

ISSN 0436-0230

GIURISPRUDENZA DI MERITO

direttore scientifico **Ciro Riviezzo**

10-2013

XLV — ottobre 2013, n° 10

| **estratto**

LA RILEVANZA DELLA “SIMULAZIONE
UNILATERALE” E GLI EFFETTI DEI RAPPORTI
TRA PATTO ED ATTO NEI DELITTI DI
CORRUZIONE

commento di **Filippo Bellagamba**



GIUFFRÈ EDITORE

| 301 DELITTO DI ISTIGAZIONE ALLA CORRUZIONE

TRIBUNALE DI FIRENZE - 3 FEBBRAIO 2012 - EST. ROCCHI

Corruzione di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio - Istigazione alla corruzione.

(D.LG. 3 FEBBRAIO 1993, N. 29; C.P., ART. 479)

La sollecitazione proveniente da un medico in rapporto di servizio con l'Azienda sanitaria ospedaliera e direttore di strutture universitarie, avente come destinatari alcuni referenti di note aziende farmaceutiche e finalizzata ad ottenere la promessa o la dazione di denaro o altra utilità, integra il reato di istigazione alla corruzione propria attiva antecedente (art. 322 comma 4 c.p.), non avendo rilievo alcuno, ai fini di escludere il reato, la c.d. riserva mentale, consistita nella prospettazione di una controprestazione che non si aveva intenzione di realizzare, trattandosi di scelte terapeutiche insuscettabili, per varie ragioni, di trovare effettiva attuazione.

[WWW] Il testo del provvedimento è reperibile in www.giuffre/riviste.it

LA RILEVANZA DELLA “SIMULAZIONE UNILATERALE” E GLI EFFETTI DEI RAPPORTI TRA PATTO ED ATTO NEI DELITTI DI CORRUZIONE

La sentenza che si annota prende posizione, tra le altre cose, sulla configurabilità o meno di un accordo corruttivo che si ipotizzava intercorso tra un medico specialista in rapporto di servizio con l'Azienda sanitaria ospedaliera, nonché direttore di strutture universitarie ed alcuni referenti di note aziende farmaceutiche, finalizzato ad un illecito scambio tra la copertura finanziaria di posti di precariato universitario e la sponsorizzazione di eventi congressuali, da un lato, e la sottoposizione di pazienti alla cura dei farmaci biologici distribuiti da quella casa farmaceutica, dall'altro.

Sommario 1. Sulla possibile rilevanza di un contegno di “simulazione unilaterale” nella fase delle trattative. — 2. L'incidenza dei momenti del patto e dell'atto nella fondazione del contenuto offensivo dei delitti di corruzione nell'ambito di un modello di tipo “sincretistico”. — 3. I riflessi sulla qualificazione del fatto della promessa “indeterminata” avente ad oggetto un atto “discrezionale”.

1. SULLA POSSIBILE RILEVANZA DI UN CONTEGNO DI “SIMULAZIONE UNILATERALE” NELLA FASE DELLE TRATTATIVE

Seguendo una rigorosa scansione logico-giuridica nella trattazione degli argomenti, prima di affrontare la questione relativa alla diversa incidenza, nella fondazione del contenuto offensivo del reato, dell'atto funzionale e del *pactum sceleris*, pare opportuno soffermarsi su uno dei profili tematici suggeriti dalla peculiarità del caso concreto e di più spiccato interesse per l'interprete, anche se, per la verità, troppo sbrigativamente risolto dal giudice in un breve, sia pure significativo, passaggio motivazionale.

La riflessione giuridica trae spunto dall'esame dell'imputato, il quale, ribadendo e sviluppando quanto già sostenuto in sede di interrogatorio di garanzia, aveva fornito una spiegazione del contenuto dei colloqui intercettati, costituenti la principale (per non dire esclusiva) prova della perpetrazione di un accordo illecito arrestatosi, quanto meno con riferimento alla condotta del pubblico ufficiale, alla fase progettuale o promissuale, evocando il concetto di *dissimulazione etica*, più propriamente da intendersi come *simulazione*, se è vero che si dissimula ciò che esiste, mentre si simula ciò che non esiste.

Tacendo, come è sin troppo ovvio, sulla natura etica o meno del comportamento, il cui giudizio esula non soltanto da queste note ma, più decisamente, dalla materia che ci occupa, con tale affermazione, peraltro supportata da riscontri documentali, ci si voleva sinteticamente riferire ad una serie di *millanterie* e di prospettazioni *fallaci*, alle quali non si sarebbe mai dato attuazione, anche in ragione dell'impossibilità oggettiva di farlo (i 136 pazienti indicati come oggetto del paventato mercimonio erano in realtà 58), finalizzate ad ottenere dai privati esborsi di denaro, per lo più destinati a soddisfare interessi pubblici, quali il sostegno finanziario di borse di studio universitarie o all'organizzazione di simposi, aventi anche respiro internazionale, ad alto contenuto scientifico.

L'interrogativo che ci si deve porre è quale rilievo assuma, da un punto di vista giuridico, e, nel caso specifico, ai fini della configurazione del delitto di corruzione, notoriamente ascritto tra i reati-contratto, un contegno di c.d. *simulazione unilaterale* (concetto mutuato dalla materia del c.d. *agente provocatore*), che si manifesti, come detto, in rappresentazioni di fatti e circostanze che poi non avrebbero trovato effettiva realizzazione.

È dato acquisito come da sempre dottrina e giurisprudenza concordemente concludano per l'irrilevanza della c.d. *riserva mentale*, in generale, e segnatamente con riguardo alla corruzione antecedente, rispetto alla quale si è ritenuto sussistente il reato anche quando il pubblico ufficiale abbia ricevuto il compenso o accettato la promessa per un dato atto, pur ripromettendosi *interiormente* di non compierlo ⁽¹⁾.

