

Capitolo I

Percorso storico-normativo

Sommario: 1. L'evoluzione legislativa (cenni). – 2. Fonti interne. – 2.1. Disciplina originaria prevista dal codice Rocco (1930). – 2.2. Una prima rivoluzione: la legge n. 86 del 1990. – 2.3. La c.d. legge anticorruzione del 2012. – 2.4. Il più recente intervento normativo: la legge n. 69 del 2015. – 3. Fonti sovranazionali e obblighi d'incriminazione. 3.1. Convenzione UE n. 316/1995, c.d. convenzione "PIF". – 3.2. Il protocollo di Dublino del 1996. – 3.3. Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali del 1997 (OCSE). – 3.4. Convenzione penale sulla corruzione del 1995 (Consiglio d'Europa) e la Convenzione di Merida del 2003 (ONU). – 3.5. Rapporto tra l'ordinamento interno e il diritto sovranazionale.

1. L'evoluzione legislativa (cenni)

I delitti contro la pubblica amministrazione, la cui disciplina è contenuta nel codice penale, sono stati rivisitati a più riprese da parte del legislatore.

Già il codice Zanardelli (1889) conteneva talune previsioni in merito ai reati contro la pubblica amministrazione; in particolare la concussione, della quale prevedeva tre figure: la concussione mediante costrizione, la cui condotta si attuava mediante un uso esplicito della violenza fisica o psicologica (art. 169); la concussione mediante induzione, che si realizzava mediante comportamenti di sopraffazione del privato non direttamente riconducibili alla violenza psichica relativa (allusioni, silenzi, metafore) idonei a creare uno stato di soggezione psicologica (art. 170, 1° co.) e la c.d. concussione negativa, con cui si puniva il p.u. che avesse ricevuto quanto non gli era dovuto mediante profitto dell'errore altrui (art. 170, 2° co.).

Il codice Rocco (1930) emanato in epoca fascista, risentiva dell'autoritarismo del regime per il quale il rapporto tra cittadino e istituzioni era marcatamente sbilanciato in favore di queste ultime. Anche per tale ragione i delitti contro la p.a. sono posti al Titolo II del Libro II c.p. immediatamente dopo i delitti contro la personalità dello Stato (Titolo I) e prima dei delitti contro l'amministrazione della giustizia (Titolo III).

Al termine dell'epoca fascista, una prima innovazione è costituita dal d.lgs. del 14 settembre 1944, n. 288, riguardante la reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale volta a tutelare il privato cittadino nel caso in cui si opponesse e reagisse alla condotta illegittima tenuta dal pubblico ufficiale. Peraltro la previsione del suddetto decreto era già presente nel codice Zanardelli, ma era stata completamente elisa dal codice Rocco in ragione dell'ottica sotto cui era stato emanato. Tale principio è stato poi recepito all'interno del codice penale con l'introduzione, nel 2009, dell'art. 393-bis (Causa di non punibilità) che esclude l'applicabilità delle norme di cui agli artt. 336, 337, 338, 339, 341-bis, 342 e 343 c.p. che tutelano il pubblico

agente e puniscono il privato, nel caso in cui il primo abbia dato causa ai fatti previsti nelle stesse norme eccedendo i propri limiti attraverso atti arbitrari.

Un secondo intervento – questo incidente direttamente sul codice – si è realizzato con la l. del 24 novembre 1981, n. 689, che ha sostituito l'art. 334 c.p. (Sottrazione di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'Autorità amministrativa) limitandone la previsione alle cose sequestrate secondo quanto si evince dal disposto normativo: «*Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa sottoposta a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa...*», per le quali è rimasta la procedibilità d'ufficio; viceversa per le cose sottoposte a sequestro giudiziario o conservativo – che erano ricomprese nella precedente previsione – la relativa disciplina è oggi contenuta nell'art. 388 c.p., 3°, 4° e 5° co. che prevede la procedibilità a querela¹.

