 318, formalmente estensiva dell'area dell'illecito, non è tale rispetto al diritto giurisprudenziale, e risulterebbe invece *in bonam partem*, dislocando sul terreno della corruzione impropria fatti in precedenza valutati come corruzione propria »<sup>64</sup>. Per altro verso, tale esito potrebbe essere giustificato postulando che il legislatore, con la nuova ipotesi di reato, ha voluto effettivamente chiarire che la giurisprudenza formatasi nel recente passato sul punto è da respingere perché non corretta; come se si fosse al cospetto di una disposizione di interpretazione autentica in questo senso.

In pratica si dovrebbe essere in presenza qui di una ipotesi di deroga alla regola prevista dall'art. 15 c.p. della *lex specialis*; deroghe peraltro espressamente consentite nell'ultima parte dell'art. 15 c.p. in cui si capovolge la prevalenza della *lex specialis* in favore di quella generale. E pertanto, pur essendo la norma ricavabile dall'art. 319 c.p. speciale riguardo a quella ricavabile dall'art. 318 c.p., andrebbe impiegata quest'ultima disposizione, perché rispetto all'art. 319 c.p. prevede una fattispecie astratta alla quale ricondurre con maggiore precisione una condotta concreta di messa a "libro paga" o di corruzione di tipo sistemico.

Anche questa soluzione — che in sostanza fa leva sulla valorizzazione estrema del profilo della *sussidiarietà* della nuova corruzione "funzionale"

63. Così T. PADOVANI, *La messa a "libro paga"*, cit., X.

64. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 7 e 17.

rispetto alla corruzione propria — non può tuttavia essere accolta, perché non soddisfa appieno l'attuale conformazione del sottosistema normativo della corruzione per una serie di ragioni sintetizzate nel prosieguo del contributo.

4.2. *Specialità, sussidiarietà o terzo criterio (misto) nei rapporti tra la nuova corruzione per la funzione e la corruzione propria?*

Il diritto è l'arte della distinzione, occorre pertanto trovare un criterio equilibrato e ragionevole per distinguere i casi che restano all'interno dell'art. 319 c.p. (corruzione propria) da quelli che oggi rilevano ai sensi del nuovo art. 318 c.p. (corruzione funzionale). Non sembra però che le due soluzioni sin qui prospettate possano ritenersi soddisfacenti: (a) né quella che si fonda sul criterio della *specialità* in astratto (e sulla *ratio legis* della novella), e che dunque riconduce ancora oggi alla corruzione propria (art. 319 c.p.) tutte le ipotesi controverse in cui, in sostanza, non si è individuato con precisione l'atto d'ufficio compravenduto; (b) e neppure quella che privilegia l'aspetto della *sussidiarietà*, e che dunque attrae alla nuova figura di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) l'insieme di tali vicende illecite.

Ora, l'introduzione della corruzione per la funzione ha segnato l'abbandono dell'esclusivo "*modello mercantile*" della corruzione fondato sulla compravendita dell'atto d'ufficio, schema al quale la tradizione giuridica italiana era saldamente ancorata. Si è giunti oggi a prendere dunque in considerazione anche il "*modello clientelare*" della corruzione, che si radica nella semplice infedeltà del pubblico agente e postula pertanto l'esclusione del momento sinallagmatico tra la dazione (o promessa) e uno specifico atto d'ufficio<sup>65</sup>. L'abbandono del requisito dell'atto ha provocato perciò un vero e proprio mutamento di paradigma: con il distacco dalla concezione mercantile il richiamo non è più al singolo atto (o anche ad una pluralità di determinabile di atti), ma più genericamente all'esercizio della funzione, col superamento dell'ancoraggio della corruzione ad uno specifico atto quale oggetto di mercimonio<sup>66</sup>.

Si tratta di ipotesi in cui vi è la mera accettazione di utilità da parte dell'agente pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni o poteri, attività riconducibile quindi ad uno schema corruttivo di tipo clientelare. Il contenuto offensivo è qui incentrato essenzialmente sul patto e il pericolo per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione è solamente eventuale. L'oggetto del *pactum sceleris* non è precisamente determinabile. A seguito della modifica del 2012, il bene giuridico oggetto di protezione sembra pertanto sostanziarsi nella fiducia dei cittadini circa la lealtà, corret-

65. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., 20 ss., 564 ss.

66. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., 576 ss.

tezza e fedeltà dei pubblici agenti. Il nuovo art. 318 c.p. appare polarizzato più sull'imparzialità della pubblica amministrazione, piuttosto che sul buon andamento della stessa; i due momenti: imparzialità e buon andamento tornano, invece, ad essere tutelati insieme nel successivo art. 319 c.p.

Ebbene dalle premesse concettuali sin qui delineate, sembrerebbe ragionevole sostenere che una porzione dei casi astrattamente riconducibili al paradigma dell'asservimento della funzione pubblica ad interessi privati senza che sia compiutamente identificato l'atto d'ufficio, dovrebbe continuare a rilevare ai sensi del delitto di corruzione propria sulla scorta di due fondamentali argomenti. In primo luogo, l'art. 319 c.p. esprime oggi una norma speciale rispetto a quella ricavabile dal coesistente art. 318 c.p.; e dunque in base alla regola dell'art. 15 c.p. dovrebbe prevalere in quanto *lex specialis*. In secondo luogo, sussiste una evidente omogeneità di disvalore tra alcune ipotesi di asservimento della funzione precedentemente assegnate alla corruzione propria — si pensi ad esempio alla verifica fiscale superficiale compiuta da agenti della Guardia di finanza a fronte di un corrispettivo non dovuto — e la compravendita del singolo provvedimento amministrativo illegittimo (quale ad esempio un permesso di costruire una abitazione privata).