Nondimeno, per affrontare correttamente la questione evitando eccessi di generalizzazione, in grado di oscurare sfumature assolutamente dirimenti ai fini della soluzione, è necessario, a nostro avviso, assumendo una prospettiva di stampo giusciviltistico (salvo poi discostarsene quando sia necessario valorizzare le peculiarità del siste-

⁽¹⁾ In questo senso MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1962, 230; PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, 118; PAGLIARO-PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti*

contro la pubblica amministrazione, Milano, 2008, 218 ss.; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 189 ss.

di
**Filippo
Bellagamba**

ma penalistico), operare una preliminare distinzione tra *due* tipologie di riserva mentale, ripartite a seconda della *fase* nella quale essa trovi la sua collocazione:

a) *riserva mentale nella fase delle trattative a cui non segua la stipulazione del patto-sinallagmatico.*

L'ipotesi qui prefigurata riguarda il caso in cui un soggetto (nella specie un pubblico ufficiale) abbia condotto le trattative, con la riserva mentale di *non* stipulare un accordo, che poi in effetti non si perfeziona.

Se, da un punto di vista civilistico, tale condotta potrebbe dar luogo ad una responsabilità di tipo *precontrattuale*, sotto il versante penalistico non dovrebbe in alcun modo rilevare e, per quanto attiene più specificamente alla corruzione, decretarne l'insussistenza per carenza di un elemento costitutivo della fattispecie, quale il *pactum sceleris*;

b) *riserva mentale nella fase esecutiva del patto-sinallagmatico.*

È questa l'ipotesi tipicamente contemplata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, a cui facevamo cenno poc'anzi.

L'accordo-elemento costitutivo "positivo" integrante la tipicità del reato - è già stato "validamente" e "convergentemente stipulato"; tuttavia il pubblico ufficiale non ha intenzione (*id est* la riserva mentale) di portarlo ad esecuzione. In altri termini, alla convergenza delle volontà nella conclusione dell'accordo fa da contraltare la mancata concretizzazione del patto nel compimento di un atto dell'ufficio, conforme o contrario ai doveri, a seconda della diversa tipologia di promessa.

Non avendo tale atteggiamento interiore, sia pure *antagonistico* rispetto ad un'effettiva attuazione dell'accordo, concorso a viziare l'esistenza, la sua irrilevanza, tanto sotto il profilo civilistico quanto sotto quello penalistico, appare la diretta conseguenza della sua incapacità di inficiare la validità del sinallagma e dunque di incidere in termini *valoriali* sulla sussistenza della fattispecie corruttiva, di per sé già integratasi, fatta salva poi la sua specifica connotazione (se *propria* o *impropria*), che trova origine nell'oggetto della promessa e, dunque, nella natura dell'atto che da essa dovrebbe discendere.

Pertanto, già ad una prima verifica sugli effetti giuridici di tale atteggiamento del foro interno, privo cioè di esteriorizzazioni fenomenicamente apprezzabili, è possibile concludere per una soluzione diversificata, a seconda della fase nella quale esso viene concretamente ad iscriversi.

Tuttavia, a ben vedere, nella vicenda che ci occupa, sembra ricorrere una terza modalità applicativa, eterogenea rispetto alle precedenti, che pare contraddistinguersi più per i tratti distintivi che per quelli comuni alla *riserva mentale* propriamente intesa, al punto da far legittimamente dubitare, in difformità rispetto a quanto affermato in sentenza, che possa essere così (correttamente) qualificata.

Si tratta, infatti, per stessa ammissione del giudicante, di un contegno manifestato all'esterno e, come tale, *oggettivamente percepibile*, che si colloca nella fase delle trattative, senza che tuttavia ciò abbia impedito la stipulazione del patto sinallagmatico.

In questo contesto, dunque, il soggetto agente rappresenta al suo interlocutore, controparte del sinallagma, nella fase delle trattative contrattuali, una realtà *difforme* da quella effettivamente esistente e ciò con il precipuo scopo di indurla in errore e farla così addivenire alla conclusione del contratto. Un tale contegno, dal punto di vista

civilistico, potrà dar luogo all'annullabilità del contratto per dolo, essendo stato determinante nella formazione del consenso dell'altra parte del contratto, che pertanto risulterà inevitabilmente viziato per errore.

Trasposta la vicenda sul versante penalistico, si può osservare come le volontà delle parti, incontratesi nel *pactum* contrattuale, non si collochino sullo stesso piano, in quanto *non* parimenti convergenti. L'*asimmetria* tra i voleri, determinata dalla condotta fraudolenta del pubblico ufficiale, finisce per incidere sulla libertà di autodeterminazione del privato che, indotto in errore, acconsente alla stipulazione del contratto, che altrimenti non avrebbe trovato realizzazione.

Ebbene, la condotta, così descritta, sembra presentare i caratteri del delitto di *truffa contrattuale* commessa ai danni del privato e non già quello di corruzione (o, come vedremo tra breve, di istigazione alla corruzione), pena altrimenti un'indebita sovrapposizione di istituti assai distanti tra loro per oggettività giuridiche tutelate e per elementi costitutivi tipizzati dal legislatore. Né potrebbe validamente obiettarsi a tale ricostruzione che sarebbe comunque inconfigurabile, versandosi in un'ipotesi di truffa in atti illeciti, ovvero posta in essere ai danni di chi sia intento a conseguire un fine illecito, essendo oramai pacificamente riconosciuta cittadinanza, nel nostro ordinamento, al c.d. *negotium turpe*, una volta definitivamente superato l'antico principio secondo cui *paria delicta mutua compensatione tolluntur* ⁽²⁾.

