

LO STATO PATOLOGICO DEL PROVVEDIMENTO
AMMINISTRATIVO QUALE ESITO DEL DELITTO
DI CONCUSSIONE E CORRUZIONE

Anna Chiara Farina*

SOMMARIO: 1.- Invalidità amministrativa e fattispecie di reato; 2.- I delitti di concussione ed induzione indebita a dare o promettere utilità; 3.- Il delitto di corruzione: il novellato assetto dei rapporti tra l'art.318 e 319 c.p.; 4.- Invalidità dell'atto espressione del potere discrezionale nei delitti di corruzione e concussione; 5.- Ingerenza del giudice ordinario e potere di disapplicazione; 6.- Invalidità dell'atto nei delitti di corruzione e concussione nell'esercizio dell'attività vincolata della Pubblica Amministrazione; 7.- Ulteriori profili di compatibilità tra invalidità amministrativa e illiceità penale; 8.- Conclusioni.

1.- Invalidità amministrativa e fattispecie di reato.

Il rapporto intercorrente tra atto amministrativo e reato si esprime tradizionalmente in termini di problematicità, poiché i momenti di sovrapposizione che intercorrono tra invalidità amministrativa e illiceità penale, pur determinando significativi risvolti anche di natura processuale, non godono né di una disciplina organica, né di una adeguata speculazione teorica.

L'oggetto della presente indagine concerne la possibilità di verificare l'eventuale sussistenza di uno stato patologico del provvedimento amministrativo che partecipa al delitto concussivo o corruttivo, o per meglio dire, se e a quali condizioni tali ipotesi delittuose possano contemplare la produzione di un provvedimento, e, in subordine, quale stato viziante possa eventualmente verificarsi, considerando la struttura e gli elementi richiesti dal diritto penale per integrare la condotta criminosa.

In altri termini, si vuole interpretare lo stato che invalida il provvedimento che a vario titolo partecipa all'economia di tali figure di reato, in virtù dei momenti di contatto che intervengono nella realtà giudiziaria tra queste categorie appartenenti a differenti branche del diritto.

Và altresì considerato che le figure di reato che s'intendono approfondire in relazione a questo tema, presentano – anche e soprattutto a seguito delle modifiche intervenute per mezzo della Legge n. 190 del 2012 – profili di notevole complessità, che vanno a loro volta rapportati alla natura

discrezionale o vincolata dell'attività della P.A. entro la quale vanno ad inserirsi.

Parte della dottrina afferma che non sarebbe corretto parlare di atto amministrativo illecito, poiché quest'ultimo «è sempre e solo sottoposto ad un giudizio di validità e non di liceità»¹. Innanzitutto occorre distinguere: l'invalidità² rappresenta la difformità dell'atto dallo schema legale, posto in essere in violazione di norme che attribuiscono poteri³, o laddove il provvedimento amministrativo venga ad inserirsi in una attività illecita; l'illiceità rappresenta un comportamento lesivo di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, si riferisce ad una condotta della p.a., posta in essere in conseguenza di un precedente atto amministrativo o in violazione di doveri imposti da disposizioni di legge, e solo occasionalmente questi due aspetti possono sovrapporsi.

Talvolta un atto lecito, può essere invalido e viceversa. Ipotesi in cui questi due profili tendono a convergere possono configurarsi quando «l'illegittimità abbia leso un interesse sostanziale del privato, determinando un danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'articolo 2043 c.c., ma anche in questi casi, non è l'atto amministrativo a potersi definire illecito, bensì il comportamento dell'amministrazione che ha adottato l'atto e lo ha mandato ad esecuzione, sempreché ricorrano gli altri elementi costitutivi dell'illecito (colpa o dolo, nesso di causalità)»⁴.

Si procede alla scomposizione e allo studio della patologia del provvedimento con la consapevolezza che la legge 6 novembre n. 190 del 2012 (nel mostrare i perversi meccanismi attraverso i quali i fenomeni concussivi e ancor di più quelli corruttivi permeano con carattere di sistematicità il settore pubblico), rende indispensabile focalizzare l'impegno ricostruttivo proprio sull'analisi comparativa fra le fattispecie criminose di cui agli articoli 317, 318, 319 e 319 *quater* del codice penale, e le singole espressioni di invalidità che possono manifestarsi laddove l'evento delittuoso abbia luogo col compimento di un atto amministrativo: la materia è sempre stata un *punctum dolens*

*Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Salerno.

¹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 379.

² Tra i vari, trattano dell'invalidità del provvedimento amministrativo, O. RANELLETTI, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; L. RAGNISCO, *Revoca e annullamento di atti amministrativi*, in *Foro. it.*, 1907, III; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.; G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giornale di dir. Amm.*, (2005).

³ Cfr. PERONGINI, *Teoria, cit.*, 2016.

⁴ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 1153.

dell'apparato amministrativo, che ha sempre fortemente risentito da un lato dell'eccessiva ingerenza del giudice penale nelle scelte di merito della P.A., e dall'altro della scarsa capacità del legislatore nel circoscrivere con chiarezza i comportamenti criminosi posti in essere dai pubblici ufficiali, cosa che, creando indeterminazione nelle stesse fattispecie incriminatrici, ha spesso reso facile il verificarsi di fenomeni di illegalità, e necessaria la "supplenza" della magistratura penale laddove era evidente l'incapacità degli organi amministrativi di porre un argine a condotte illegittime dei suoi funzionari.

L'incognita di maggior rilievo risiede nella valutazione inerente al fatto che quando si fa riferimento all'atto amministrativo, si prende in analisi una fattispecie che non solo appartiene ad una diversa branca dell'ordinamento giuridico, ma che in virtù di ciò presenta aspetti che sono propri del diritto amministrativo e che dunque lo rendono assai differente dalla fattispecie di reato così come viene costruita nel diritto penale.

È necessario individuare il filo conduttore che consenta di avviare una indagine al fine di inquadrare l'atto amministrativo quale esito del delitto concussivo e corruttivo nella corretta categoria patologica secondo i crismi delineati dalla branca amministrativa del diritto, e, come spesso accade, il riferimento primo non può che farsi discendere dall'oggetto giuridico tutelato rispettivamente dai due ordinamenti, e che permette di operare una prima scrematura.

Risulta scontato ricordare che la pubblica amministrazione persegue il pubblico interesse considerato nella sua generalità, interesse che proprio per la sua vastità non consentirebbe di circoscrivere con chiarezza quale offesa a quale bene produce effetti che incidono sulla validità dello stesso atto amministrativo, parimenti, il buon andamento e la imparzialità della p.a., sebbene costituiscano valori di tenore costituzionale, presentano contorni assai poco definiti, e non offrono all'interprete criteri adeguatamente risolutivi per l'analisi ermeneutica delle singole fattispecie delittuose⁵. Occorre altresì chiarire che quando si parla di reato, ci si riferisce ai delitti c.d. tecnici, cioè quei reati che prescindono dalla allocazione del fatto nella realtà fenomenica, necessitano di elementi ulteriori, di concetti giuridici extra-penalistici, che talvolta rilevano come vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie penalistica, e in questo senso, «sembra particolarmente utile raffrontare il modo in cui sono correntemente utilizzati dal giudice penale alcuni concetti giuridici appartenenti al diritto amministrativo con il significato che essi trovano nel

⁵ Al riguardo si veda M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, art. 314-335- bis cod. pen., ed. III, Milano, 2013, 11.

loro settore di appartenenza o – meglio – con il significato che quelle nozioni hanno assunto nel diritto amministrativo attuale»⁶.

Partendo da questo postulato occorre individuare quegli interessi del settore pubblico la cui esigenza di tutela è sentita in maniera così stringente che si è ritenuto di realizzarla elevando questi stessi interessi a oggetto giuridico di reato: i principi fondamentali dell'amministrazione.

Attualmente, nell'assetto dei rapporti fra Stato e privato cittadino, il bene giuridico tutelato dalle norme penali cui si fa riferimento, risulta essere ora il buon andamento ora l'imparzialità ora la trasparenza delle pubbliche amministrazioni⁷, anche se in un'ottica costituzionalmente orientata, ma sicuramente di centrale rilievo: si tratta di beni giuridici di rilevanza penale, che però sono anche valori propri della attività amministrativa, che indirizzano e orientano le funzioni poste in essere dalla P.A. e che giustificano il conferimento ad esse dato dei poteri che la legge gli assegna, ed è proprio a questi beni giuridici che bisogna riferirsi per individuare il primo nesso tra atto amministrativo e fattispecie di reato.

Tuttavia anche così il bene giuridico risulta di natura così estesa che non si può negare che talune condotte lesive, ponendosi in maniera piuttosto "innocua", siano passibili di sola sanzione amministrativa; proprio per tale motivo è necessario circoscrivere quelle specifiche condotte che assumono rilievo all'interno della fattispecie penale.

Quando si parla di "Pubblica Amministrazione" si indica un agglomerato di strutture istituite per l'espletamento di funzioni amministrative; essendo assente una definizione generale, il compito di delinearne i confini attraverso l'elaborazione di indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente⁸ è spettato a dottrina e giurisprudenza.

Anche in diritto penale non vige una definizione che interpreta restrittivamente la P.A., per questa intendendosi l'insieme delle funzioni pubbliche devolute allo Stato come ad altro ente pubblico.

A maggior ragione la complessità della materia è altresì acuita dalla evidente constatazione che nel diritto penale la stessa nozione di atto amministrativo assume un significato tecnico-giuridico differente rispetto a

⁶ C. CUDIA, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Riv. Dir. pubbl.*, n. 3 (2017), 1.

⁷ Ancora andando più a fondo riscontriamo beni che attengono a specifiche branche della attività amministrativa, quali la sicurezza pubblica, la salute pubblica e così via.

⁸ Gli indici di più comune utilizzo elaborati in dottrina e in giurisprudenza per accertare la natura pubblica di un ente viene desunta da: a) *esistenza di un sistema di controlli pubblici*; b) *partecipazione dello Stato o altro P.A. alle spese di gestione*; c) *costituzione su iniziativa pubblica*; d) *esistenza di un potere di direzione dello Stato in capo ad un ente pubblico*; e) *ingerenza di un potere pubblico nella nomina degli organi di vertice*; f) *finanziamento pubblico istituzionale*.

quello che solitamente ha nel diritto amministrativo: nell'ordinamento penale la definizione è idonea a ricomprendere finanche i comportamenti e l'attività negoziale, ed infatti «tutto ciò che conduce a un'incriminazione penale» determina «significativi mutamenti rispetto al modello originario»⁹.

Si evidenzia quindi nel ramo penalistico un tangibile allargamento della nozione *de qua*, che comprende in realtà tanto il singolo atto o provvedimento come l'insieme dell'attività amministrativa, di carattere autoritativo come di quello paritetico.

Qui il discorso si fa interessante, perché l'atto amministrativo, nell'economia del reato può svolgere una funzione più o meno pregnante, a seconda che abbia rilevanza interna, poiché l'atto integra uno degli elementi della fattispecie penale, od esterna, allorché l'atto si collochi al di fuori della fattispecie, svolgendo quindi un ruolo differente in relazione alla fattispecie di reato a seconda che ne costituisca la condotta, il suo oggetto materiale o un suo presupposto.

Ne discende che la rilevanza del provvedimento sotto il profilo penalistico è strettamente connessa alla sua idoneità ad integrare una condotta di reato.

L'accezione di atto amministrativo penalisticamente intesa, ricomprende quindi l'insieme dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione che persegue l'interesse pubblico e subordinatamente ai principi sostanziali che tale attività regolano, così come i concetti extra-penalistici che fanno riferimento a nozioni amministrative non sono stati tradotti *sic et simpliciter* nel diritto penale, «ma vengono sottoposti ad una verifica di compatibilità ed eventualmente plasmati e adattati alle esigenze di criminalizzazione»¹⁰.

Ad esempio il processo di volatilizzazione che l'interpretazione estensiva che il giudice penale ha progressivamente compiuto attorno alla nozione di atto amministrativo al fine di ampliare l'ambito applicativo del reato di corruzione, ha comportato quale conseguenza «la forzatura dei limiti strutturali della fattispecie che aveva reso l'incriminazione della corruzione propria il ricettacolo funzionale allo stato di permanente necessità punitiva»¹¹.

Ne deriva, altresì, che l'atto di ufficio penalmente rilevante si sottrae a facili delineamenti definitivi, poiché non viene interpretato in senso formale, ma include ogni condotta o comportamento che, posto in essere dal pubblico funzionario, venga meno al rispetto di quei doveri di onestà, imparzialità e fedeltà che debbono da questo essere osservati.

⁹ M. AMISANO TESI, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 64.

¹⁰ A. FERA, *Diritto amministrativo e reato: il ruolo dell'atto, le patologie, le fattispecie di concussione e corruzione*, in *Salvisjuribus.it*, (2018).

¹¹ A. GARGANI, *La fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *Riv. dir. pen. proc.* (2014), 1032.

Non è un dato di poco conto perché a voler interpretare letteralmente l'articolo 319 c.p., l'atto riveste un ruolo da protagonista, atteso che è mediante questi che si definisce il disvalore del delitto e se ne circoscrive il contenuto¹².

Il compito del diritto penale è poi quello di sanzionare attraverso la disapplicazione l'illiceità dell'atto amministrativo, quantomeno di quegli atti che avendo una struttura formale, possono essere accertati attraverso un'operazione di raffronto tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, fermo restando che solo un eventuale impugnazione dell'atto dinanzi al giudice amministrativo può condurre ad una declaratoria di annullamento o di nullità.