Mentre, resterebbero nell'ambito applicativo del nuovo art. 318 c.p. i casi d'infedeltà pura, nei quali non è accertato un nesso sinallagmatico tra la dazione (o promessa) e l'attività del pubblico funzionario; nel senso che il compenso non è in alcun modo collegato all'esercizio effettivo di specifici poteri o funzioni pubbliche, che si sono dispiegate in una azione in senso lato amministrativa<sup>67</sup>. La dazione (o promessa) è genericamente effettuata nei confronti dell'agente pubblico, e non è connessa ad una sua attività specifica che individua la "causa" del pagamento. La consegna del denaro (o altra utilità) è eseguita "in ragione" (e non come corrispettivo o retribuzione) delle funzioni o dei poteri da lui esercitati. Quello che si rimprovera al pubblico agente è perciò di essere permeabile agli interessi privati, violando in tal modo il dovere di fedeltà e correttezza che in ottica costituzionale dovrebbe improntare la sua azione. Inoltre, dovrebbero essere sussunti all'interno del campo applicativo del nuovo delitto di cui all'art. 318 c.p. i casi di asservimento delle funzioni o dei poteri agli interessi dei privati dietro compenso, allorché si tratti di un'attività dovuta e priva di spazi di discrezionalità. Si deve trattare chiaramente di funzioni o poteri che ineriscono concretamente all'ufficio o al servizio dell'agente pubblico: l'attività svolta rientra nella sua competenza funzionale.

La linea di demarcazione così tracciata trova, a ben vedere, una parziale corrispondenza nel *Progetto di legge "Ferranti"* del 2012: dove si introducono ben due nuove figure di corruzione per lo svolgimento della funzione: la prima e meno grave figura, è costituita dalla corruzione "in relazione

67. In senso diverso, F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, cit., 163 ss.

allo svolgimento della funzione”, che prescinde dal legame tra un atto predeterminato e l’utilità indebitamente corrisposta o promessa; la seconda fattispecie punisce, in modo più severo della precedente (e della corruzione propria), “l’asservimento continuativo, totale o parziale, della funzione”.

In definitiva, occorre oggi tenere distinte almeno due macro-ipotesi.

(i) L’ipotesi — riferibile all’art. 319 c.p. — in cui, seppure il patto corruttivo non abbia ad oggetto uno specifico atto individuale, sia tuttavia possibile stabilire il genere di atti o comportamenti che il funzionario si è impegnato a compiere (o ha compiuto) a favore del privato, prendendo in considerazione la sfera di competenza funzionale dell’agente, le caratteristiche del corruttore e le modalità del pagamento concordate<sup>68</sup>.

(ii) L’ipotesi — riconducibile al nuovo art. 318 c.p. — in cui l’agente pubblico si accorda con il privato corruttore, nel senso di mettere a disposizione di quest’ultimo la sua funzione o i suoi poteri in relazione al compimento di eventuali e non specificati atti (o comportamenti) che si riflettono a vantaggio del privato. Qui la dazione (o promessa) è finalizzata non ad ottenere un determinato o determinabile atto d’ufficio dal pubblico agente, ma a creare le condizioni per ottenere futuri o eventuali favori. Il pubblico funzionario viene pagato in vista di future attività o per attività in favore del corruttore, che al momento del patto non sono determinati né determinabili<sup>69</sup>. Si tratta di patti corruttivi in cui l’agente pubblico riceve denaro (o altra utilità) in connessione al semplice esercizio delle sue funzioni o poteri, a prescindere da una specifica attività da compiere o da un atto da emanare. L’atto è qui realmente sostituito dalla funzione all’interno del *pactum sceleris* come oggetto di mercimonio. Sono ipotesi di mera infedeltà, meno gravi delle precedenti, che correttamente devono essere allocate in una diversa norma che le punisca in modo meno severo, tutelandosi in questi casi la semplice fedeltà e lealtà dei pubblici agenti. In pratica, con l’innesto della nuova figura della corruzione per l’esercizio della funzione si è sottratta all’area incriminatrice dell’art. 319 c.p., così come era stata determinata dal diritto vivente, soltanto quella porzione fatti che, a ben vedere, erano ricondotti — da parte della giurisprudenza di legittimità — alla disposizione in tema di corruzione propria in virtù di una attività interpretativa di natura chiaramente *analogica*.

A dispetto delle numerose e complesse questioni sollevate dalla riformulazione dell’art. 318 c.p. (e più in generale dalla nuova “legge anticorruzione”), compito di ciascun operatore del diritto resta quello, ineludibile, di sforzarsi nel cercare la risposta più corretta. Allora, come possiamo non dare torto al grande filosofo del diritto americano Ronald Dworkin di recente scomparso, secondo il quale i giuristi compiono un grave errore quando

68. Sul punto, cfr. F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, E.S.I., 2012, 178.

69. Cfr. F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, cit., 179.

assumono che non possa esserci un'unica risposta corretta in un caso difficile. Ci ha spiegato Ronald Dworkin nel suo capolavoro "I diritti presi sul serio" che il mito per cui vi sia una sola risposta giusta ad una complessa questione di diritto è arduo da smontare. E ciò vale a dimostrare che non si tratta di un mito<sup>70</sup>.

70. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 399 ss., 414.