Sono fin troppo evidenti le conseguenze sulla sussistenza dei fatti per cui si è processo, che discendono da simili ripartizioni: se il caso che ci occupa, come in effetti non sembra revocabile in dubbio, è riconducibile alla terza tipologia di condotta, non coincidente con lo schema tradizionale che accompagna la riserva mentale propriamente intesa, lungi dal risolvere la questione adagiandosi sulla oramai acquisita irrilevanza di quest'ultima, ci si sarebbe dovuti piuttosto collocare nella diversa dimensione dei *reati in contratto*, nei quali il disvalore della condotta risiede non già nel fatto che un contratto (illecito) si sia perfezionato, bensì nel comportamento tenuto da una delle parti nella fase delle trattative, che, manifestandosi all'esterno, si è tradotto in prospettazioni ingannatorie, concretamente idonee a viziare l'altrui concorrente volontà nella definizione dell'accordo.

Come detto, il giudice di primo grado opta per la riconducibilità del fatto al disposto dell'art. 322 comma 4 c.p., considerando la condotta del pubblico ufficiale come "sollecitatoria" della dazione di denaro essenzialmente per due ordini di ragioni: a) anzitutto perché, per ritenere sussistente l'elemento soggettivo del reato, è sufficiente la consapevolezza da parte del pubblico ufficiale «di chiedere denaro, rappresentando, in cambio, che egli in futuro porrà in essere un atto contrario ai doveri d'ufficio» e non anche la sua volontà di dare poi effettiva realizzazione all'atto medesimo; b) in secondo luogo, perché, andando di diverso avviso, si finirebbe per legittimare una sorta di

⁽²⁾ Per tutti, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2002, 197, il quale trova ulteriore conforto alla sussistenza della truffa anche nell'ipotesi in cui il truffato sia soggetto che agisce *contra ius* nella circostanza che la sua onestà non è requisito costitutivo e la disonestà non è causa scriminante; nonché nella previsione della circostanza aggravante di cui all'art. 640 comma 2, n. 1,

seconda parte (quando il fatto è commesso con il pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare), che sancisce l'estraneità di un profilo eticamente apprezzabile nello scopo perseguito dal soggetto passivo della truffa; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I, delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2008, 190.

interpretatio abrogans della fattispecie richiamata, ben potendo ogni pubblico ufficiale «sostenere che non aveva alcuna intenzione di dar seguito all'atto illecito senza timore di essere smentito (poiché la sollecitazione non ha avuto effetto sul privato e la somma non è stata pagata)».

Si tratta, per la verità, di argomentazioni poco persuasive, che entrano in rotta di collisione con la realtà fattuale alla quale dovrebbero trovare applicazione.

La sollecitazione che integra il reato di istigazione alla corruzione attiva deve consistere, come noto, nella richiesta della dazione di denaro o di altra utilità o della relativa promessa, in vista di uno scambio di vantaggi o favori che il pubblico ufficiale prospetta al privato nell'ottica di una reciproca, paritaria, soddisfazione dei rispettivi interessi, che si connoti per l'assenza di qualsiasi forma di minaccia, anche larvata o indiretta, idonea a mutare la "proposta" in una condotta di abuso di poteri o qualità ⁽³⁾.

Non v'è dubbio, pertanto, proprio in ragione dell'espressa formulazione della norma, che la richiesta non rilevi in quanto tale, ma soltanto se collegata al compimento di un atto futuro, sia esso conforme o contrario ai doveri di ufficio, con la conseguente riproposizione, alla stessa stregua di quanto accade per la corruzione antecedente, di un dolo specifico e non soltanto generico.

Ciò precisato, appare evidente come la natura "raggirante" della sollecitazione proveniente dal pubblico ufficiale, oggettivamente inidonea a coniugarsi al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, se, da un lato, esclude *a priori* che possa parlarsi di riserva mentale, presupponendo questa la mera resistenza "interna", mai esplicitata, a dar seguito ai contenuti dell'accordo o della trattativa, dall'altro si pone in un rapporto *antagonistico* rispetto all'offerta della compravendita di un atto, che risulta già *ex ante* privo di ogni riferibilità teleologica alla proposta formulata, anche a prescindere dalla effettiva volontà di dare ad esso attuazione.

Detto in altri termini, una richiesta di denaro che assuma i caratteri del raggio non può mai identificarsi con una sollecitazione finalizzata ad uno scambio di natura corruttiva, per l'insussistenza, *ab origine*, della finalità indicata dal legislatore come elemento costitutivo soggettivo necessario ai fini della realizzazione della fattispecie in esame.

D'altra parte, dolersi, accedendo all'impostazione qui prospettata, di una sorta di *interpretatio abrogans* dell'art. 322 comma 4 c.p., è osservazione incapace di incidere sulla correttezza della ricostruzione suggerita, così come lo sarebbe l'affermazione, uguale e contraria, secondo la quale ogni iniziativa del pubblico ufficiale, finalizzata ad ottenere denaro o altra utilità dal privato, mai potrebbe integrare il delitto di tentata truffa, aggravato dalla circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 9, c.p., che per l'effetto finirebbe per essere integralmente disapplicato.

Il quadro, peraltro, non appare mutato neppure a seguito della novella legislativa del 2012, che non ha interessato l'art. 322 comma 4 c.p., ma soltanto i commi 1 e 3,

⁽³⁾ Si segnala, in proposito, la modifica introdotta dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 in tema di concussione, che è stata ripartita in due distinte fattispecie, a seconda che la condotta del pubblico ufficiale, pur sempre connotata da abuso della qualità o dei poteri,

consista nella *costrizione* o piuttosto nella *induzione* del privato a dare o promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità (rientrando il fatto, in questa seconda ipotesi, nel nuovo reato di cui all'art. 319-*quater* c.p.).

relativi all'istigazione alla corruzione passiva ed attiva per l'esercizio della funzione, in coerenza con la nuova formulazione dell'art. 318 c.p.⁽⁴⁾

Alla conclusione dell'inconfigurabilità dell'istigazione alla corruzione potrebbe peraltro pervenirsi anche riguardando il fatto sotto una diversa, concorrente, prospettiva.