E infatti nel nostro ordinamento, anche l'atto amministrativo illegittimo, espressione sia dell'attività vincolata così come di quella discrezionale, produce effetti, seppur precari.

La scelta di riconoscere efficacia anche all'atto che viola il vincolo posto dalla legge (nell'attività vincolata), permette di esprimere una riflessione: la produzione di effetti è espressione della regola generale che riconosce identità di effetti tra atto annullabile e atto valido per ragioni di economia e di certezza giuridica¹³. Ancora, l'efficacia di ogni atto invalido dipende dalla scissione del piano della validità dal piano dell'efficacia¹⁴: l'efficacia degli atti deriva quale conseguenza della rilevanza giuridica dell'atto, che si è prodotto nell'ordinamento, i cui effetti sono sì removibili, ma per ragioni di certezza dell'azione amministrativa, subordinatamente al rispetto del termine di decadenza rispettivamente previsto per la domanda di annullamento giurisdizionale e per la domanda di annullamento d'ufficio.

Vi è una tripartizione di ipotesi in cui l'atto amministrativo che esplica rilevanza esterna acquista anche interesse giuridicamente apprezzabile per l'ordinamento penale¹⁵: i provvedimenti di carattere processuale che rilevano anche nell'ambito penalistico, come il provvedimento di autorizzazione a procedere, atti che estinguono un'ipotesi di reato, come la concessione in sanatoria e atti *sub* normativi che sono di ausilio nella circoscrizione dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, come quelli che integrano le norme penali "in bianco".

Tra gli atti amministrativi a rilevanza interna assumono invece apprezzabile interesse sotto il profilo penalistico quattro categorie¹⁶: quegli atti che rappresentano la condotta illecita che integra la fattispecie di reato, poiché l'illiceità sorge dall'attività amministrativa illegittimamente esercitata (reati atto), si pensi ad esempio all'omissione di atti d'ufficio *ex art.* 328 c.p., ovvero quando l'atto stesso si configura quale oggetto materiale della condotta ed

¹² Cfr. C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016.

¹³ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 111.

¹⁴ Sul tema PERONGINI, *Teoria, cit.*, 2016.

¹⁵ Cfr. FERA, *Diritto amministrativo e reato, cit.*

¹⁶ Ancora, cfr., *Id.*, *Diritto amministrativo e reato, cit.*

integra il fatto tipico (si parla in tali casi di reato su atto), piuttosto che configurarsi quale un presupposto positivo o negativo della condotta medesima (reato con atto presupposto), come l'ipotesi di una costruzione senza la concessione edilizia o nel secondo caso l'inosservanza di provvedimenti autoritativi adottati dalla P.A., ed infine l'ipotesi di reato denominata di corruzione, nella quale l'atto amministrativo è invalido perché esplica una modalità della condotta, a prescindere che sia legittimo o illegittimo l'atto stesso, poiché esso estrinseca uno dei segmenti oggettivi dell'illecito, ed infatti può essere dato dall'adozione del provvedimento stesso, ovvero perché pur essendo legittimo il provvedimento è illegittimo l'oggetto dello scambio che si pone a base dell'adozione del medesimo (reato in atto).

Sia nell'ipotesi di reati atto che reati in atto, l'atto amministrativo entra nella descrizione del fatto tipico ed assume il ruolo di elemento costitutivo, a prescindere dall'invalidità del provvedimento che può o meno sussistere secondo le regole del diritto amministrativo¹⁷: laddove l'invalidità dell'atto amministrativo stesso sia una delle cause dell'incriminazione, ne consegue che i vizi stessi dell'atto sono imprescindibili ai fini dell'esistenza del reato, al contrario, quando non si verificano questi presupposti, il giudice provvederà semplicemente a procedere con l'istituto della disapplicazione, atteso che solo una eventuale sentenza del giudice amministrativo può determinare, in ogni caso, la nullità o l'annullamento dell'atto medesimo.

È evidente quindi che l'atto amministrativo, quando è elemento costitutivo del reato, può incidere sul perfezionamento della fattispecie incriminatrice. L'invalidità che qui preme, può estrinsecarsi nelle forme della nullità e annullabilità: quando si parla di invalidità nel diritto amministrativo tuttavia, non bisogna considerarla come negazione di validità, ma come vera e propria fattispecie che si pone in termini di autonomia rispetto al concetto di validità¹⁸. Sebbene il richiamo non possa essere che ricondotto agli stati patologici di nullità e di annullabilità elaborati in sede di disciplina civilistica, è chiaro che tale bipartizione presenta profili di forte peculiarità in questo settore dell'ordinamento, così come ambedue non esauriscono il contenuto delle difformità dell'atto, che posso incidere, o talvolta non incidere, sulla validità dello stesso o sulla sua efficacia.

Sin da subito infatti è bene chiarire che nel settore di cui si sta trattando, non potrebbero verificarsi ipotesi di inesistenza, poiché l'atto inesistente è un atto che non esplica alcuna efficacia giuridica, giacché che la sua caratteristica principale è quella di non esistere: in questo senso, non è ravvisabile neppure

¹⁷ Cfr. *Id*, *Diritto amministrativo e reato*, *cit.*

¹⁸ Cfr. VILLATA RAMAJOLI, *il provvedimento*, *cit.*; ma in questo senso già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, il quale afferma che la fattispecie invalida produce degli effetti diversi da quelli della fattispecie valida, che si atteggiavano diversamente a seconda di come essa viene disciplinata nei singoli ordinamenti.

un «simulacro di provvedimento amministrativo»¹⁹. L'atto inesistente è un atto che non è viziato *ab origine* ed in maniera assoluta, ma è un vero e proprio “non-atto”²⁰ a causa della sua macroscopica difformità dell'atto dallo schema legale, e, pertanto, non necessita né di eliminazione mediante pronuncia giurisdizionale, né con decisione giustiziale, né in via di autotutela. Neppure a seguito della riforma del 2005, che pure ha sciolto i dubbi sull'ammissibilità della nullità nel diritto amministrativo, si è sopita la discordia dottrina sulla configurabilità della figura, che ancora ad oggi non ha formale copertura positiva.

Mentre parte della dottrina ha escluso la stessa ammissibilità di un atto amministrativo inesistente²¹, altra parte ha cercato di salvare la categoria ma solo ed esclusivamente con riferimento agli atti che provengono dal privato²², escludendo che la patologia *de qua* possa estendersi all'atto amministrativo *strictu sensu*, altra dottrina ancora ritiene che si tratti sì di atti amministrativi, ma viziati in maniera così stringente da poter escludere che abbiano una qualsivoglia giuridica rilevanza.

La giurisprudenza amministrativa talora parla di “inesistenza o nullità assoluta”²³, equiparando le due categorie o comunque considerandole fungibili, quantomeno in presenza di radicale nullità, al riguardo appare opportuno citare autorevole Autore, il quale afferma che «su un versante si colloca l'invalidità dell'atto, su un altro e diverso l'esistenza dello stesso. Se come specie o forma di reazione della prima, l'ordinamento riconosce solo l'annullabilità, l'alternativa è tra annullabilità e inesistenza, ove viceversa l'ordinamento ammetta pure la nullità, l'alternativa sarà tra annullabilità/nullità e inesistenza, ma in ogni caso solo il primo termine di tale alternativa è riferibile all'atto»²⁴.

Mentre in sede giurisprudenziale pare continui a seguirsi l'orientamento precedente alla legge n. 15 del 2005, come dimostrano alcune pronunce del Consiglio di Stato quando afferma che «un provvedimento amministrativo può considerarsi assolutamente nullo o inesistente solo nelle ipotesi in cui esso sia espressamente qualificato tale dalla legge oppure manchi di un elemento essenziale dell'atto stesso»²⁵, in sede dottrinale vi sono posizioni che differiscono anche sensibilmente in ordine alla questione: vi è chi ritiene che di inesistenza, dopo l'intervenuta definizione della nullità quale categoria generale formalizzata sul piano del diritto positivo, possa parlarsi in ipotesi assai limitate, concernenti al più l'atto *ioci* o *docendi causa*, ovvero in caso di

¹⁹ PERONGINI, *Teoria, cit.*, 385.

²⁰ PERONGINI, *Teoria, cit.*, 386.

²¹ CASSETTA, *Manuale, cit.*, 610 ss.

²² Cfr. A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1986 (ma 1916).

²³ Cons. St., sez. IV, 25/06/2013, n. 3449.

²⁴ Così VILLATA RAMAJOLI, *Il provvedimento, cit.*, 382.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 14/07/1999, n. 948.

incompletezza della fattispecie²⁶; ancora vi è chi piuttosto limita le ipotesi di inesistenza «in un determinato fatto o fenomeno della realtà nei quali non è ravvisabile un atto giuridico o quantomeno un atto giuridico ascrivibile alle categorie di cui si tratta»²⁷, ossia un fatto giuridicamente irrilevante e non un atto amministrativo, non imputabile ad una pubblica amministrazione.

Va in ogni caso tenuto presente che, nel cercare di fare chiarezza in ordine alla specifica patologia che può inficiare l'atto, non può darsi una risposta univoca, in parte per la scarsa attenzione prestata dalla giurisprudenza (di gran lunga più attenta a chiarire quando il fatto dia vita ad un illecito piuttosto che interpretare lo specifico stato invalidante il provvedimento), in parte perché bisogna tener conto della specifica fattispecie concreta che può venire all'attenzione dell'interprete e che può condizionare e direzionare le riflessioni in ordine a quale tipo di vizio si verifichi.

Non può quindi che procedersi esaminando singolarmente i casi che rappresentano la varietà di risposte che l'ordinamento offre in ordine ad una questione che si può considerare ancora aperta, vieppiù considerando che l'attività posta in essere dal p.u. soggiace a regole differenti a seconda che si espliciti come vincolata o discrezionale.

Generalmente, si definisce atto vincolato quell'atto predeterminato dall'ordinamento.

È vincolata quell'attività in cui non v'è spazio di esercizio per la P.A. nell'apprezzamento tecnico o di interessi circa i presupposti dell'esercizio del potere e circa la scelta del contenuto del provvedimento, in virtù di disposti normativi cui la stessa P.A. è soggetta e a cui non può derogare, ossia l'atto amministrativo vincolato non costituirebbe espressione del potere amministrativo²⁸. Tale atto non sarebbe costitutivo dei propri effetti, ma svolgerebbe la funzione di dare attuazione alla norma, che rimane l'unica fonte di essi, e adempirebbe a tale compito attuativo per mezzo della corrispondenza che esplica con la fattispecie astratta.

Vi è però innanzitutto da considerare che seppur richiamate chiaramente nell'articolo 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 “qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” e nell'art. 31, co. 3 del c.p.a. “Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata”, sia la definizione di atto che quella di attività in termini di vincolatività è assai imprecisa e confusa²⁹.

²⁶ G. D'ALLURA, *Inesistenza e nullità dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it.

²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Invalità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in riv. di *Diritto Pubblico* (2015), 203 ss.

²⁸ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 101.

²⁹ Cfr. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, *Federalismi.it*, riv. dir. pubblico italiano, comparato, europeo, ed. 5 aprile (2017).

Brevemente: alla tesi che sostiene la natura di mero atto al provvedimento amministrativo vincolato, che *de facto* non esprime alcuna decisione e quindi nessun potere, si oppone la constatazione che l'atto si pone come costitutivo dei suoi effetti, ma non come decisione degli stessi, che invece sono dalla legge predeterminati che è poi la differenza sostanziale che lo diversifica dall'atto discrezionale.

Si richiamano alcuni esempi pratici al fine di chiarire il concetto: si pensi al decreto di esproprio quale atto meramente esecutivo in virtù di quanto statuito da un previo provvedimento, nel quale la dichiarazione di pubblica utilità circoscrive quello che è l'oggetto dell'espropriazione e tutti i corollari che ne derivano, come ad esempio il termine entro cui espropriare: in questi casi non può negarsi che fintanto che l'atto non viene adottato dalla P.A. non si produce l'effetto traslativo della proprietà a favore dell'amministrazione³⁰.

Quando invece la legge si limita a disciplinare gli aspetti essenziali dell'esercizio del potere pubblico e della materia sulla quale tale potere è destinato ad incidere, lasciando un margine di apprezzamento nell'adozione della decisione finale fra più comportamenti tutti astrattamente giuridicamente consentiti, in ordine ad una ponderazione comparativa di più interessi, quello pubblico primario e secondario, si parla di discrezionalità amministrativa.

2.- I delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità.

Quando si procede all'esame degli eventuali stati patologici che possono afferire all'atto amministrativo che partecipa al reato, preliminarmente è necessario individuare gli elementi e i contenuti richiesti per integrare le ipotesi delittuose considerate.

E' pacifico che commetta il delitto di concussione il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, secondo l'articolo 317 del codice penale, Libro II Titolo II Capo I, così come modificato dalla legge n. 190 del 2012, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, con un quadro edittale che va dai sei ai dodici anni.

Tale delitto, reato proprio del p.u., rientra fra i più gravi tra quelli che possono essere commessi dai Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, reato peraltro quasi assente all'interno degli ordinamenti giuridici degli altri paesi Europei.

Bisogna in questa sede brevemente evidenziare che il delitto di concussione è stato storicamente oggetto, assieme al delitto di corruzione, di un vivace dibattito non solo dottrinario ma anche giurisprudenziale in ordine a quali dovessero essere i confini applicativi dell'uno e dell'altro, discendendone dalla distinzione non poche conseguenze di natura pratica.

³⁰ Cfr. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit.