Un intervento di somma importanza da parte del legislatore è costituito dalla l. del 26 aprile 1990 n. 86, riguardante i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e volta a limitare l'ingerenza del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa.

In seguito la l. del 16 luglio 1997, n. 234 ha ridefinito i limiti del sindacato penale sull'azione amministrativa, modificando la struttura del reato d'abuso d'ufficio².

Arrivando ai tempi più recenti, la l. del 06 novembre 2012 n. 190, di iniziativa governativa, ha inciso fortemente sui reati del Titolo II del Libro II c.p., in particolare con il fine di garantire una maggiore efficacia repressiva dei fenomeni corruttivi.

Infine la l. del 27 maggio 2015, n. 69 ha continuato a percorrere i binari della l. n. 190/2012, apportando alcuni interventi come l'introduzione della speciale attenuante della collaborazione processuale *ex art. 323-bis* c.p. di nuovo conio. Inoltre, ha reintrodotto la figura dell'incaricato di pubblico servizio tra i soggetti attivi del reato di concussione, dopo che era stata espunta dalla l. n. 190/2012, anche a fronte delle critiche ricevute in merito; ma di tali tematiche si dirà nello svolgimento del lavoro³.

¹ Cfr. M. GAMBARDELLA, R. CANTONE, *Codice penale - Rassegna di dottrina e giurisprudenza, I delitti contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) E. APRILE, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO, (coordinamento di) M. GAMBARDELLA, (diretta da) G. LATTANZI, E. LUPO), agg. 2015, Giuffrè, Milano, 2015, vol. IV, pp. 724-744, vol. V, pp. 324-349; V. DI NICOLA, P. DI STEFANO, *Codice penale*, (diretto da) S. BELTRANI, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 1247-1251, 1372-1277; P. PITTARO, D. BRUNELLI, *Le fonti del diritto italiano, Codice Penale*, (a cura di) T. PADOVANI, (con il coordinamento di) G. DE FRANCESCO, G. FIDELBO, A. VALLINI, Giuffrè, Milano, 2014, tomo I (*artt. 1-413*), VI, pp. 2037-2048, 2372-2383.

² In questi termini T. PADOVANI, *Commento alla l. n. 234/1997*, in *Legislazione penale*, Torino, 1997, p. 243; A. D'AVIRRO, *Teoria e pratica del diritto. Sez. III: diritto e procedura penale. L'abuso d'ufficio. Legge 26 aprile 1990 n. 86, art. 13*, n. 78, Milano, 1995.

³ Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI. A.

2. Fonti interne

2.1 Disciplina originaria prevista dal codice Rocco (1930)

Il codice penale, risalente al 1930 e ancora oggi in vigore, colloca i reati contro la pubblica amministrazione nel Libro II, Titolo II, all'interno del quale si distinguono tre capi. Le relative fattispecie sono ripartite in funzione del soggetto attivo del reato. Il Capo I riguarda i delitti dei pubblici ufficiali, il Capo II i delitti dei privati. Infine, il Capo III concerne le disposizioni comuni relative alle qualifiche dei soggetti attivi.

Tali delitti in principio risentivano, come anticipato, degli stilemi autoritari del regime. Ciò spiega le ragioni delle incisive revisioni che si sono susseguite nel tempo. Alla base dell'impianto codicistico sussisteva una visione dei rapporti tra individuo e autorità nettamente tesa in favore di quest'ultima; da una simile impostazione discendeva, tra l'altro, una tutela marcata del prestigio della p.a., bene che oggi appare di rango secondario rispetto al buon andamento e all'imparzialità, espressamente contemplati dalla Costituzione (art. 97).