È noto quell'orientamento sostenuto da una parte della dottrina, secondo la quale, in un sistema penale a connotazione eminentemente *oggettivistica*, taluni reati a dolo specifico debbano essere ricostruiti verificando l'*idoneità* della condotta a perseguire lo scopo, qualora quest'ultimo coincida con un *evento offensivo* di beni giuridici tute-

(4) Non può sottacersi, *per incidens*, come l'avvenuto sdoppiamento della concussione nelle due distinte fattispecie dell'art. 317 c.p. e dell'art. 319-*quater* c.p. abbia, sin da subito, impegnato la dottrina e la giurisprudenza di legittimità nel tentativo di fissare una più nitida linea di demarcazione tra concussione ed induzione indebita, con le inevitabili ricadute di un siffatto criterio discrezionale sulla correlata distinzione tra concussione/induzione indebita e corruzione. Sinteticamente, sono stati individuati tre criteri fondamentali da seguire ai fini di una corretta ripartizione tra concussione ed induzione indebita, sia pure precisando che nessuno di questi può dirsi — a nostro avviso — dirimente ma soltanto "concorrente" al corretto sviluppo delle operazioni di sussunzione per mezzo di una loro lettura sinergica. a) *Il diverso grado di intensità della pressione psichica prevaricatrice*. Il primo criterio da tenersi in considerazione si incardina sull'analisi della condotta tenuta dal soggetto agente, ravvisandosi *costrizione* nella manifestazione di un sopruso fisico o psichico che, anche senza divenire una minaccia espressa, si caratterizza in concreto come una implicita, seppur significativa e seria, intimidazione, tale da incidere in misura notevole sulla libertà di autodeterminazione del soggetto, obbligandolo a tenere un determinato comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto. Ed *induzione*, invece, in quell'abuso della posizione di preminenza, che serve per suggestionare, persuadere o convincere a dare o promettere qualcosa pur potendo resistere, in violazione di un obbligo di non collaborazione con il pubblico ufficiale infedele (cfr. in tal senso, sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, n. 8695, in *Guida dir.*, 2013, n. 13, 84-85; nonché sez. VI, 11 gennaio 2013, Bellini, n. 18968, *ivi*, 2013, n. 24, 82 ss.; sez. VI, 11 gennaio 2013, Pierri, n. 16154; sez. VI, 11 gennaio 2013, Vaccaro, n. 17285; sez. VI, 25 febbraio 2013, Oliviero, n. 11942). Si avrà, infine, *corruzione* (e di conseguenza istigazione alla corruzione) quando tra i protagonisti si instauri un rapporto di tipo paritario, che li unisce nella comune volontà orientata al *do ut des*; b) *La costrizione come minaccia*. Il secondo criterio identifica nella condotta costrittiva quella che si manifesta in una minaccia, esplicita o

implicita, di un male ingiusto e nell'induzione un concetto determinato per "sottrazione", sussistente quando il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio) prospetti al privato conseguenze sfavorevoli, tuttavia derivanti dall'applicazione della legge (cfr., in tal senso, sez. VI, 3 dicembre 2012, Gori ed altro, in *Guida dir.*, 2013, n. 14; sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, *ivi*, 2013, n. 7, 48 s.; nonché sez. VI, 14 gennaio 2013, Marino, n. 17593; sez. VI, 25 gennaio 2013, Piacentini, n. 6578; sez. VI, 26 febbraio 2013, Caboni, n. 16566); c) *il danno da evitare ed il vantaggio da conseguire per il privato*. Si ritiene che un coefficiente certo di discriminare, che *integri* quello relativo al maggior o minor grado di coartazione psichica espresso, rispettivamente, dalla costrizione (*voluit quia coactus*) e dall'induzione (*coactus tamen voluit*), debba essere ravvisato nel vantaggio che il privato consegue per effetto dell'azione dell'*intra-neus*. Se la condotta di costui prefigura per il privato il verificarsi di un *danno ingiusto*, ossia inferto *contra ius*, egli versa comunque in uno stato di soggezione, che impone il ricorso alla fattispecie della concussione per costrizione, ossia al nuovo conio dell'art. 317 c.p. Se, invece, il privato soggiace alla proposta, ossia all'induzione del soggetto pubblico, per conseguire un vantaggio che altrimenti gli sarebbe precluso, a questo punto occorrerebbe applicare il disposto dell'art. 319-*quater* c.p. In sintesi, la diversa sorte tra vittima della concussione e corrispondabile, sia pure a minor titolo, dell'induzione indebita, sarebbe segnata dalla distanza che corre tra la condotta di colui che "*certat de damno vitando*" e quella di colui che "*certat de lucro captando*", sia pur soffrendo di un'abusiva iniziativa prevaricatrice del pubblico funzionario, dalla quale la sua volontà risulta pur sempre psichicamente condizionata (cfr. sez. VI, 11 febbraio 2013, Castelluzzo, n. 11792, in *Guida dir.*, 2013, n. 19, 71 ss; sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, n. 11794; sez. VI, 25 febbraio 2013, De Gregorio, n. 11944). Residuerà la corruzione ogni qualvolta il privato persegua un vantaggio, senza che nella condotta del pubblico ufficiale possa ravvisarsi alcun abuso della qualità o dei poteri. Stante l'eterogeneità dell'approccio (anche se, a dire il vero, non mi pare che

lati (così, ad esempio, nel sequestro di persona a scopo di estorsione; nella frode in assicurazione; nella corruzione propria) ⁽⁵⁾.

Limitatamente a tali ipotesi (con esclusione, pertanto, di quelle nelle quali l'evento perseguito *non* sia né dannoso né pericoloso o addirittura approvato dall'ordinamento) sembra oramai prevalsa l'idea, suggerita da una rispettosa osservanza del principio di offensività — che reclama per tutti i reati almeno la creazione di un pericolo per il bene giuridico tutelato — che ci si trovi dinanzi a *delitti tentati* puniti come reati a sé stanti, il cui difetto di integrazione potrebbe cogliersi già sotto il profilo della tipicità oggettiva della condotta, carente dal punto di vista della sua idoneità, come, per l'appunto, nel caso che ci occupa, stante la falsa prospettazione della effettiva sussistenza del *numero* di pazienti necessario a "sostenere" la verosimile attuazione della asserita promessa.