*Il discrimen*³¹ tra i delitti di concussione e corruzione ha sempre rappresentato, nella nostra tradizione giuridica, «uno dei luoghi più nebulosi e al contempo nevralgici dello statuto penale della pubblica amministrazione»³². Rimaneggiare questo confine, significa incidere su complesse questioni di natura giuridica cercando di garantire un quadro unitario, conseguendone che ogni innovazione *in subiecta materia* deve fare i conti con convenzioni culturali, spesso tra loro contrastanti, nelle quali si instaurano le relazioni tra cittadino e pubblica autorità³³.

L'elaborazione giurisprudenziale più risalente caratterizzava tale figura di reato facendo riferimento perlopiù al *metus publicae potestatis*, attraverso il quale l'*intraneus* poneva in essere delle condotte illecite sul presupposto dell'abuso di potere ovvero delle sue qualità, la cui distinzione poggia sulle competenze dell'agente, riferibile al solo abuso di poteri, in quanto «la nozione di abuso dei “poteri” è riferita all'ipotesi in cui la condotta rientra nella competenza tipica dell'agente, quale manifestazione delle sue potestà funzionali per uno scopo diverso da quello per il quale sia stato investito dalle medesime, mentre quella di abuso della “qualità” postula una condotta che, indipendentemente dalle competenze proprie del soggetto attivo, si manifesti quale strumentalizzazione della posizione di preminenza dallo stesso ricoperta nei confronti del privato»³⁴.

Conviene ricordare che la concussione si configura solo in presenza di costrizione, intesa quale abuso o minaccia, correlata funzionalmente all'abuso e che determina il soggiogamento del privato dinanzi al potere pubblico.

Va detto che, sia in caso di violenza che in caso di minaccia, i termini sono quelli della coazione psichica relativa, a scapito di chi riteneva dovessero verificarsi gli estremi della coartazione assoluta, circostanza che avrebbe eccessivamente ridotto le ipotesi di effettiva realizzazione della fattispecie³⁵, la quale offre al privato una possibilità di scelta tra la dazione o la promessa, o la soccombenza al male ingiusto.

Lo schema del tipo legale richiedeva maggiore chiarezza sotto il profilo della condotta dell'agente, con la necessità di distinguere tra condotte

³¹ Sulla distinzione fra i due delitti si citano, *ex multis*, A. SESSA, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di Tangentopoli rinnovate esigenze di riforma*, in *Ind. pen.*, 2001, 29 ss.; A. SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 358 ss.

³² V. MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, n° 3 (2013).

³³ Cfr. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit.

³⁴ Cass. pen., Sez. VI, 9/07/2010, Pentimalli, in *Riv. pen.* (2012), 110.

³⁵ Cfr. E. MUSCO G. FIANDACA, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 2016.

pienamente costrittive e quelle che «si limitano ad incidere, senza piegarlo, sul processo motivazionale del destinatario»³⁶.

Dunque, a fronte dell'esigenza di garantire un maggiore equilibrio nel riparto di responsabilità tra concussore e concusso, la legge n. 190 del 2012 ha inteso ricostruire questa complessa figura istituendone una *ex novo*, allocata nell'ambito disciplinare del delitto di corruzione: l'articolo 319 *quater* c.p., intitolato: "induzione indebita a dare o promettere utilità" secondo il quale "salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi.

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

La novità dello spacchettamento del vecchio delitto di concussione sta sicuramente nell'aver ricondotto nella vecchia figura le ipotesi tradizionali di concussione costrittiva con esclusione della punibilità del privato, circoscrivendo le modalità attraverso le quali possa effettivamente considerarsi avverato il requisito della coartazione, mentre la nuova figura di induzione indebita ricomprende le ipotesi per così dire induttive e che dunque presentano dei requisiti di costrizione meno tangibili.

Le pressioni internazionali hanno assunto, in realtà, un grande ruolo nella bipartizione del delitto, innanzitutto attraverso il "Working group of Bribery", in seno all' OCSE, che invitava l'Italia a modificare proprio la figura della concussione³⁷, poiché in virtù della sua modulazione, avrebbe potuto interferire come esimente nella configurazione del delitto di corruzione internazionale³⁸.

In seguito, anche nei rapporti GRECO, nel marzo 2012, era stata segnalata l'esigenza di rinnovare la disposizione di cui al previgente art. 317 c.p., poiché si correva altrimenti il rischio che il vero corruttore sfuggisse alle sanzioni presentandosi come vittima di concussione: il rapporto evidenziava infatti come l'articolo 317 c.p. avrebbe potuto «portare a risultati irragionevoli, in

³⁶ S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 391.

³⁷ Sulla definizione della condotta induttiva nella fattispecie di concussione *ex art.* 317 c.p. prima della novella legislativa ad opera della legge n. 190 del 2012, si riportano le parole della Corte di Cassazione, VI sez., 1 ottobre 2003, n. 49538, ai sensi della quale «Nel reato di concussione l'attività di induzione non è vincolata a forme tassative, rilevando a tal fine ogni comportamento del pubblico ufficiale che sia comunque caratterizzato da un abuso dei poteri che valga ad esercitare una pressione psicologica sulla vittima, in forza della quale quest'ultima si convinca della necessità di dare o promettere denaro od altra utilità per evitare conseguenze dannose».

³⁸ PHASE 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy – December 2011.

quanto colui che offre la tangente ha il diritto insindacabile di essere esentato dalla sanzione»³⁹.

In tale prospettiva l'introduzione dell'articolo 319 *quater* c.p. segna l'accoglimento di una nozione di induzione che sia priva del carattere fraudolento con il ripristino della distanza sanzionatoria tra costrizione e induzione.

Nell'analizzare le ragioni della riforma alla luce delle riflessioni internazionali bisogna altresì tener conto della definizione che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha dato della coartazione in termini psicologici, individuando il criterio distintivo tra costrizione e induzione⁴⁰ ed enunciando il principio di diritto in virtù del quale «la linea di discriminazione tra le due fattispecie ruota intorno al fatto che, nell'induzione indebita prevista dall'articolo 319 *quater* del Codice Penale, si assiste ad una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Al contrario, nel reato, più grave, della concussione per costrizione si sarebbe in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario»⁴¹, ma nello stesso momento si tiene presente che la definizione stessa di concussione è complicata dalla figura di concussione ambientale elaborata in giurisprudenza, con la quale si fa riferimento a quelle ipotesi nelle quali il pubblico agente in realtà non mette in atto alcuna condotta che possa definirsi direttamente induttiva, ma pone in essere dei comportamenti suggestivi che instillano nel privato la convinzione di dover adempiere alla dazione o promessa illecita sulla scorta di una prassi percepita come consolidata ed ineluttabile, ma dove non si scorge alcuna minaccia o sollecitazione, conseguendone che si era «posto in luce come la concussione sia sistematicamente utilizzata dai difensori degli imputati e contribuisce a prolungare le indagini e i procedimenti per corruzione internazionale»⁴², richiamando all'attenzione degli operatori del diritto la necessità di una rielaborazione della figura.

Si è dunque giunti a delineare questa ipotesi di reato quando il pubblico agente profitta della diffusa prassi di illegalità che pervade l'ambiente pubblico cui il reato si realizza, e a cagione di questa induce o spinge, sia pure indirettamente, il privato ad esaudire le sue richieste o non esplicitate aspettative.

³⁹ Cfr. Rapporto GRECO di valutazione sull'Italia – Tema I Incriminazioni – Terzo ciclo di valutazione, punto n. 108.

⁴⁰ Sulla distinzione tra concussione e induzione nel previgente art. 317 c.p., cfr. T. PADOVANI, *Il confine conteso*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.* (1999).

⁴¹ Corte di Cass., sez. un., 14/03/2014, n. 12228.

⁴² *Phase 3 Report, cit.*, B.I. 31.

Al contrario se sia dimostrato che il privato ha volontariamente aderito al *pactum sceleris* vi sarà margine per il delitto di corruzione piuttosto che di concussione. La conseguenza sul piano pratico dunque non è di poco conto se si considera che finalmente si è abbandonata la prospettiva del privato vittima, andando questi ad occupare, laddove si integrino gli elementi della fattispecie *ex* articolo 319 *quater* c.p., una posizione per così dire ibrida cui viene estesa la punibilità, anche se con quadri edittali decisamente più morbidi rispetto a quelli previsti per il pubblico ufficiale che si renda soggetto attivo del medesimo delitto, e che d'altro canto risponde ad un diverso disvalore penale della condotta medesima, che non può non riverberare anche la differente condizione del P.U. rispetto al privato cittadino.

La *ratio* sottesa alla figura di induzione indebita sta quindi «proprio nell'esigenza, più volte manifestata in sede internazionale, di evitare il più possibile che si aprano spazi di impunità per il privato che effettui dazioni o promesse indebite di denaro o altre utilità ai pubblici funzionari, adeguandosi a prassi di corruzione diffusa in determinati settori»⁴³.

Bisogna inoltre tenere conto che nell'articolo 319 *quater* c.p., l'induzione indebita è collegata al compimento di un atto d'ufficio, ossia la causa stessa della dazione o della promessa, che implica una iniziativa da parte dell'*intraneus*, fosse anche in termini di inerzia o scrupolosa osservanza delle norme regolamentari: se così non fosse, cioè se l'iniziativa provenisse in tutto e per tutto dall'*extraneus*, si verificherebbe una ipotesi di corruzione e non di induzione indebita.

Al riguardo si è già posto in evidenza come in passato vi sia stata una certa ritrosia nel tratteggiare una netta linea di demarcazione fra le due figure delittuose della concussione e della corruzione. Ciononostante, anche in virtù dell'introduzione dell'articolo 319 *quater* c.p. appare necessario delimitare i casi in cui la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta si riferisca all'una piuttosto che all'altra ipotesi di reato. Risulta corretto fare riferimento al rapporto intercorrente tra le parti quale canone interpretativo nella lettura di entrambi gli articoli, partendo dal presupposto che mentre nel delitto di corruzione la posizione del corruttore e del corrotto risulta essere *sic et simpliciter* paritaria, per cui entrambi i soggetti consapevolmente e in piena libertà concludono il *pactum* al fine di trarne reciproco vantaggio, si considereranno avverate pienamente le condizioni richieste dalla norma che introduce l'induzione indebita ogni qualvolta risulterà invece prevalente la volontà prevaricatrice del funzionario, ossia i casi nei quali lo stesso effettivamente è in una condizione di supremazia rispetto al privato, il quale (pur permanendo a questi un margine di scelta), risulta influenzato nella sua

⁴³ R. GAROFOLI, *La nuova legge anticorruzione, tra prevenzione e repressione*, 17, *rielaborazione della relazione svolta al Convegno "Il contrasto alla corruzione: le prospettive aperte dopo la legge 6 novembre 2012, n. 190"*, tenuto in Corte di Cassazione il 17 aprile 2013.

libertà di autodeterminazione dallo stato di soggezione nel quale versa nei confronti di un rappresentante di un pubblico potere e di cui quest'ultimo consapevolmente si avvale. Nella concussione è l'abuso del funzionario a determinare la volontà altrui.

La riferibilità ad una sorta di coartazione psicologica blanda dell'articolo 319 *quater* c.p., e dunque resistibile dal privato giustifica però la sua punibilità, in maniera atipica rispetto a quanto nell'ordinamento previsto per i casi di aggressione psichica, ed ecco perché si è volutamente fatto leva sull'avverbio indebitamente, che caratterizzerebbe la condotta dell'*intraheus* in termini di incompatibilità con quanto statuito dalle norme che disciplinano l'ufficio o il servizio e che si configura quale nesso funzionale tra induzione e dazione (o promessa).

Per quanto invece attiene più specificamente al reato di concussione *ex* articolo 317 c.p., non sono mancati gli auspici di parte degli ambienti dottrinari volti alla sua eliminazione, sulla scorta della sua eccessiva similarità col reato di estorsione *ex* articolo 629 del codice penale.

La scelta, invece, della sua conservazione nel nostro panorama ordinamentale si spiega non solo alla luce di un legame con la nostra tradizione giuridica, ma anche perché la lesività del fatto sull'autodeterminazione della vittima e sul buon andamento della p.a. nonché la sua imparzialità, non può essere ricondotta in un'area sterile come un reato contro il patrimonio, quale sua *species* qualificata dalla natura del soggetto agente, d'altro canto l'autonomia della norma si spiega alla luce del fatto che l'abuso non può configurarsi semplicemente quale circostanza aggravante del delitto di cui all'articolo 629 c.p., senza che non si snaturi la stessa essenza del fatto illecito⁴⁴.

La seconda sezione penale della Corte di Cassazione⁴⁵, ha avuto cura di chiarire che si definiscono di concussione tutte le ipotesi in cui la costrizione del pubblico agente si realizzi con il compimento di un atto o di un comportamento del proprio ufficio, strumentalizzato per la realizzazione illegittima di scopi personali mentre l'estorsione aggravata si configura quando l'agente minacci il privato del compimento di atti o comportamenti che non attengano al proprio ufficio, conseguendone che la sua qualifica si pone come mero elemento rafforzativo dell'efficacia intimidatoria della minaccia, ma sia di per sé connotato dalla pura occasionalità⁴⁶.

Ciononostante, alla luce della riforma, la legge non appare propriamente esente da critiche più o meno giustificate.

Ciò che più si lamenta delle forse più pubblicizzate che reali modifiche intervenute sul terreno della concussione a posteriori dell'intervento legislativo

⁴⁴ Cfr. SEMINARA, *I delitti*, cit., 388.