È possibile constatare la fondatezza di quanto asserito in via generale –per esempio – riguardo alla corruzione e, in particolare, all'incriminazione della corruzione sia antecedente per un atto conforme ai doveri d'ufficio (c.d. impropria, ora sostituita dalla corruzione per esercizio della funzione *ex art. 318, c.p.*), sia susseguente, in altre parole quando l'atto è già compiuto⁴. Ciò dimostra come, secondo la visione del legislatore del 1930, aveva più importanza tutelare la relazione di fedeltà tra funzionario pubblico e Stato, piuttosto che la tutela di concreti e ben delimitati interessi della p.a.

Quanto alla nozione di P.A., la Relazione ministeriale al codice Rocco chiarisce che essa è intesa «*nel senso ampio, comprensivo dell'intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici*», includendo «*non solo l'attività amministrativa in senso stretto, tecnico, ma sotto un certo aspetto, anche quella legislativa e giudiziaria*»⁵.

L'ampiezza di tale definizione è un altro esempio di come la dottrina di stampo fascista inquadrasse ogni aspetto della disciplina *de qua* in funzione dell'esercizio dell'autorità dello

PAGLIARO, Milano, 2015; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale-II*, (a cura di) C.F. GROSSO, (con i contributi di) A. ROSSI, F. CONSULICH, A. PECCIOLI, M. RIVERDITI, F. ROMANO, XVI, Milano, 2016; A. MANNA, *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, (diretto da) A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA e M. PAPA, Torino, 2015; *Trattato di diritto penale. Parte speciale, Vol. II. I delitti contro la pubblica amministrazione*, (diretto da) A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA e M. PAPA, Torino, 2008; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013; C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale – Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, (diretto da) G. MARINUCCI, E. DOLCINI, vol. primo, tomo I, Roma, 2013, II ed.

⁴ In tal senso R. CORTESE, E. PALAZZI, *Compendio di diritto penale secondo il codice Rocco*, Torino, 1932, p. 58

⁵ Così il guardasigilli A. ROCCO nella *Relazione ministeriale dei lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 165

Stato. Difatti, sebbene la nozione comprenda tutt'oggi tali tre attività – per espressa previsione dell'art. 357 c.p. – prima della nascita della Repubblica l'inclusione di tali attività era stata prevista in ragione del declassamento dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario (la cui divisione è espressione del principio fondamentale dello stato di diritto) a mera ripartizione di competenze.

Inoltre, la difesa della legalità dell'azione amministrativa generò effetti sul piano delle forme della tutela penale: riguardo ai reati dei p.u., si tramutò in una lettura formalistica di alcune fattispecie, trascurandone così il profilo sostanziale che comporta una considerazione anche degli interessi del privato; riguardo ai reati dei privati prevaleva comunque il bene del prestigio dell'autorità rispetto al quale i privati si trovavano soventemente in una posizione di soccombenza.

In merito alle qualifiche soggettive pubblicistiche il codice del 1930 – oltre a conservare la figura del pubblico ufficiale, già presente nel codice penale del 1889 (art. 207), assieme ad una marginale definizione della figura dell'incaricato di pubblico servizio (art. 396) – ha introdotto per la prima volta quella dell' esercente di un servizio di pubblica necessità, all'art. 359 c.p.⁶.

In conclusione, la prospettiva presente nel codice Rocco, secondo la quale il tratto distintivo relativo ai delitti in questione era la tutela della legalità assieme al dovere di fedeltà dei soggetti dotati di qualifiche pubblicistiche, sarà mutata con l'entrata in vigore della Costituzione. Essa porrà l'attenzione su un nuovo tipo di rapporto tra Stato e cittadini, tale per cui l'attività della P.A. si deve anzitutto basare sui principi di buon andamento, d'imparzialità e di legalità.

2.2 Una prima rivoluzione: la legge n. 86 del 1990

La volontà di riformare i reati dei p.u. contro la p.a. si manifestò in modo determinato durante la IX Legislatura, già nell'ormai lontano 1985; anno a cui risalgono le proposte di legge di riforma – presentate durante la IX Legislatura – da cui deriva la l. n. 86/1990⁷.