2. L'INCIDENZA DEI MOMENTI DEL PATTO E DELL'ATTO NELLA FONDAZIONE DEL CONTENUTO OFFENSIVO DEI DELITTI DI CORRUZIONE NELL'AMBITO DI UN MODELLO DI TIPO "SINCRETISTICO"

L'ipotesi scrutinata, nonostante le considerazioni che precedono abbiano evidenziato l'insussistenza, da un punto di vista giuridico, di un accordo tra le parti, offre lo spunto per un ulteriore sviluppo del ragionamento, nel senso di una più accurata rivisitazione dei modelli disciplinari o di tutela prospettabili in tema di corruzione, al fine di rimarcare la diversa incidenza che, nella fondazione del contenuto offensivo del reato, svolgono l'*atto di esercizio funzionale* del pubblico funzionario, da un lato, ed il *patto* corruttivo, dall'altro.

Come è stato di recente perspicuamente segnalato ⁽⁶⁾, da un raffronto sistematico anche di stampo comparatistico emerge un duplice modello di contrasto al fenomeno corruttivo.

1) Secondo una prima prospettiva di tutela, che si prefigge di dare protezione al funzionamento della pubblica amministrazione, l'atto d'ufficio rivestirebbe un ruolo di *assoluta centralità* nell'ambito della struttura delle fattispecie incriminatrici della corruzione, sanzionando queste ultime o il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, quale attuazione pratica di un patto (dando perciò luogo ad un reato di danno) o già il patto stesso, avente pur sempre ad oggetto la realizzazione futura di un atto contrario ai doveri di ufficio (originandone così un reato di pericolo, noto nel nostro sistema come corruzione *propria antecedente*). Con la triplice conseguenza: *a)* che l'atto deve essere *successivo* al patto, per cui risulta inconfigurabile la corruzione susseguente; *b)* che l'atto deve essere *contrario* ai doveri di ufficio, perché altrimenti non si ariecherebbe alcun effettivo pregiudizio al corretto funzionamento della P.A., di talché non potrebbe aversi al più che corruzione impropria; *c)* che l'atto deve essere

le posizioni assunte, soprattutto avendo riguardo al secondo ed al terzo orientamento, sia così distanti), per motivi di opportunità la Suprema Corte, con ordinanza 9 maggio 2013, Cifarelli, n. 20430 (in *Guida dir.*, 2013, n. 24, 65 ss.), ha deciso di rimettere la questione dinanzi alle Sezioni unite, che si pronunceranno il prossimo 24 ottobre.

⁽⁵⁾ Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto pe-*

nale, Parte generale, Milano, 2013, 297. Riferimenti anche in PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 179.

⁽⁶⁾ CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 49 ss.

determinato o determinabile, perché l'indeterminatezza dell'oggetto riposizionerebbe il disvalore del fatto (soltanto) attorno al patto, svilendo il ruolo dell'atto.

2) In una seconda prospettiva teleologica, volta a dare tutela alla *fiducia* che i consociati debbono riporre nei confronti dello Stato e degli apparati pubblici, l'atto funzionale non concorre a fondare il contenuto di disvalore del reato, cedendo il passo al c.d. modello *clientelare* (accettazione di utilità da parte del pubblico funzionario in relazione alla propria *qualità* o *ufficio*) o alla c.d. corruzione per *esercizio della funzione*, il cui tratto caratterizzante è dato dall'accordo per la compravendita dell'intera funzione pubblica, a prescindere dal compimento dell'atto e dalla sua stessa natura (se conforme o contrario ai doveri di ufficio).

Nel nostro ordinamento ⁽⁷⁾, ancor più a seguito della novella del 2012 ⁽⁸⁾, sembra prevalere un modello strutturale c.d. *sincretistico*, nel quale i momenti del *patto* e dell'*atto* convivono, interferendo tra loro senza che né l'uno né l'altro trovi una "radicale" ed "esclusiva" applicazione.

Si tratta di una coesistenza *necessaria* ma non priva di fibrillazioni, dal momento che un perentorio abbandono di ogni riferimento all'atto quale oggetto dell'accordo appare sì funzionale alla repressione di forme di corruzione *sistemica*, nelle quali si inverte la progressiva evoluzione del reato da manifestazioni criminologiche, per così dire, tradizionali ad espressioni più moderne ed originali, ma nel contempo determina una "rarefazione del contenuto di disvalore del reato" ⁽⁹⁾, con la conseguente possibile asimmetria rispetto ai principi fondamentali che governano il diritto penale.

D'altra parte, un sistema che riservasse la sanzione penale al solo compimento dell'atto non potrebbe sfuggire a censure di scarsa effettività, sacrificando alla puntuale individuazione dei profili di offensività le sempre più pressanti esigenze di tutela, da più parti reclamate a gran voce da molto tempo ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Come, d'altra parte, in quasi tutti i sistemi europei più prossimi al nostro per tradizione culturale, e come Francia, Spagna, Portogallo, Germania, ove la c.d. corruzione *per esercizio della funzione* trovò ingresso già nel 1997. Per un'accurata analisi dei profili comparatistici della disciplina della corruzione si rinvia a SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003; HUBER, *Il sistema tedesco di lotta alla corruzione: una comparazione con quello di altri paesi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 623 ss.