⁴⁵ Cass. pen., II sez., 18 marzo 2014, n.12736.

⁴⁶ Cass. pen., II sez., 18 marzo 2014, n. 12736.

è il paternalismo mostrato dal legislatore, che in buona sostanza ha imposto al privato la necessità di opporsi alla condotta induttiva posta in essere dall'*intransiens* per escluderne la punibilità, esigendo quasi un dovere di resistenza, ed anzi, in questo senso vi è anche chi addirittura ha affermato che «può sembrare un paradosso, ma a ripercorrerla, la vicenda dell'anticorruzione (la nascita, la genesi, l'approvazione) è tutta un grande paradosso, che ha partorito una leggina mediocre, una bandierina da piantare sulle macerie della corruzione italiana elevata ormai a sistema, per consentire all'Italia, e al governo Monti, di riscuotere comunque il plauso della comunità internazionale a prescindere dalla concreta efficacia delle nuove norme»⁴⁷.

3.- Il delitto di corruzione: il novellato assetto dei rapporti tra l'art. 318 e 319 c.p.

La corruzione come violazione delle regole etiche è, come ebbe a dire Seneca, un vizio non tanto legato al tempo, quanto alla natura intrinseca dell'uomo.

Non è una conseguenza insolita dunque, che la corruzione espandesse i suoi confini ben oltre l'ambito morale, nella dimensione pubblica e all'interno di questa, nella pubblica amministrazione, così come non è un dato ignoto che la corruzione amministrativa sia un fenomeno che ad oggi presenta una stabilità sistemica, permeando il settore pubblico coadiuvata dalla corruzione politica⁴⁸.

La situazione attuale in Italia tiene conto del consenso internazionale di cui il nostro Paese prende parte, e non è un caso che l'attenzione internazionale si sia attestata su questo fenomeno proprio a causa della sua pervasività balzata all'evidenza anche attraverso l'utilizzo di Indici internazionali quali il "Global Corruption Barometer" e il "Corruption Perception Index", elaborati da Transparency International: vero è che i dati emersi debbano fare i conti con la "cifra oscura" dei casi di corruzione non denunciati, ma non può negarsi che dalla loro lettura appaia già evidente come la degenerazione delle nostre strutture istituzionali sia di gran lunga fra le più elevate in Europa, a testimonianza di un degrado istituzionale⁴⁹ frutto di una disfunzione del sistema e che ha determinato vicende giudiziarie eclatanti come la vicenda "Tangentopoli".

Non si può negare che l'Italia abbia cercato di porre rimedio ad un sistema di lotta alla corruzione che è apparso agli occhi dell'ambiente internazionale decisamente insoddisfacente, attraverso l'elaborazione di un sistema

⁴⁷ D. STASIO, *Le questioni sul tappeto*, in *Cassazione penale*, n. 2 (2013).

⁴⁸ Cfr. M. D'ALBERTI, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 1.

⁴⁹ Cfr. *ex multis* M. ARNONE L.S. BORLINI, *Corruption, economic Analysis and International laws*, Cheltenham, 2014, 1 ss.; M. MAGATTI, *Corruzione politica e società Italiana*, Bologna 1996, 257 ss.

frammisto di strumenti preventivi e repressivi di cui ad oggi non è possibile ancora pienamente concordare abbia prodotto risultati significativi.

La disciplina della corruzione opera quale vero e proprio microsistema costituito dalle disposizioni di cui dall'articolo 318 al 322 *bis* del codice penale, ad oggi profondamente mutato dal rinnovato rapporto tra l'articolo 318 e 319 del c.p.: se in passato era quest'ultimo ad avere un peso preponderante, quale "corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio", palesandosi l'ipotesi *ex* articolo 318 c.p. quale residuale, ad oggi il quadro disciplinare va valutato alla luce della riforma Severino, segnatamente ad opera dell'articolo 1, comma 75, lett. F), e alla totale modifica dell'articolo 318 c.p. che da "corruzione per un atto d'ufficio" (o impropria) diviene "corruzione per l'esercizio della funzione", ponendosi esso stesso *de facto* quale *genus* del delitto *de quo*⁵⁰ (almeno dal punto di vista sistematico, atteso che ancora ad oggi la giurisprudenza tende a relegare l'operatività della norma a sparuti casi). Si ricordi inoltre che la corruzione si pone quale reato proprio funzionale, pertanto è necessario che l'attività di asservimento rientri nella competenza o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto, nel senso che occorre che sia espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione che quest'ultimo esercita, come infatti ha cura di chiarire la Corte di Cassazione nel caso "Tempa Rossa" «il delitto di corruzione appartiene alla categoria dei reati "propri funzionali" perché elemento necessario di tipicità del fatto è che l'atto o il comportamento oggetto del mercimonio rientrino nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto, nel senso che occorre che siano espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione esercitata da quest'ultimo, con la conseguenza che non ricorre il delitto di corruzione passiva se l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell'accordo illecito non comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabile, e invece sia destinato ad incidere nella sfera di attribuzioni di pubblici ufficiali terzi rispetto ai quali il soggetto agente è assolutamente carente di potere funzionale»⁵¹.

L'articolo 318 c.p. sanziona con una pena alla reclusione da uno a cinque anni "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"⁵², cui si aggiunge anche l'incaricato di pubblico servizio. È chiaro dunque l'intento del legislatore di disancorare il reato dal compimento dell'atto, venendo ad assumere rilevanza il mercimonio della funzione (si pensi

⁵⁰ D. PULITANO', *La novella in materia di corruzione*, in *Legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)*, in *Cass. pen.* (2012), suppl. al n. 11, 8.

⁵¹ *Cass. pen.*, sez. VI, 26/02/2016, n. 33435.

⁵² L'articolo 1, lett. e della l. 27 maggio 2015, n. 69, ha innalzato il massimo edittale della pena da cinque a sei anni.

ad esempio al fenomeno del pubblico ufficiale a busta paga), cioè di asservimento del pubblico ufficiale non per uno specifico atto, ma per il complesso delle attività che egli esercita in virtù delle norme che gli attribuiscono quelle funzioni o quei poteri.

Rispetto all'articolo 318 c.p., si evidenzia l'eliminazione del riferimento alla retribuzione, quale prestazione del privato corruttore, sostituito dal più duttile rimando al denaro o altra utilità, e ancora, giacché le due fattispecie di corruzione antecedente e susseguente sono state oggetto di una *reductio ad unum* ad opera della riforma, non è più prospettabile per il privato corruttore la soluzione esplicitata dall'articolo 321 c.p., che ne escludeva la punibilità nella seconda ipotesi di delitto se la retribuzione fosse intervenuta dopo il compimento dell'atto d'ufficio, derivandone conseguenze di natura sanzionatoria più lievi e limitate al solo pubblico agente mediante la ricezione del denaro o dell'utilità: in questo senso la riforma ha avuto il pregio di assoggettare sia il corrotto che il corruttore al medesimo destino sanzionatorio sotto l'unica etichetta di mercimonio della funzione ed estendendo la consumazione del reato anche alla sola accettazione della promessa, così non escludendo la punibilità della corruzione susseguente, che rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'articolo 318 del codice penale.

Dunque, il *pactum sceleris* tra *intraneus* ed *extraneus* diviene il punto focale del delitto di corruzione a prescindere dal compimento dell'atto, rappresentando ad oggi l'elemento costitutivo del reato, il cui contenuto consiste da un lato nel mercimonio della funzione, dall'altro nella dazione di danaro o di altra utilità ovvero nella promessa.

Ciò che induce un certo stupore, è che il rapporto tra l'articolo 318 c.p. e l'articolo 319 c.p. non appare pienamente coerente con lo spirito della riforma: se infatti l'intento era quello di circoscrivere e sanzionare ipotesi di condotte corruttive che rispecchiano la dilagante sistematicità che esse hanno assunto nel settore della pubblica amministrazione, spostando il baricentro del delitto dall'atto al patto, allora appare certamente coerente introdurre una fattispecie come la corruzione per l'esercizio della funzione, che come detto, appare assumere un ruolo di primaria rilevanza rispetto alle fattispecie di cui all'articolo 319 c.p. e 319 *ter* c.p., che parrebbero orbitare attorno ad essa come fattispecie speciali. Tuttavia, risulta poi assai poco congruo continuare a prevedere una forbice edittale assai più severa per la tradizionale ipotesi di corruzione propria, rispetto a quella per il mercimonio della funzione, a onta del fatto che non integrando questa necessariamente la produzione dell'atto, si porrebbe quale ipotesi di minore disvalore penale, quando invece appare chiaro che mercificare l'intera attività del pubblico agente è cosa assai più grave del compimento di un singolo atto, e difatti « 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»⁵³.

Inoltre, problemi si pongono anche in ordine alla prestazione del privato corruttore come del pubblico ufficiale: quelli inerenti alla scarsa determinatezza della stessa, atteso che il mercimonio della funzione di per sé può integrare condotte differenti anche in ordine al disvalore insito in ciascuna di esse, e dunque sul disvalore del *pactum* in generale, talché ne consegue l'esigenza di una differenziazione anche per quanto riguarda la risposta sanzionatoria. Mentre meno difficoltà incontrano gli atti conformi ai doveri d'ufficio, che ben possono integrare una condotta illecita *ex* articolo 318 c.p., più difficile appare individuare l'oggetto del patto in relazione all'attività del pubblico agente che, ponendosi sicuramente come illegittima non ancora è determinata nell'atto da compiersi.

Vero è che l'eliminazione del riferimento alla retribuzione del corruttore spinge verso una interpretazione in senso estensivo⁵⁴, nel cui caso la sproporzione tra prestazioni non assumerebbe più rilevanza come in passato poiché «quando il mercimonio ha ad oggetto atti contrari ai doveri d'ufficio l'offesa al corretto funzionamento della pubblica amministrazione tende a prescindere dal *quantum* della dazione»⁵⁵, ma in realtà, esprimendosi la funzione illegittima in termini di atto contrario ai doveri d'ufficio, appare più congruo allocare l'ipotesi in esame nell'ambito applicativo dell'articolo 319 c.p., poiché in questo caso il disvalore inteso quale pericolo per il buon funzionamento della pubblica amministrazione (che chiaramente si pone quale bene costituzionalmente tutelato dalla norma), è assorbito proprio dall'atto contrario, che integra gli elementi della fattispecie speciale di corruzione «propria»⁵⁶.

Dal punto di vista tecnico giuridico, l'esercizio di funzioni e di poteri cui fa riferimento la norma, circoscrive e perimetra l'attività corruttibile rispettivamente del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio.

Il fatto che sia stato eliso il riferimento alla retribuzione del privato corruttore risponde anche a più generali orientamenti di politica criminale rivolti ad ampliare la gamma di ipotesi integranti la fattispecie *de qua*, ed infatti eliminare il carattere retributivo significa allentare il legame del sinallagma che

⁵³ P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *La responsabilità delle società e degli enti locali* (2013), n. 1, plenum, 15.

⁵⁴ T. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.* (2012), 9 ss.

⁵⁵ F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in MATTARELLA, PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 409.

⁵⁶ Rientrerebbero nell'alveo dell'art. 319 c.p. anche quegli atti che pur definibili come contrari ai doveri d'ufficio sono determinati solo nel *genus*, in questo senso cfr. Cass. pen., sez. VI, 17/02/1996, Carboni, in *Cass. pen.* (1997); Cass. pen., sez. VI, 30/09/1996, Penna in *Mass. Cass. pen.* (1997).

connota le prestazioni dei soggetti attivi che prendono parte al *pactum sceleris*, ma questo non significa la volontà di eliminarlo *in toto*: è vero che il precedente orientamento giurisprudenziale sulla scorta dell'interpretazione del previgente articolo 318 c.p., richiedeva un rapporto di necessaria proporzione, con esclusione della configurazione del delitto di corruzione impropria laddove l'oggetto della prestazione di una delle parti (*recte* il privato) fosse costituito dai cosiddetti *munuscula* (donativi in segno di stima o di omaggio), ma è vero che, anche a seguito della riforma, la fattispecie non si emancipa completamente né dal sinallagma né conseguentemente dal carattere retributivo della prestazione. Si prenda in considerazione l'ipotesi significativa dell'atto conforme ai doveri del proprio ufficio: se prescindessimo dal requisito del carattere sinallagmatico-retributivo, e quindi dalla natura corrispettiva della prestazione, sarebbe difficile individuare il legame illecito delle condotte tenute dal corruttore e dal corrotto. L'incognita che si pone a questo punto è data dal fatto che la intervenuta eliminazione del riferimento alla retribuzione dal dato letterale della norma amplia significativamente il novero di ipotesi che potrebbero rientrare nella fattispecie, senza però dare gli strumenti adeguati per poter tentare l'individuazione del rapporto di corrispettività tra prestazioni che rende l'illecito penale e non disciplinare.

Conclusivamente appare corretto ritenere che il novellato articolo 318 del c.p. e il suo riferimento ai poteri e alle funzioni rende più complesso poi, individuare con certezza quali comportamenti e quali atti integrino gli estremi del delitto, e d'altro canto la disposizione, così come elaborata, tende a ricomprendere in sé condotte anche molto disomogenee fra loro in termini di disvalore, ma va altresì ammesso che presenta il pregio di aver rafforzato il sistema repressivo di lotta alla corruzione, e di aver eliminato «la discrasia tra il modello di tutela vigente e quello vivente, nell'ambito del quale già da tempo il patto corruttivo si era emancipato dall'atto d'ufficio»⁵⁷.

4.- Invalidità dell'atto espressione del potere discrezionale nei delitti di corruzione e concussione.

Per identificare l'eventuale vizio invalidante l'atto amministrativo all'interno del delitto corruttivo, è determinante individuare la natura discrezionale o vincolata dell'attività di cui l'atto stesso è promanazione.

In questo contesto bisogna anche tenere conto delle difficoltà ad inquadrare il delitto nell'ipotesi *ex art. 318 c.p.* piuttosto che *ex art. 319 c.p.*, poiché l'individuazione dei criteri che dovrebbero concorrere a porre una linea di demarcazione tra corruzione per atto discrezionale conforme al proprio ufficio (ad oggi corruzione per l'esercizio della funzione) e corruzione per atto discrezionale contrario ai doveri d'ufficio, è ancora ad oggi un punto

⁵⁷ CINGARI, *La corruzione*, cit., 417.

interrogativo cui non si è riusciti a dare una risposta pienamente soddisfacente⁵⁸.

Non vi è dubbio che il pubblico ufficiale possa, nell'esercizio dell'attività discrezionale, scegliere il tipo di condotta più efficace per il raggiungimento del risultato più opportuno in assoluto per la pubblica amministrazione. Proprio questa maggiore libertà concessa al p.u. nell'esercizio dei suoi poteri e delle sue funzioni, ha richiesto uno sforzo da parte degli studiosi e degli operatori del diritto, nel cercare di ricostruire il vizio di cui fosse affetto l'atto amministrativo, che sia esito dell'accordo criminoso di cui all'articolo 319 del codice penale.

Si parte dal postulato secondo il quale anche l'esercizio del potere espressione della discrezionalità della pubblica amministrazione, debba necessariamente essere correlato alla tutela del pubblico interesse, ed in quanto tale, esso è sempre sindacabile, poiché giuridicamente tutelati sono gli interessi sui quali quel potere trova esplicazione⁵⁹.

In questi casi l'atto discrezionale si pone in termini di contrarietà ai doveri dell'ufficio, divenendo oggetto del *pactum sceleris* nell'ambito di un rapporto fra i partecipanti alla negoziazione criminosa caratterizzata dalla *par condicio contractualis*.

Il compenso per il pubblico ufficiale è il corrispettivo della prestazione così come pattuita con il soggetto privato, conseguendone che il pubblico ufficiale deve essere munito del potere e della competenza (o quantomeno l'ente deve essere competente) per adottare l'atto oggetto del patto illecito, e per tale ragione il provvedimento può verosimilmente essere viziato da una qualche forma di illegittimità e dunque annullabile⁶⁰.

Lo stesso eccesso di potere, nella sua figura sintomatica di sviamento di potere, parrebbe la categoria più adeguata a ricomprendere nel suo seno tale ipotesi, che si configura infatti quando si persegue un interesse diverso da quello pubblico ovvero una causa diversa da quella corrispondente al potere

⁵⁸ *Ex multis* F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione, Trattato di diritto penale, parte speciale*, II, Napoli, 2011, 90. ss.; cfr. SPENA, *Il «turpe mercato»*, *cit.*; G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.* (1979), II, 305 ss.; G. FORNASARI, *Delitti di corruzione*, in BONDI, DI MARTINO, FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 192 ss.; M. ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, nota a Cass., Sez. VI, 3 maggio 1967, in *Riv. It. dir. proc. pen.* (1967), 1314 ss.

⁵⁹ Così cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.* XIII, Milano, 1964.

⁶⁰ Parte della dottrina più rigorosa ritiene invece indefettibilmente invalido l'atto amministrativo nell'economia del delitto di corruzione propria, sul presupposto che l'invalidità stessa possa rappresentare l'obiettivo ultimo del corruttore (si pensi alla nullità di una graduatoria affinché possa ripetersi il concorso fallito), si veda ROMANO, *Fatto di corruzione, cit.*, 182.

esercitato⁶¹: «l'importante è che ricorra una distonia fra il fine istituzionale dell'ente e del provvedimento in questione e quello in concreto perseguito [...] ogni potere è finalizzato al perseguimento di un determinato interesse pubblico. Il risultato concretamente perseguito deve essere coerente con il potere esercitato»⁶².

Non è un caso che questo orientamento sia stato più volte ribadito dal giudice di legittimità: una recente sentenza⁶³ della Corte di Cassazione, annullando in sede di riesame un'ordinanza cautelare emessa dal tribunale di Catania, nei confronti di un pubblico ufficiale indagato di concorso per delitto di corruzione, insieme ad un soggetto interessato per l'ottenimento di un appalto in una gara ad evidenza pubblica, nel ritenere sussistenti gli estremi della corruzione propria statuisce che «configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen., lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'*an*, nel *quando* o nel *quomodo*, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali»⁶⁴ e ancora, in riferimento alla discrezionalità amministrativa: «l'atto di natura discrezionale o consultiva non ha mai un contenuto pienamente "libero", essendo soggetto, per un verso, al rispetto delle procedure e dei requisiti di legge, e, per altro verso, alla necessità di assegnare comunque prevalenza all'apprezzamento dell'interesse pubblico senza deviarne o stravolgerne il contenuto per tutelare interessi di ordine privatistico dietro la corresponsione di somme di denaro»⁶⁵.

Si conferma quindi che anche in relazione agli atti discrezionali, non può parlarsi di assoluta libertà della p.a., ma risulta comunque necessario rispettare il duplice limite della rispondenza alle procedure così come stabilite dalla legge nonché il perseguimento, con la scelta in assoluto più opportuna, dell'interesse pubblico in virtù del quale il potere è stato concesso. Ne consegue con un certo grado di certezza, che per quanto attiene agli atti di natura discrezionale, nelle ipotesi di corruzione propria si è di fronte ad uno stato invalidante che risponde

⁶¹ La Corte Costituzionale ha inoltre statuito con la sentenza 8/07/1971, n. 168, in *Giust. pen.*, (1972), I, 50, che il sindacato del giudice penale riguarda tutti i tipici vizi dell'atto amministrativo.

⁶² PERONGINI, *Teoria, cit.*, 407.

⁶³ Cass. pen., sez. VI, 14/06/2014, n. 35940.

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

evidentemente ai crismi dell'eccesso di potere, intervenendo in questi casi una vera e propria "vendita della discrezionalità"⁶⁶.

Non è una conseguenza di poco conto se si considera che le ricadute pratiche differiscono grandemente a seconda che si parli di nullità piuttosto che di annullabilità, ed infatti l'atto illegittimo, accertato e disapplicato dal giudice penale, è annullabile da parte della pubblica amministrazione in sede di autotutela o dal giudice amministrativo a seguito di ricorso: si tenga bene a mente che «disapplicare un atto amministrativo non conforme alla legge non significa che il giudice penale deve considerare l'atto inesistente, invalido o addirittura annullarlo; ma che egli deve considerarlo improduttivo dei suoi effetti tipici soltanto rispetto al processo che è chiamato a decidere (c.d. *cognitio incidenter tantum*)»⁶⁷, impedendo così all'atto di produrre i suoi effetti, ma non incidendo sulla sua validità⁶⁸.

Per circoscrivere i rapporti tra invalidità dell'atto e delitto di corruzione per l'esercizio della funzione si parte dunque dal postulato che laddove il pubblico ufficiale nell'emanazione dell'atto venga meno al rispetto delle regole che disciplinano il buon uso discrezionale del potere, si configura la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, *ex art. 319 c.p.*, derivata dalla menomazione della valutazione comparativa che il pubblico agente dovrebbe compiere al fine di tutelare nella maniera migliore l'interesse pubblico.

Tale violazione determina l'illegittimità per eccesso di potere dell'atto nonché la sanzione di natura penale in capo al pubblico ufficiale che viene punito per la «precostituzione di una scelta perché rispondente alle finalità del corruttore, senza occuparsi della rispondenza agli scopi dell'Amministrazione»⁶⁹.

L'incognita cui si va incontro nell'attività discrezionale quando il delitto compiuto dal pubblico ufficiale attenga all'intero esercizio della funzione e venga posto in essere attraverso un provvedimento amministrativo, concerne la possibilità di allocare o meno lo stato invalidante l'atto nella medesima categoria che ospita la patologia dell'atto illecito (ed illegittimo) nella figura criminosa *ex art. 319* del codice penale.

L'interpretazione che la giurisprudenza ha dato dell'articolo 318 c.p., destinato a sanzionare ipotesi di corruzione sistemica, e dunque volte all'asservimento dell'interesse delle funzioni del p.u. (finanche più gravi rispetto al compimento di un singolo atto contrario ai doveri dell'ufficio), è

⁶⁶ Cfr. M. MINERVINI, *Il controverso rapporto tra i delitti di corruzione e la discrezionalità amministrativa*, in www.penalecontemporaneo.it, n. 12 (2017).

⁶⁷ Cfr. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 35 ss.

⁶⁸ Cfr. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2 (2013), 742.

⁶⁹ Cass. pen., sez. VI, 14/06/2014, n. 35940.

stata particolarmente restrittiva a onta di un quadro sanzionatorio di gran lunga più lieve rispetto all'ipotesi della figura di corruzione propria.

Questa discrasia in termini di elasticità edittale, predisposta per le due figure criminose, trova le sue ragioni nel rapporto fra gli artt. 318 e 319 c.p., rapporto che «stante l'omogeneità degli interessi protetti, si struttura secondo lo schema di quello intercorrente, rispettivamente, fra un reato di pericolo e uno di danno»⁷⁰.

La dottrina in passato riteneva che la corruzione per atto discrezionale avrebbe dovuto sempre collocarsi nell'ambito della corruzione impropria, poiché l'atto stesso, essendo il risultato di una libertà di scelta da parte del pubblico funzionario, sarebbe da considerarsi legittimo; anche la giurisprudenza più lungimirante, seppur con un occhio di favore per la corruzione propria statuiva che non poteva essere accettato l'orientamento interpretativo in virtù del quale l'atto discrezionale avrebbe dovuto considerarsi sempre contrario ai doveri d'ufficio, laddove per la sua emanazione fosse stato ottenuto un compenso o una utilità, quanto piuttosto era determinante che «a fronte della possibilità di adottare più soluzioni, il pubblico ufficiale operi la sua scelta in modo da assicurare il maggior beneficio del privato a seguito del compenso promesso o ricevuto, deve ritenersi violato il dovere di ufficio di agire con imparzialità nella ricerca dell'interesse pubblico, poiché in tal caso il motivo dell'atto trova il suo fondamento e la sua ragione prevalentemente nell'interesse del privato»⁷¹, conseguendone che la lettura degli artt. 318 e 319 c.p. non permette di correlare come conseguenza logica l'atto discrezionale alla corruzione propria limitando ai soli atti dovuti la corruzione impropria.

L'orientamento giurisprudenziale ad oggi dominante utilizza quale criterio discrezionale fra corruzione propria ed impropria, la conformità dell'atto oggetto di compravendita alle regole del buon esercizio del potere discrezionale⁷², atteso che “discrezionalità” non equivale a dire che esiste uno spazio nel quale la pubblica amministrazione può agire in libertà senza alcun limite, ma va sempre considerata un mezzo per il raggiungimento più adeguato di un fine pubblico, che è poi quello definito dalla norma che concede il potere⁷³, conseguendone che «si configura il delitto di corruzione impropria e non quello di corruzione propria in relazione ad un atto adottato dal pubblico ufficiale nell'ambito di attività amministrativa discrezionale, soltanto qualora

⁷⁰ Così L. DELLA RAGIONE, *La corruzione nelle attività discrezionali della P.A. alla luce della riforma di cui alla legge n. 190/2012*, in *neldiritto.it* (2014), n. 9, 1700; in tal senso anche L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione, Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2014.

⁷¹ Cass. pen., sez. VI, 12/06/1997, n. 11462.

⁷² Cfr. DELLA RAGIONE, *La corruzione, cit.*, n. 9.

⁷³ Cfr. A. PAGLIARO M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.

sia dimostrato che lo stesso atto sia stato determinato dall'esclusivo interesse della pubblica amministrazione e che pertanto sarebbe stato comunque adottato con il medesimo contenuto e le stesse modalità anche indipendentemente dalla indebita retribuzione»⁷⁴, a nulla rilevando che l'atto amministrativo stesso abbia superato il vaglio di legittimità del giudice amministrativo, e «neppure si può attribuire valore scriminante all'asserita "effettiva" rispondenza dell'atto all'interesse pubblico in quanto tale affermazione è un mero postulato, non verificabile dal giudice penale a causa dell'inidoneità, istituzionale e di fatto, del giudizio penale a funzionare come sede di un controllo di effettiva rispondenza dell'atto all'interesse pubblico»⁷⁵.

Si è stabilito quale orientamento giurisprudenziale dominante che l'asservimento del pubblico ufficiale al privato, attraverso il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio anche se non specificabili se non *ex post*, integra il reato *ex art.* 319 c.p.⁷⁶, onde evitare il trattamento sanzionatorio più lieve previsto per la figura della corruzione per l'esercizio della funzione. A questa conclusione si giunge sulla scorta delle considerazioni previamente effettuate sulla accezione di atto amministrativo nel diritto penale, sicché per verificarsi un caso di corruzione propria, basta che esso sia riferibile alla competenza e alla concreta sfera di esercizio di potere del pubblico ufficiale, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di singoli atti non predeterminati, con la non trascurabile conseguenza che la corruzione impropria, nonostante la riforma, è configurabile solo con riferimento alla vendita della funzione per atti conformi ai doveri d'ufficio.