⁽⁸⁾ Nella parte in cui ha riformulato l'art. 318 c.p., facendola assurgere, secondo taluni, ad ipotesi *generale* di qualsiasi corruzione, propria ed impropria, antecedente o susseguente, con la conseguenza di rendere l'immutato art. 319 norma *speciale*, tanto rispetto al *modo* di esercizio della funzione o del potere, che debbono concretizzarsi in un "atto"; quanto rispetto alla qualificazione in termini di *antidoverosità* della condotta del pubblico agente. In questi termini PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione im-*

propria, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, ins. 13, X.; negli stessi termini sez. VI, 11 gennaio 2013, Abbruzzese, in *Guida dir.*, 2013, n. 26, 81, che ha escluso che la nuova formulazione abbia dato luogo ad un'*abolitio criminis* della fattispecie incriminatrice previgente.

⁽⁹⁾ Così CINGARI, *I delitti di corruzione*, in F. PALLAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 152.

⁽¹⁰⁾ Basti pensare in proposito alle reiterate sollecitazioni provenienti da fonti internazionali (solo a titolo esemplificativo: le Convenzioni U.E. di Bruxelles del 1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee e del 26 maggio 1997 sulla lotta alla corruzione dei funzionari delle Comunità europee o dei funzionari degli Stati membri dell'Unione europea; la Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali nelle operazioni economiche internazionali; la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 (ratificata in Italia con l. 28 giugno 2012, n. 110); la Convenzione ONU di Merida del 2003 (ratificata in Italia con l. 3 agosto 2009, n.

3. I RIFLESSI SULLA QUALIFICAZIONE DEL FATTO DELLA PROMESSA "INDETERMINATA" AVENTE AD OGGETTO UN ATTO "DISCREZIONALE"

Proprio alla luce delle considerazioni che precedono, essendo, nel caso in oggetto, la promessa seguita dal compimento di un atto, la valutazione sulla rilevanza penale del fatto non può non estendersi all'apprezzamento di quest'ultimo, in quanto elemento essenziale alla definizione del disvalore della fattispecie e indispensabile criterio discrezionale tra le diverse ipotesi di corruzione.

Come è noto, uno dei profili di maggiore problematicità dell'atto è rappresentato dal *grado di determinatezza* richiesto ai fini della sua sussistenza.

In proposito, può dirsi oramai ampiamente superato quel risalente approccio giurisprudenziale, in forza del quale il punto di riferimento della promessa doveva essere uno *specifico* atto, puntualmente individuato ⁽¹¹⁾, se è vero che l'orientamento più recente e per lo più consolidato pare collocarsi all'estremo opposto, sostituendo alla nozione di atto quella di *funzione* ⁽¹²⁾, con la conseguente volatilizzazione di un requisito di fattispecie e la creazione, attraverso il c.d. *law in action*, della figura della corruzione per esercizio della funzione, sino ad oggi per la verità, come già osservato, assente nel nostro ordinamento ⁽¹³⁾.

Ebbene, anche in ragione della novella del 2012, che ha inciso profondamente sulla struttura della corruzione attraverso la modifica dell'art. 318 c.p. ⁽¹⁴⁾, appare decisamente preferibile quell'impostazione "intermedia", sostenuta da una parte della giurisprudenza ⁽¹⁵⁾ e dalla più accreditata dottrina ⁽¹⁶⁾, secondo la quale, ai fini della configurabilità dei delitti di corruzione, è sufficiente che l'atto d'ufficio sia *individuabile* e *determinabile*, giacché individuato nel *genus*, anche se indeterminato nella *species*. In altri termini, l'impossibilità di stabilire con precisione il singolo atto o il novero dei

116), che si propongono di estirpare la corruzione, perché reale minaccia agli stessi valori democratici ed ai diritti fondamentali su cui si regge uno Stato di diritto.

⁽¹¹⁾ In questo senso sez. VI, 24 novembre 1981, Taldone, in *Cass. pen.*, 1983, 586; sez. un., 30 aprile 1955, Colombaro, in *Arch. pen.*, 1956, II, c. 76.

⁽¹²⁾ Per tutte sez. fer., 25 agosto 2009, Ferro, in *Ced Cass.*, n. 245182; sez. VI, 4 maggio 2006, Battistella ed altri, in *Cass. pen.*, 2007, 1605 (con nota di MEZZETTI, «Nobiltà e miseria» ovvero della corruzione in atti giudiziari); sez. VI, 29 gennaio 2003, Lodigiani, *ivi*, 2004, 2300 (con nota di RAMPIONI, «Evanescenza» del contenuto dell'offesa e «mobilità» del momento consumativo dei delitti di corruzione nelle divagazioni giurisprudenziali in tema di competenza per territorio); sez. VI, 5 febbraio 1998, Lombardi, *ivi*, 1999, 3405; sez. VI, 5 marzo 1996, Magnano, *ivi*, 1997, 1338.

⁽¹³⁾ Per la progressiva "smaterializzazione" del requisito dell'atto e la sua sostituzione con quello di "funzione", con tutti gli inconvenienti che ne derivano tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello contenutistico-sostanziale cfr. CINGARI, *Repressio-*

ne e prevenzione della corruzione pubblica, cit., 110 ss.

⁽¹⁴⁾ Dalla quale si trae conferma dell'arbitrarietà dell'orientamento giurisprudenziale sia pure invalso, che conduceva ad un'indebita equiparazione, sotto il profilo sanzionatorio, tra corruzione per esercizio della funzione e corruzione propria, nonostante la differente graduabilità del disvalore del fatto, oltre all'impossibilità di distinguere tra corruzione antecedente o susseguente e tra corruzione propria e corruzione impropria.

⁽¹⁵⁾ Sez. VI, 3 novembre 1998, Giovannelli, in *Cass. pen.*, 1999, 3129; Sez. VI, 19 novembre 1997, Cunetto, *ivi*, 1999, 3131; sez. VI, 17 febbraio 1996, Carboni, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 691.