Ne deriva quale corollario che, configurandosi l'atto in sé per sé come legittimo, non integra l'ipotesi di eccesso di potere, anzi non integra alcun vizio *tout court*, atteso che in questo caso l'illiceità penale che connota la fattispecie criminosa, non si estende all'atto, rilevando piuttosto l'illiceità del *pactum sceleris* inteso quale mercimonio della funzione. Si consideri inoltre che la legittimità dell'atto discende del fatto che l'aspetto remunerativo nella forma della dazione o della promessa, è dato proprio affinché il pubblico ufficiale agisca esattamente come avrebbe dovuto agire, realizzando il miglior interesse generale, nel modo in cui avrebbe fatto a prescindere da qualunque influenza corruttiva, cioè laddove «sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni»⁷⁷, in questo senso è proprio «al diritto amministrativo senza intrusione di criteri penalistici (ove questi non siano espressamente ed univocamente imposti dalla

⁷⁴ Cass. pen., sez. VI, 9/07/2009, n. 36083.

⁷⁵ Cass. pen., sez. VI, 25/02/2016, n. 7731.

⁷⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 23/02/2016, n. 15959.

⁷⁷ Cass. pen., sez. VI, 14/06/2014, n. 35940.

norma penale) che bisogna fare capo per giudicare se un atto discrezionale è o meno contrario ai doveri d'ufficio»⁷⁸.

E ancora, l'illegittimità dell'atto non può farsi discendere dalla semplice violazione del principio di imparzialità, poiché a voler richiamare anche i principi di rango costituzionale, non solo si estendono eccessivamente i contorni di tale vizio ma basti anche solo la constatazione che «se il legislatore avesse inteso conferire alla violazione di legge un significato così estensivo [...] lo avrebbe fatto espressamente»⁷⁹.

Va però considerato, anche in questo caso, che la distinzione precipua fra le due forme corruttive, al di là di quella ovvia, data dalla violazione dei doveri d'ufficio, si poggia sul rispetto da parte del pubblico ufficiale, nell'adozione dell'atto, delle regole inerenti l'uso del potere discrezionale. Quindi anche laddove il pubblico ufficiale adotti degli atti espressione di un adeguato esercizio del potere discrezionale, si configurerà l'ipotesi *ex art. 319 c.p.* piuttosto che *ex art. 318 c.p.*, se la scelta di emanare quegli specifici atti trova giustificazione esclusivamente a causa della promessa o dazione illecita, poiché *de facto* il pubblico ufficiale, opera una scelta che risente in questo caso dell'influenza corruttiva, adottando un atto egualmente "proprio", ma non quello che avrebbe adottato laddove non fosse stato corrotto, riespandendosi l'ambito operativo della figura di eccesso di potere, poiché il fine perseguito non risulta più essere quello pubblico, ma quello privato.

Conclusivamente si suole esprimere una considerazione in ordine alla configurabilità del delitto di corruzione *ex articolo 318 c.p.*: nonostante l'intento della legge n. 190 del 2012, il diritto vivente continua a prediligere chiaramente una lettura del delitto *de quo* in chiave di *interpretatio abrogans*, in particolar modo nel settore della discrezionalità amministrativa, poiché i casi che possono venire in risalto nella effettiva realtà giudiziaria che rispondano ai requisiti richiesti dalla giurisprudenza ai fini dell'applicazione della norma, risultano di così scarsa realizzazione da poter quasi essere considerati inverificabili.

Per quanto riguarda le ipotesi di cui agli articoli 317 e 319 *quater c.p.*, il discorso appare essere più complesso.

Difatti "l'abuso della qualità" e "l'abuso dei poteri" innanzitutto si distinguono sotto l'aspetto della competenza, che nel primo caso non appare essere richiesta, e infatti essa ricorre quando gli atti compiuti non estrinsecano né competenza territoriale né funzionale, facendo piuttosto pesare la "qualità"⁸⁰ di pubblico agente, mentre "l'abuso di poteri", presuppone la

⁷⁸ G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *studi in onore di G. MUSOTTO*, vol. V, Palermo, 1981, 305 ss.

⁷⁹ PERONGINI, *Teoria*, cit., 401.

⁸⁰ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, ed. XII, Milano, 1997, 300.

competenza tipica del pubblico funzionario, ma esercitata fuori dai casi stabiliti dalla legge o senza le forme da essa prescritte, ai fini dell'ottenimento dell'indebita dazione o promessa, e conseguentemente il novero di illegittimità si potrebbe restringere o ampliare a seconda che la competenza sia presente o meno e a seconda del tipo di abuso perpetrato dal pubblico agente.

A ben vedere, per fare chiarezza, ancora una volta bisogna guardare alla fattispecie penalistica: le ipotesi che potrebbero integrare una illegittimità dell'atto amministrativo nel delitto di induzione o di concussione mediante l'abuso di qualità sono assai rare poiché le modalità attraverso le quali interviene il delitto presuppongono non tanto il compimento di un atto, ma un comportamento che di per sé è sufficiente affinché «la qualità soggettiva lo renda credibile e idoneo a costringere all'indebita promessa o dazione di denaro o di altra utilità»⁸¹: si pensi ad esempio al maresciallo, in servizio presso la Guardia di Finanza, che abusando della sua qualità si fa consegnare «mediante larvate e tacite minacce»⁸², merce e altre utilità, senza pagare alcun corrispettivo.

In questo caso non può integrarsi alcuna ipotesi di invalidità dell'atto amministrativo, concretandosi la condotta del pubblico ufficiale in una strumentalizzazione della sua qualità che prescinde dal compimento di uno specifico atto, ma che piuttosto si configura come uso indebito della posizione personale rivestita, strumentalizzandola per esercitare una forza di soggezione più o meno intensa a prescindere dalla competenza ad emettere l'atto (non essendovi alcuna correlazione tra il delitto e atti dell'ufficio o del servizio).

Non diversamente a dirsi nel caso di concussione o induzione indebita che interviene mediante abuso di poteri.

Anche in questo caso l'abuso si configura non perché venga posto in essere un atto amministrativo, ma anzi il pubblico ufficiale si avvale dei poteri che potrebbe esercitare nell'esercizio delle sue funzioni, o per meglio dire, interviene una «prospettazione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, di conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge, per ottenere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità»⁸³ e non già ponendo in essere quegli stessi atti che pure il soggetto pubblico minaccia.

Tuttavia a questi tesi bisogna eccepire una ipotesi attinente all'induzione indebita: si è già chiarito come questa forma induttiva possa essere posta in essere anche attraverso silenzi, ritardi ed omissioni al fine di indurre il privato all'indebita dazione o promessa.

Proprio in relazione al ritardo è possibile fare una ipotesi: si immagini che un pubblico ufficiale conceda un permesso di costruire con notevole ritardo

⁸¹ Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 2016, n. 25054.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cass. pen., sez. VI, 3/12/2012, n. 3251.

rispetto ai termini di legge al fine di indurre, abusando dei suoi poteri, il privato ad una indebita dazione di danaro, poi avvenuta. In questo caso potrebbe azzardarsi ad immaginare un provvedimento che è illegittimo per cattivo uso del potere, atteso che è stato adottato con ritardo rispetto al termine previsto per quello specifico provvedimento, e dunque riconducibile alla categoria di eccesso di potere, dal momento che anche il cattivo uso del potere non è altro che una delle «varie figure elaborate dalla giurisprudenza che non costituiscono fenomeni patologici autonomi, ma figure sintomatiche dalle quali inferire l'esistenza di un eccesso di potere»⁸⁴.

Questa interpretazione potrebbe essere avallata dall'articolo 2 *bis* della legge 241 del 1990, che infatti nel prevedere che “le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento”, contempla proprio l'ipotesi dell'inosservanza determinata con dolo, che potrebbe integrare, stante la sussistenza degli altri elementi richiesti dalla norma penale, il delitto di cui all'articolo 319 *quater* del codice penale, laddove si compia mediante abuso di poteri.

5.- Ingerenza del giudice ordinario e potere di disapplicazione.

Si può con contezza affermare che «il sindacato sull'attività amministrativa è un chiaro prodotto della dottrina della separazione dei poteri, e muove dall'idea che ogni potere non controllato tende all'abuso. Trae cioè la sua origine storica, e parte del suo fondamento sistematico, dall'idea di uno Stato dotato di poteri divisi e contrapposti al fine di garantirsi vicendevolmente dall'abuso»⁸⁵.

Dunque, anche l'atto amministrativo espressione di vincolatività può essere sia invalido, che illecito. La Corte di Cassazione ha avuto modo di specificare che «la fattispecie di corruzione impropria non è limitata ai soli atti vincolati, con esclusione degli atti discrezionali, ma concerne gli atti che non siano contrari ai doveri d'ufficio»⁸⁶.

Acquisito come dato incontestabile il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo, è necessario individuare i limiti entro i quali esso possa esplicarsi⁸⁷. Fermo restando l'area di discrezionalità insindacabile, l'unico alveo effettivamente di esclusiva pertinenza della pubblica

⁸⁴ PERONGINI, *Teoria, cit.*, 404.

⁸⁵ A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, (2012), 8.

⁸⁶ Cass. pen., sez. VI, 17/11/1994, n. 2129.

⁸⁷ Per quanto concerne i rapporti tra sindacato del giudice penale e P.A. si veda fra gli altri P. TANDA, *Il potere di disapplicazione del Giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.* (1990), II; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989.

amministrazione, è dunque dato notorio la conoscibilità da parte del giudice penale degli atti espressione di vincolatività nonché di discrezionalità sindacabile adottati da organi pubblici, così come ne consegue pacifico l'accoglimento giurisprudenziale della tesi che vede sicuramente configurabile sia il delitto di corruzione per esercizio della funzione sia per il delitto di corruzione propria anche per quanto attiene agli atti vincolati.

Prima di procedere ad una disamina dei momenti di eventuale collegamento tra invalidità ed illiceità, preme evidenziare attraverso quali presupposti sia possibile ravvisare una ingerenza della magistratura penale in un campo che sarebbe di stretta competenza della Pubblica Amministrazione.

D'altro canto non è certo una novità che il sindacato del giudice ordinario sugli atti dell'Amministrazione sia già da tempi risalenti «una storia di rapporti di forza tra potere esecutivo e giudiziario»⁸⁸.

Il riferimento che può offrire spunti di riflessione significativi riguarda l'articolo 323 c.p., concernente l'abuso d'ufficio perpetrato dal pubblico funzionario.

Agli esperti del settore non sfugge che la riforma introdotta con legge 16 luglio 1997, n. 234 (che sussegue un primo tentativo di riformulazione della fattispecie – per mezzo dell'art. 13 della l. 26 aprile 1990, n. 86 – da reato a consumazione anticipata a reato d'evento con la necessaria sussistenza del dolo specifico nella forma della finalità del conseguimento dell'ingiusto vantaggio o danno⁸⁹), mirava a circoscrivere, l'area di operatività della norma e, attraverso di essa, l'ingerenza del sindacato penale, a dire il vero rivolta a ridurre il giudizio di quest'ultimo per quanto prettamente concerne l'ambito di discrezionalità riservato all'amministrazione, in particolar modo per il vizio di eccesso di potere (che tuttavia continuava ad essere equiparato a indice di commissione del delitto), che è anche il terreno più foriero di controversie e conflittualità inerenti al rapporto fra magistratura penale e pubblici organi, onde evitare una eccessiva intromissione della magistratura penale in un campo di competenza della pubblica amministrazione.

Il legislatore, conscio dei limiti della riforma del '90, dopo soli sette anni introduce ulteriori modifiche nella fattispecie al fine di tipizzarne gli elementi

⁸⁸ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in www.penalecontemporaneo.it, (2013).

⁸⁹ Per un commento alla riforma tra i vari si veda S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d'ufficio, in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992; A. DE ROBERTO, *Abuso ed eccesso di potere: giudice penale ed amministrativo a confronto*, in *Nuova rass.* (1994), 2367; A. SESSA, *Osservazioni sul nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Arch. Pen.* (1993); G. TABASCO, *Primi orientamenti interpretativi del reato di abuso di ufficio*, in *Giust. Pen.* (1994), II; P. SEVERINO, *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in *Enc. Giur.*, Roma (1991), vol. XXV; G. IADECOLA, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Note di commento alla legge 26 aprile 1990, n. 46, Torino, 1991.

caratteristici, e per mezzo di questi porre un argine ad eccessive interferenze giudiziarie.

Come ed in che modo, a parere di chi scrive, ciò possa inerire anche all'attività vincolata è subito spiegato alla luce dell'interpretazione della norma presa in esame.

Difatti l'art. 323 c.p. prevedendo tra le sue modalità esplicative la violazione di norma di legge o di regolamento, offre spunti riflessivi considerevoli da poter rapportare anche al provvedimento amministrativo espressione dell'attività vincolata della pubblica amministrazione.

Il fermo riferimento alla norma di legge presuppone che debba esservi la violazione di un dettato normativo che trovi origine in un testo di legge, cioè che abbia forma scritta, così come il riferimento al regolamento rinvia non solo a norme che siano di rango sublegislativo, seppur connotate da generalità e astrattezza ed emesse da organi pubblici: è altresì necessario che esso sia espressione di una norma di legge che attribuisca il potere regolamentare ad un soggetto pubblico il quale espressamente definisca quell'atto come regolamento.

Così ragionando, appare ovvio escludere dall'area di rilevanza penale atti che siano espressione di discrezionalità della p.a. ed in particolar modo d'eccesso di potere⁹⁰, atteso che non rientrerebbero tra i criteri ammessi per l'operatività dell'art. 323 c.p. quegli abusi di poteri e funzioni che non si concretizzano in una formale violazione di norme legislative o regolamentari⁹¹.