⁽¹⁶⁾ Così ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 183 ss.; PELISSERO, *La nozione di atto di ufficio nei delitti di corruzione tra prassi e teoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1019; SEGRETO-DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 308; PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 220.

comportamenti che il pubblico ufficiale andrà a compiere a vantaggio del privato potrebbe essere ovviata dalla possibilità di individuare il *tipo* di atti che costui è in grado di porre in essere in base alla propria sfera di competenza funzionale ed all'interesse concretamente perseguito dal corruttore.

D'altra parte, sempre avendo riguardo alle caratteristiche dell'atto, esso, con specifico riferimento al momento attuativo, può essere *vincolato* o comunque *indipendente dalla libera volontà* del pubblico ufficiale ovvero *discrezionale* o comunque di *libera-autonoma* attuazione, nel senso che è riservato all'autorità amministrativa un margine di apprezzamento in ordine all'*an*, al *quid*, al *quando* ed al *quomodo*.

Tale coppia di binomi contrapposti, che hanno ad oggetto rispettivamente il profilo contenutistico (atto *determinato* nel *genus* e nella *species* versus atto *determinato* soltanto nel *genus*) e quello più propriamente esecutivo (atto *vincolato* o comunque *indipendente dalla volontà* del pubblico funzionario versus atto *discrezionale* o *dipendente dalla volontà* del corrotto) consente di elaborare un'astratta modellistica, che, per essere adeguatamente misurata sul caso concreto, dovrà essere anticipata al momento della promessa, con le seguenti declinazioni:

1) *Promessa determinata nel genere e nella specie*

Secondo tale primo modello, che si realizza quando il *pactum sceleris* si forma attorno ad una promessa determinata tanto nel *genus* che nella *species*, a cui faccia seguito il compimento di un atto *contrario* ai doveri di ufficio che renda coerente quanto realizzato a quanto promesso, non potrà che ritenersi configurato il delitto di corruzione *propria*, indipendentemente dal tasso di discrezionalità di cui può beneficiare l'agente nell'esecuzione.

Ove, viceversa, alla promessa segua la realizzazione di un atto *legittimo*, al fine di tracciare una corretta linea di demarcazione tra corruzione *propria* e corruzione *impropria*, è necessario distinguere a seconda che: a) la promessa sia formulata in modo tale da *esaurire* l'ambito di discrezionalità riconosciuto al pubblico ufficiale, che risulta integralmente assorbito nell'oggetto della promessa, rendendo perciò irrilevante la verifica circa l'uso, in fase esecutiva, del potere discrezionale a questi attribuito. In tal caso, concentrandosi il disvalore del fatto esclusivamente sul patto, dovrà concludersi per la sussistenza del delitto di corruzione *propria*; b) la promessa sia formulata in modo da mantenere immutata la facoltà di apprezzamento del pubblico funzionario nella fase di concretizzazione del patto. Ricorrendo tale ipotesi, la soluzione passa attraverso l'ulteriore verifica circa i profili *attuativi* dell'atto, ovvero se questo esuli o meno dalla sfera di *dominabilità* dell'agente. In caso positivo, ancorché l'atto risulti *conforme* ai doveri di ufficio, non potrà non trovare parimenti applicazione il disposto dell'art. 319 c.p., polarizzandosi l'intero disvalore della fattispecie sul *pactum sceleris*, che sterilizza l'eventuale legittimità di un atto sì legittimo, ma per cause *indipendenti* dalla volontà del suo esecutore materiale ⁽¹⁷⁾.

Ad esiti del tutto antitetici si deve giungere qualora l'atto sia *conforme* per effetto dell'agire *autonomo-discrezionale* del soggetto attivo, che ha dato sfoggio di un impiego "virtuoso" del potere discrezionale, orientando la sua scelta nel senso della legalità e così disinnescando il disvalore tipico del reato di corruzione *propria*;

⁽¹⁷⁾ In questi termini sez. VI, 16 ottobre 2008, Forresio, in *Ced Cass.*, n. 241656.

2) *Promessa determinata solo nel genere*

Senz'altro più pertinente al caso che ci occupa è il secondo modello, nel quale l'accordo corruttivo si connota per una promessa avente ad oggetto un atto *determinato* soltanto nel *genere* ed *indeterminato* nella *specie*, tale da escludere la possibilità di individuare "a monte" la sua conformità/differenza rispetto ai doveri di ufficio.

L'imputazione infatti ruota attorno ad un accordo corruttivo nel quale la promessa, proveniente dal medico-pubblico ufficiale, avrebbe avuto a riferimento un "pacchetto" di pazienti a cui sarebbe poi stato somministrato un determinato trattamento terapeutico (c.d. *biologico*): essendo l'atto determinato soltanto nel suo contenuto generale e non anche nelle sue specifiche esteriorizzazioni, che sole possono orientare l'interprete circa la corretta qualificazione giuridica della condotta, qualora esso risulti *legittimo*, potrà ritenersi integrato, al più, il delitto di corruzione *impropria*, alla duplice condizione che l'atto sia la manifestazione di un'attività *discrezionale-autonoma* del soggetto agente e che quest'ultima risulti ancora esercitabile a fronte di una promessa *non esaustiva* del potere di apprezzamento a lui riservato, poiché di per sé non espressiva di un assoluto disinteresse, da parte del pubblico ufficiale, nella valutazione comparativa dei valori in gioco.

Infatti, l'autonomia attuativa che si traduce nel compimento di un atto conforme ai doveri di ufficio determina una polarizzazione del disvalore della condotta posta in essere non già nel patto, bensì nella concretizzazione di quanto genericamente posto alla base dell'accordo.

La promessa di somministrare un determinato farmaco ad un gruppo di pazienti prestabilito soltanto nel numero giuridicamente equivale alla promessa di realizzare un atto caratterizzato da un elevato tasso di discrezionalità non soltanto nell'*an*, ma anche nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quando*, presupponendo l'espletarsi di una serie di attività di tipo valutativo-specialistico complesso, avente ampi margini di autonomia.