Se da un lato tale circostanza fermamente garantisce il vaglio del giudice ordinario sugli atti espressione di vincolatività prodotti dalle P.P.A.A., ciò che in questo contesto interessa, appare tuttavia interessante evidenziare che la stessa nozione di violazione di legge non può non risentire della diversa interpretazione data dalle due branche del diritto: in altri termini, ciò che viene considerato violazione di legge in diritto penale può non coincidere con la definizione del vizio che ne viene data in ambito amministrativo.

Vero è che il diritto amministrativo delinea e circoscrive quali circostanze e su quali presupposti debba definirsi vizio una difformità dell'atto dallo schema legale, ma è altrettanto vero che il diritto penale risponde a logiche e principi che appartengono a quello specifico ordinamento e che incardinano il processo logico-giuridico seguito dal giudice nell'analisi della fattispecie che viene alla sua attenzione, e rispondono più generalmente a scelte di politica criminale che determinano processi ermeneutici anche particolarmente distanti

⁹⁰ Tesi avallata da parte della giurisprudenza, p.e., Trib. di Piacenza, 21/11/1997, in *Fi* (1998), II,190; Trib. di Milano 26/09/1998, in *Fi*, II, 310 ss.; Cass. pen., sez. VI, 3/11/1998, n. 12793; al contrario recenti sentenze ritornano su posizioni parzialmente *ante* riforma, almeno per quanto concerne lo sviamento di potere, come p.e. Corte di Cass. sez. un., 10/01/2012, n. 251498.

⁹¹ F. CARINGELLA S. FARINI M. DE PALMA A. TRINCI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Roma, 2011, 193; cfr. FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, cit.

da quelli che ineriscono all'ambito prettamente amministrativistico⁹². Ne consegue che la trasposizione dei vizi dell'atto amministrativo tradotti nella fattispecie criminosa astratta concernono non tanto l'atto, quanto il comportamento umano.

A ben vedere la portata della riforma non solo conferma in maniera chiara l'evidente sussistenza di una "supplenza giudiziaria" nell'ambito dell'attività vincolata della pubblica amministrazione, ma finisce col ricomprendere ancora una volta all'interno della violazione di legge un ambito ancora più vasto, potendo bene integrare delle ipotesi che più propriamente sarebbero riconducibili all'alveo dell'eccesso di potere, come la Suprema Corte suggerisce quando afferma che «in tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost., la cui parte immediatamente precettiva impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni»⁹³, ponendosi così in evidenza le profonde differenze nell'interpretazione del vizio tra le due branche dell'ordinamento.

Il quesito che bisogna porsi è inerente alla sussistenza di una eccessiva ingerenza della magistratura penale laddove essa si trovi a conoscere di un atto posto in essere nell'ambito della attività vincolata, ed eventualmente, proceda alla sua disapplicazione. A prescindere dal rilievo forse lapalissiano della correlazione al bene giuridico tutelato, pertanto ove la condotta criminosa posta in essere preveda nel suo realizzarsi la commissione di un provvedimento amministrativo, che è lesivo altresì di un valore per la cui tutela si è ritenuto necessario porre un presidio di natura penalistica, è dovere del giudice penale provvedere alla sua disapplicazione, preme tuttavia evidenziare che l'indagine del giudice ordinario non è mai sul provvedimento amministrativo in via principale⁹⁴. Il provvedimento viene valutato a margine del processo, quale presupposto del diritto soggettivo, proprio perché il potere di annullamento è una prerogativa del solo giudice amministrativo; il legislatore gli ha dunque donato un potere di carattere processuale laddove il provvedimento sia contrastante con la legge in assenza della possibilità di esercitare il potere di annullamento, che gli rimane precluso.

⁹² Per un approfondimento sul tema si veda MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, cit.

⁹³ Cass. pen., sez. VI, 24/06/2014, n. 37373.

⁹⁴ Così Corte di Cass., Sez. Un., 31/01/1987, n. 3 "il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale".

Vuol dire che egli non ne tiene conto, ossia, emana la sentenza come se il provvedimento amministrativo non esistesse. È un potere di natura meramente processuale che operando *incidenter tantum* nel singolo giudizio non possiede quelle caratteristiche tipiche da poter essere definito sostanziale, a differenza del potere di annullamento del giudice amministrativo. E tuttavia il potere di disapplicazione è in questi casi un vero e proprio dovere perché permane il dato di fatto incontestabile della contrarietà del provvedimento alla norma di legge.

Pertanto non appare né coerente parlare di ingerenza della magistratura ordinaria, né farlo in relazione alla valutazione del vizio dell'atto: il potere esplicito in relazione all'atto permane di natura prettamente processuale e essenzialmente circoscritto al caso concreto, non incidendo su aspetti di natura sostanziale tali da poter effettivamente asserire sussista una ingerenza in senso stretto.

Potrebbe piuttosto porsi il quesito sul perché al giudice amministrativo non sia, almeno di norma, concesso il potere di disapplicare egli stesso il provvedimento. Non c'è, infatti, alcuna previsione normativa al riguardo, ossia il potere di disapplicazione del giudice amministrativo non giace in nessuna disposizione normativa.

C'è una norma che prevede il potere di disapplicazione del solo giudice ordinario ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E), la cc.dd. legge sul contenzioso amministrativo.

La risposta risiede nella stessa logica del processo amministrativo, scandito da margini temporali rigorosi in virtù dei quali quando il provvedimento causa un effettivo pregiudizio al privato, questo deve essere impugnato entro i termini decadenziali (salvo casi speciali) previsti dall'art. 29 c.p.a., rimanendo altrimenti il provvedimento intoccabile ed efficace fatto salvo il potere di autotutela. Se si ammettesse il potere di disapplicazione del g.a., in buona sostanza si eluderebbe la disciplina posta in materia di termini decadenziali che *de facto* sono un aspetto decisivo del processo amministrativo.

Se si vuole portare all'attenzione di un giudice amministrativo un provvedimento, bisogna farlo secondo le regole e i termini previsti dal codice del processo amministrativo, ad eccezione di alcuni rari casi, che si riportano per completezza di argomentazione, ove parrebbe concesso anche al g.a. un potere di disapplicazione e che consistono in ipotesi particolari inerenti alla tutela dei diritti soggettivi nell'ambito di giurisdizione esclusiva. Esiste anche un potere che viene chiamato di disapplicazione di regolamento che serve a ripristinare l'ordine gerarchico delle fonti, cioè serve ad evitare che una fonte secondaria possa primeggiare su una fonte primaria (peraltro vi è chi sostiene non si tratti neanche di un vero e proprio potere, atteso che più che provvedere

alla disapplicazione del regolamento, si procede alla applicazione della legge superiore ad esso).

In ordine alle modalità di esplicazione del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi illegittimi si giunge sulla scorta di due importanti sentenze della Corte di Cassazione⁹⁵, espressive del mutamento giurisprudenziale intervenuto nel corso di pochi anni.

La Corte a sezioni unite nell'87, affrontando la materia dei rapporti tra titoli abilitativi in campo edilizio e sindacato del giudice ordinario, tenta, con la sentenza Giordano, di porre un argine alla confusione dottrina giacente sulla interpretazione ermeneutica dei confini di tale cognizione sugli atti amministrativi illegittimi e sul correlato potere di disapplicazione. Si chiarì che «il potere del giudice penale di conoscere della illegittimità della concessione edilizia non è riconducibile al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo riconosciutogli dagli artt. 4 e 5 della legge n.

2248 del 1865, all. E), ma deve trovare fondamento o giustificazione o in esplicita previsione legislativa ovvero nell'ambito della interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della

fattispecie»⁹⁶. In buona sostanza si affermava che la possibilità preveduta dagli articoli 4 e 5 dell'allegato E) L.A.C., era inerente ai soli atti illegittimi che fossero lesivi di diritti soggettivi, e non anche invece di quegli atti amministrativi che pur ponendosi in termini di illegittimità, rimuovessero un ostacolo all'esercizio di quel diritto soggettivo, o addirittura in alcuni casi, fossero costitutivi dello stesso⁹⁷.

Laddove invece, l'illegittimità del provvedimento di natura autorizzativa o concessoria fosse stata essa stessa elemento della fattispecie penale, ovvero fosse espressamente preveduta da una norma penale (il cui caso esemplificativo è l'articolo 650 c.p. quale tipica norma penale in bianco), solo allora si sarebbe potuti procedere con l'istituto della disapplicazione anche negli altri casi.

La stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla sollevata questione di illegittimità costituzionale in ordine articoli 4 e 5 L.A.C. ebbe a pronunciarsi in senso confermativo delle posizioni assunte dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza Giordano, aggiungendo altresì che l'illiceità penale di un provvedimento (che in quel caso di specie era di natura concessoria) non deriva soltanto dalla collusione delle parti, ma da «qualsiasi violazione della legge penale che abbia a viziare il momento formativo della volontà della pubblica amministrazione»⁹⁸.

⁹⁵ *Ex multis* Corte di Cass., Sez. Un., 12/11/1993, n. 11635.

⁹⁶ Corte di Cass., Sez. Un., 31/01/1987, n. 3.

⁹⁷ Cfr. PRETE, *Il sindacato del giudice penale*, cit., 9.

⁹⁸ Corte costituzionale, ordinanza 11/14 giugno 1990, n. 288

Tuttavia a distanza di pochi anni, con la sentenza Borgia⁹⁹ assunta a Sezioni Unite, la Corte di Cassazione adotta una posizione di segno evidentemente opposto rispetto alle pregresse statuizioni. Infatti la Corte non solo finisce esplicitamente col negare *in toto* la configurabilità di un potere disapplicativo in capo al giudice penale, quantomeno in senso stretto, ma prosegue affermando che quest'ultimo è in buona sostanza «tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela», e cioè per meglio chiarire, il giudice penale ha il potere-dovere di valutare l'eventuale illegittimità di un provvedimento amministrativo laddove la stessa illegittimità rilevi nell'ambito della condotta posta in essere quale elemento della fattispecie criminosa. Ma anche in tali casi il sindacato di cui si tratta non integra lo schema della disapplicazione dell'atto amministrativo, di cui all'art. 5 L.A.C., poiché l'unica cosa che assume rilievo, è la valenza criminosa dell'atto¹⁰⁰.

6.- Invalidità dell'atto nei delitti di corruzione e concussione nell'esercizio dell'attività vincolata della Pubblica Amministrazione.

Alla luce di queste premesse si può proseguire all'analisi delle ipotesi che possono prevedere dei punti di contatto tra la fattispecie criminosa e l'invalidità del provvedimento nel campo dell'attività vincolata.

Si evidenzia che i casi di specie sono in quest'ambito molto più rari, proprio in virtù del fatto che il pubblico agente nell'esercizio delle sue funzioni è incardinato al rispetto di criteri e presupposti per l'esercizio del potere pubblico che sono predeterminati per legge, pertanto, gli atti che vengono adottati dal pubblico agente in violazione delle norme che vincolano l'attività della pubblica amministrazione, e che nello stesso tempo configurano le ipotesi delittuose qui contemplate, si configurano come illegittimi per violazione di legge.

Tuttavia il fatto che la Corte di Cassazione riconosca la configurabilità del delitto di corruzione *ex* articolo 318 c.p. anche per quanto riguarda gli atti di natura vincolata, non smentisce il fatto che continua a ritenere sussistenti gli estremi di questa figura di reato solo laddove il comportamento del pubblico ufficiale, perseguendo l'esclusivo interesse della pubblica amministrazione, non sarebbe stato suscettibile di sanzione, né penale, né disciplinare, se non fosse intervenuta la dazione o la promessa del privato¹⁰¹.

Ne consegue che mentre l'atto contrario ai doveri di ufficio nel delitto di corruzione propria risulta inficiato dallo stato patologico dell'annullabilità nella forma della violazione di legge¹⁰², appare opportuno suggerire che debba

⁹⁹ Corte di Cass., Sez. Un., 12/11/1993, n. 11635.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 23/08/1994, n. 2112.^[1]_{SEP}

¹⁰¹ Cass. pen., sez. VI, 25/09/2003, n. 44787.

¹⁰² Sulla definizione di violazione di legge si guardi PERONGINI, *Teoria, cit.*, 400.

continuare a ritenersi sussistente il reato di corruzione per l'esercizio della funzione solo ed esclusivamente quando si sia in presenza di atti conformi ai doveri dell'ufficio, con l'importante conseguenza peraltro che, mentre come si è avuto modo di evidenziare, nell'ipotesi di attività discrezionale appare assai più frequente il verificarsi di un delitto che rientri *sub species ex art. 319 c.p.*, risulta molto più confacente alla natura vincolata dell'atto il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione, quantomeno nell'interpretazione datagli dalla Corte di Cassazione, con il risultato che lo stato patologico dell'atto nel delitto *ex art. 318 c.p.* in caso di attività vincolata della p.a. non può che essere non sussistente, ponendosi il provvedimento non solo come giuridicamente legittimo fra tutti gli atti astrattamente emanabili ma, in realtà quello in assoluto più adeguato a soddisfare le esigenze pubbliche.

Va da sé che anche nel caso di corruzione propria nell'esercizio di attività vincolata vale lo stesso discorso espresso a riguardo di questa figura delittuosa nell'ambito di esercizio dei poteri discrezionali: per quanto rilevata una eventuale invalidità ad opera del giudice penale, solo una declaratoria di annullamento ad opera del giudice amministrativo può determinare l'illegittimità del provvedimento stesso, che sarà altrimenti disapplicato nel solo caso venuto all'attenzione del G.O., ma continuerà ad essere valido *ab externo; a contrario*, un atto illecito, poiché ad esempio posto in essere in violazione dell'art. 97 Cost., ben potrebbe non rispondere ad alcuna violazione di legge intesa quale invalidità in senso amministrativo, e dunque, porsi in ogni caso in termini di legittimità.

Nel valutare poi le singole ipotesi si dovrà considerare che l'illegittimità dell'atto conseguirà al delitto solo se effettivamente sia intervenuta una violazione di legge, cioè se sussista «un contrasto tra il provvedimento amministrativo e la fattispecie normativa, contrasto che non riguardi il profilo soggettivo»¹⁰³.

In prima analisi si ricorda che è necessaria la violazione di una specifica norma giuridica e non genericamente di principi costituzionali, dell'ordinamento giuridico o comunitari¹⁰⁴, in subordine il riferimento al profilo soggettivo permette, per una parte, di escludere la possibilità di configurare una ipotesi di violazione di legge nel compimento del delitto di concussione costrittiva ed induttiva intervenuta mediante abuso della qualità, perché la violazione di legge richiede la competenza del soggetto pubblico all'emanazione dell'atto, mentre l'abuso di qualità ricorre quando gli atti compiuti dal soggetto non rientrano nella sua sfera di competenza, per altra parte, permette invece di configurarlo nelle altre ipotesi di reato di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p. (la cui esclusione di configurabilità del vizio in esame dipende tuttavia dall'interpretazione restrittiva operata dalla Corte di

¹⁰³ Cfr. RAMAJOLI VILLATA, *Il provvedimento*, cit., 572.

¹⁰⁴ Cfr. PERONGINI, *Teoria*, cit., 2016, 401.

Cassazione), 319 c.p. e 319 *quater* c.p., essendo necessario il requisito della competenza, quantomeno dell'ente per il delitto di corruzione, e la competenza tipica del pubblico agente, per quanto riguarda la concussione e l'induzione per abuso di poteri: non potrebbe per esempio mai configurarsi una illegittimità che infici l'atto per difetto assoluto di attribuzione, poiché configurandosi questa quando l'amministrazione esercita o un potere di cui non è titolare perché non esistente, o non appartenente alla branca organizzativa di riferimento ovvero poiché appartiene all'esercizio del potere legislativo o giurisdizionale, non presenta affatto profili di compatibilità con la competenza richiesta per il verificarsi delle fattispecie criminose prese in considerazione; parimenti non può configurarsi nel delitto *ex* articolo 317 c.p. né 319 *quater* c.p. per abuso di poteri, che presuppone la competenza, talché se ne desume che al di fuori della condotta concussiva o induttiva che viene esercitata mediante l'abuso di qualità (che pure sarebbe di difficile verifica nella realtà), l'atto illegittimo per difetto assoluto di attribuzione presenta un profilo di evidente incompatibilità con i delitti presi in esame, e viceversa.

7.- Ulteriori profili di compatibilità tra invalidità amministrativa illiceità penale.

Analizzate le ipotesi ritenute le più adeguate a dare una risposta al quesito inerente lo stato patologico che inficia l'atto amministrativo a conclusione dei fatti delittuosi fin qui considerati, si procede ad una breve disamina del possibile rapporto fra i restanti casi di invalidità dell'atto e fattispecie criminose ai sensi degli artt. 317, 318, 319 e 319 *quater*.

Per esigenze di coerenza sistematica, si procede *in primis* a verificare la compatibilità tra incompetenza relativa, quale ultima ipotesi di illegittimità dell'atto, e fattispecie incriminatrici.

Si parte dal presupposto per il quale l'incompetenza quale vizio dell'atto richiede la sua emanazione ad opera di un ente pubblico o di un suo organo, che esercita però un potere che spetta ad altro ente o organo del medesimo complesso organizzativo¹⁰⁵: ne conseguirebbe che possa configurarsi solo in ordine al delitto di concussione o induzione indebita che interviene mediante l'abuso della qualità che, non richiedendo alcun collegamento necessario tra atto dell'ufficio e funzione svolta, ben potrebbe essere posto in essere da un pubblico ufficiale incompetente, di guisa che se desumerebbe la possibilità che l'atto si configuri illegittimo per vizio di incompetenza relativa. E tuttavia a tale affermazione ne segue la contestazione in virtù della quale non vi è verifica di un vero e proprio atto amministrativo nell'esplicarsi della condotta laddove essa intervenga mediante abuso di qualità, potendo dunque

¹⁰⁵ Cfr. PERONGINI, *Teoria, cit.*, 398.

escludere che possa parlarsi di illegittimità, ma ancora più a monte di produzione di un provvedimento amministrativo.

Non si esclude a priori neanche la possibilità di configurare delle ipotesi di nullità, incominciando dalla comminatoria di nullità nei casi espressamente previsti dalla legge: si pensi agli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni previste dal d.lgs. n. 39 del 2013, di cui l'articolo 17 commina la nullità di quegli atti adottati in violazione delle disposizioni previste dal decreto stesso.

Non si possono escludere ad esempio gli estremi del delitto di corruzione propria, ed infatti potrebbe ben accadere che l'atto sia nullo poiché è stato conferito un incarico dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni ad un soggetto che sia già componente della Giunta o del Consiglio della regione interessata, circostanza che l'articolo 12 comma terzo del medesimo decreto definisce una causa di incompatibilità (produttiva della nullità dell'atto – *recte* – contratto di assunzione).

Ben può accadere che l'incarico sia frutto di una negoziazione illecita che abbia visto quale corrispettivo una dazione o promessa di danaro o altra utilità.

Dovrebbe invece escludersi la possibilità di ipotizzare una ipotesi di corruzione per l'esercizio della funzione che possa essere in qualche modo correlata ad una nullità dell'atto prevista dalla legge, poiché sembra corretto trasporre l'interpretazione data dalla Corte di Cassazione in ordine al rapporto tra atti discrezionali e art. 318 c.p. anche in questo specifico caso, dal momento che il suddetto orientamento giurisprudenziale si è posto nel corso del tempo come costante: configurandosi l'atto pienamente conforme ai doveri d'ufficio, questa figura di reato risulta essere poco compatibile con la quarta ipotesi contemplata dal primo comma dell'articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990, che nel prevedere la nullità dell'atto ne suppone altrettanto espressamente l'invalidità.

Difficile configurare una ipotesi di concussione o induzione indebita che possa nel suo verificarsi includere anche una nullità dell'atto amministrativo prevista dalla legge, e questo per i medesimi rilievi svolti in precedenza: la condotta del pubblico ufficiale si compie non tanto attraverso l'adozione di un atto, quanto piuttosto attraverso un comportamento che surrettiziamente induce il soggetto privato in uno stato di soggezione che lo costringe (più o meno gradatamente a seconda delle ipotesi) a effettuare la dazione o la promessa; anche laddove nel delitto di induzione indebita mediante abuso di poteri si integrasse una ipotesi di ritardo o di omissione, dovrebbe valutarsi se nella fattispecie concreta il diritto amministrativo preveda per quel caso di specie una ipotesi di nullità.

L'articolo 21 *septies* ancora, commina la nullità dell'atto emesso in violazione o elusione del giudicato.

In questi casi si ha nullità quando l'amministrazione nell'ambito dei rapporti "coperti" dal giudicato¹⁰⁶ ha agito in contrasto con quanto statuito con decisione giudiziale¹⁰⁷.

Questa ipotesi di nullità appare di difficile collocazione all'interno del delitto di concussione, di induzione così come il delitto di corruzione, poiché le modalità di condotta che connotano queste fattispecie criminose difficilmente si esplicano attraverso la violazione o elusione di un giudicato.

Al più potrebbe valutarsi una eventuale forma di corruzione propria, laddove la nozione di atto contrario ai doveri dell'ufficio s'intendesse in maniera talmente lata da farvi rientrare la violazione del principio di efficienza dell'agire pubblico, ipotesi che appare *ictu oculi* forse eccessivamente temeraria.

Per quanto riguarda la nullità per mancanza degli elementi essenziali, che ricorre quando il vizio che inficia l'atto assume caratteristiche di gravità così evidenti da non poterlo considerare quale espressione di potere amministrativo, basti citare la posizione assunta dal Consiglio di Stato, allorché afferma che «al di fuori delle tassative ed eccezionali ipotesi codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo ogni patologia, da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta, deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi del citato art. 21 *octies*, deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile reato»¹⁰⁸.

Pertanto, aderendo a quella parte della dottrina che ricomprende nella patologia in esame la assoluta mancanza di causa, contenuto e forma¹⁰⁹, appare difficilmente configurabile uno atto amministrativo che nei delitti in esame si ponga in termini di assoluta carenza di questi requisiti nella realtà fattuale. Piuttosto, vale la pena considerare, sulla scorta delle valutazioni compiute dalla giurisprudenza amministrativa, che pur laddove l'atto si configurasse quale elemento della fattispecie incriminatrice, potrebbe essere al più viziato da qualche forma di illegittimità, per lo più eccesso di potere.

8.- Conclusioni.

Alla luce della rinnovata centralità che il legislatore ha voluto conferire alle forme delittuose prese in esame quali strumenti di lotta alla corruzione in un'ottica di strategia multiforme, che spazia tra momenti di prevenzione e momenti di repressione del fenomeno corruttivo, si è cercato di dare risposta

¹⁰⁶ Cons. St., sez. IV, 31/12/2009, n. 9296.

¹⁰⁷ Cfr. PERONGINI, *Teoria, cit.*, 392.

¹⁰⁸ Cons. St., sez. V, 4/05/2017, n. 2028.

¹⁰⁹ Fra gli altri PERONGINI, *Teoria, cit.*

(senza alcuna pretesa di completezza) da un lato al quesito inerente alla possibilità di circoscrivere i momenti di contatto tra invalidità amministrativa e illiceità penale, dall'altro mettendo in luce come pure un atto che si configuri come illecito possa non esprimere alcuna manifestazione di invalidità amministrativa, altresì tenendo conto di come il contesto, vincolato o discrezionale entro il quale l'atto amministrativo venga posto in essere, possa incidere in maniera anche esponenziale sulla genesi della patologia del provvedimento nel compimento del delitto.

La consapevolezza del profondo influsso esercitato dalle regole che presiedono all'esercizio del potere discrezionale ovvero vincolato, richiede la necessità di una adeguata elaborazione sistematica dell'invalidità del provvedimento e dei requisiti richiesti ai fini della verifica di uno stato patologico, elaborazione che sia altresì compatibile con le modalità di esplicazione dell'agire amministrativo nell'uno come nell'altro caso, e solo in un secondo momento, appare condivisibile procedere ad una verifica di conformità tra invalidità del singolo atto e illiceità dello stesso.

Nell'affermare la sussistenza di punti di intersecazione tra patologia ed illiceità per come rispettivamente si estrinsecano nel diritto amministrativo e nel diritto penale, bisogna tener conto dell'appartenenza del provvedimento ad una branca dell'ordinamento giuridico che si distingue esponenzialmente per presupposti, modalità e per ragioni di politica amministrativa rispetto a quelli che presiedono e regolano la disciplina e le scelte di criminalizzazione nell'ordinamento penale, cognizione da cui non è possibile prescindere se l'intento è quello di avventurarsi in momenti di raffronto tra questi due settori del diritto.

Ecco perché a seguito delle considerazioni svolte, si ritiene di poter affermare come non possa in realtà essere fornita una risposta univoca da parte dell'ordinamento giuridico, e anzi, considerando la relativa questione come ancora aperta si assume quale dato di fatto la contezza che solo una attenta visione d'insieme della singola fattispecie criminosa concreta che viene all'attenzione del giudice può essere occasione per circoscrivere, nel caso di specie, l'eventuale, ma non necessario, stato invalidante che può inficiare l'atto.

Tale operazione deve necessariamente intervenire attraverso una comparazione tra gli elementi richiesti dalla figura penalistica e i presupposti imprescindibili per il verificarsi di una ipotesi di nullità o di annullabilità dell'atto amministrativo nelle varie ramificazioni mediante le quali l'invalidità del provvedimento può articolarsi.

Abstract.- Le differenti patologie del provvedimento amministrativo si riverberano nell'ambito della configurazione della fattispecie penale.

La patologia dell'atto amministrativo presenta infatti elevati profili di criticità che ineriscono al discusso rapporto tra inesistenza, annullabilità e nullità, nonché in riferimento alle conseguenze derivanti dalla non totale sovrapposibilità tra invalidità e inefficacia.

La presente ricerca si prefigge lo scopo di individuare quale ruolo il provvedimento amministrativo - compiuto dal pubblico impiegato - assolve nella configurazione dei reati di corruzione propria, per l'esercizio della funzione, concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità così come introdotti o modificati dalla L. 190 del 2012, e quale sia la qualificazione giuridica della sua patologia.

The different pathologies of an administrative provision reverberate in the context of the configuration of the criminal case.

The pathology of the administrative act presents critical profiles that relate to the controversial relationship between non-existence, annullability and nullity, as well as the consequences deriving from the non-total overlap between invalidity and ineffectiveness.

The present research aims at identifying which role the administrative provision - accomplished by the public employee - performs in the configuration of the crimes of corruption, for the exercise of the function, bribery and undue induction to give or promise benefits as introduced or modified by the Law 190 of 2012, and what is the legal qualification of its pathology.