Breve: il discrimine tra corruzione propria e corruzione impropria quando oggetto del *pactum sceleris* è un atto discrezionale coincide con la valutazione sull'osservanza o meno, da parte del pubblico ufficiale preposto all'emanazione dell'atto, delle regole inerenti l'uso del potere discrezionale, perché la violazione del dovere di imparzialità e correttezza del pubblico funzionario assurge a corruzione propria soltanto nel caso in cui la *parzialità si riveli nell'atto*, segnandolo di connotazioni privatistiche *incompatibili* con il soddisfacimento di un interesse pubblico. Laddove la parzialità attenga alla persona del pubblico ufficiale senza trasferirsi all'atto potrà al più ipotizzarsi la configurabilità del delitto di corruzione impropria, non essendo ivi ravvisabile alcun pericolo per il buon funzionamento della pubblica amministrazione ma al più risultando incrinata la fiducia nella lealtà dei pubblici funzionari.

L'originario rigoristico approccio della giurisprudenza, secondo il quale l'*inquinamento* derivante dall'accordo avrebbe *ex se* influito sull'imparzialità del pubblico agente nella ponderazione degli interessi da sottoporre a comparazione ⁽¹⁸⁾, sembra oramai superato da più recenti pronunce, che polarizzano l'accertamento sulla legittimità/illegittimità dell'atto amministrativo, essendo l'esercizio del potere discrezionale

⁽¹⁸⁾ Sez. VI, 25 gennaio 1982, Albertini, in *Ced* in *Riv. pen.*, 1969, II, 211; sez. VI, 1 agosto 1967, Cass., n. 154246; sez. VI, 14 novembre 1968, Ferrari, Margani, in *Cass. pen.*, 1968, 390.

comunque *vincolato* e *sindacabile*, perché soggetto a limiti fissati da regole e principi "apprezzabili" anche senza entrare nel merito delle scelte adottate dal pubblico funzionario ⁽¹⁹⁾.

Dunque, riassumendo, a fronte di una promessa indeterminata, perché avente ad oggetto il compimento di un atto discrezionale identificato soltanto nel *genus*, per individuare quale ipotesi di corruzione si sia concretamente realizzata, non si può prescindere dalla valutazione dell'atto, a meno che non si tratti di promessa che *esaurisca di per sé* l'ambito di discrezionalità riservato al pubblico ufficiale (es: si pensi alla promessa di agevolare l'esecuzione di *tutte* le pratiche di una determinata società giacenti presso quel Comune), sino al limite della corruzione per *esercizio della funzione*.

Nel caso in cui l'atto posto in essere risulti conforme ai doveri di ufficio, potrà fondatamente ritenersi sussistente la corruzione impropria, fatta salva l'ipotesi in cui si tratti di atto *indipendente* dalla volontà del pubblico ufficiale, in quanto estraneo alla sfera di *dominio* o di potestà del medesimo.

3) *Promessa indeterminata sia nel genere che nella specie*

Ricorrendo tale opzione, mancherebbe l'accordo stesso quale elemento costitutivo del sinallagma contrattuale ex art. 1325 c.c.

Come già osservato trattando della questione relativa alla possibile rilevanza della c.d. *riserva mentale*, il giudice ha optato per una riqualificazione del fatto come *istigazione alla corruzione propria attiva antecedente*, senza fare neppure un cenno ai rapporti tra patto ed atto (con specifico riguardo ad una promessa indeterminata avente ad oggetto un atto discrezionale) ed alla possibile configurabilità, seguendo tale approccio ricostruttivo, dell'art. 322 comma 3 c.p. in luogo dell'art. 322 comma 4 c.p.

In buona sostanza, il giudice per l'udienza preliminare ha ritenuto che vi fosse stata sollecitazione, da parte del pubblico ufficiale, volta ad ottenere una promessa o una dazione di denaro da parte dei rappresentanti di talune delle aziende farmaceutiche interessate, avente le finalità indicate nell'art. 319 c.p. Il che, tradotto in altri termini, stante l'anticipazione della tutela ad un momento prodromico rispetto alla conclusione del *pactum sceleris*, equivale al riconoscimento dell'insussistenza di un accordo, anche se per ragioni diverse da quelle sopra enunciate circa la rilevanza, nel caso che ci occupa, alle condizioni sopra indicate, di un comportamento di "simulazione unilaterale" nella fase delle trattative.

⁽¹⁹⁾ Sez. VI, 9 luglio 2009, Mussoni ed altri, in *Ced Cass.*, n. 244258; sez. VI, 26 settembre 2006, Moschetti ed altri, *ivi*, n. 234992; sez. VI, 23 gennaio 2004, Di Donato ed altri, *ivi*, n. 228378; sez. VI, 27 ottobre 2003, Balsano ed altri, *ivi*, n. 227099; sez. VI, 12 giugno 1997, Albini, *ivi*, n. 209699; sez. VI, 8 novembre 1996, Malossini, in *Cass. pen.*, 1998, 71; sez. VI, 17 novembre 1994, Provini ed altri, *ivi*, 1995, 2129. In dottrina, dello stesso avviso, VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, II, 1979, c. 185; PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, I, Parte speciale*, cit., 232; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I*, Bologna, 2007, 229; SEGRETO-DE LUCA, *Delitti dei pubblici*

ufficiali, cit., 365; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 191, che trova conferma nella non necessaria identità tra atto discrezionale ed atto contrario ai doveri di ufficio nell'art. 336 c.p., che distingue tra la violenza o minaccia finalizzata a far compiere al pubblico ufficiale un atto *contrario* ai doveri di ufficio e la violenza o minaccia finalizzata a far compiere a costui un atto *di* ufficio, a cui viene equiparata la violenza o minaccia che abbia come scopo quello di *influire comunque* sul soggetto pubblico. Il che starebbe a dimostrare come, anche per il legislatore, un possibile inquinamento o condizionamento esterno non collida con la sua conformità ai doveri di ufficio.