Una delle ragioni principali della riforma si rinviene nella volontà di assegnare una più specifica copertura a taluni principi contenuti nella Costituzione, in conformità al criterio di tassatività e di determinatezza delle fattispecie⁸.

⁶ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 302.

⁷ Più nello specifico: d.l. n. 2844/1985 e le proposte di l. n. 410, 1780, 2709 e 2793. Tali progetti di legge possono essere letti negli *Atti parlamentari della Camera dei Deputati* (IX Legislatura).

⁸ Per un'analisi della riforma cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., pp. 19-21; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA e M. PAPA, cit., pp. 5-6; C. BENUSSI, *Trattato di diritto penale – Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, (diretto da) G. MARINUCCI, E. DOLCINI, vol. primo, tomo I, cit., pp. 18-26; P. MACCHIA, F. NERRONI, *I delitti contro la pubblica amministrazione di pubblici ufficiali. Commento della legge 26 aprile 1990, n. 86, alla luce del nuovo assetto normativo degli enti locali, Enc. Per i com.*

Difatti, l'art. 97 Cost. indica come beni da tutelare riguardo l'organizzazione e il funzionamento della p.a. "il buon andamento e l'imparzialità" e non anche il prestigio, contenuto nell'abrogato art. 341 c.p., sebbene poi ricomparso nell'art. 341-bis c.p. che attualmente punisce l'oltraggio a pubblico ufficiale.

La legislazione *ante* riforma appariva inadeguata sotto due aspetti: da un lato l'incerta delimitazione di alcune fattispecie, che causava incertezze applicative; dall'altro le fattispecie non avevano un raggio d'azione sufficientemente ampio per ricomprendere tutti i fatti meritevoli di stigma penalistico⁹.

Altra esigenza che ha spinto la riforma del 1990 è stata quella di far fronte al fenomeno di supplenza giudiziaria, disciplinando i casi in cui il giudice penale potesse intervenire in settori di pertinenza della p.a., sindacando il contenuto dell'atto amministrativo¹⁰. Tale riforma, attraverso le innovazioni apportate alle norme penali del Libro I, Titolo II, ha cercato di limitare i vari casi d'intervento.

A quest'ultima si collega l'esigenza di limitare l'ambito della repressione penale ai fatti che effettivamente ledono gli interessi della p.a. e dei cittadini.

Individuando gli aspetti innovativi della legge in esame, segnala:

- a) la soppressione della pena pecuniaria della multa per tutte le fattispecie del Libro II, Titolo II c.p., tranne che per quella prevista dall'art. 328 c.p. Il legislatore ha ritenuto superflua e di scarso rilievo la pena pecuniaria, essendo affiancata a una pena detentiva consistente (attualmente la pena pecuniaria è prevista per i reati di cui agli artt. 316-ter, 325, 328, 331, 334, 335, 337-bis, 342, 345, 346, 348, 349, 350, 352, 353, 353-bis, 354, 355, 356 c.p.);
- b) la scomparsa di alcune e l'introduzione di altre figure di reato, come il peculato per distrazione, *ex art.* 314 c.p. per le prime e la malversazione a danno dello Stato per le seconde, *ex art.* 316-bis c.p.;
- c) l'allargamento del novero dei soggetti attivi, rispetto alla previsione originaria del codice Rocco, includendovi anche l'incaricato di pubblico servizio, riconoscendolo possibile autore di reati come la concussione *ex art.* 317 c.p.;
- d) il passaggio alla competenza per materia del Tribunale per la maggior parte dei delitti dei p.u. contro la p.a., indipendentemente dalla pena prevista;

e gli altri enti loc., Firenze, n. 458-460, 1991; A. D'AVIRRO, *Teoria e pratica del diritto. Sez. III: diritto e procedura penale. L'abuso d'ufficio. Legge 26 aprile 1990 n. 86*, cit., pp. 83-96; G. CONTENTO, P.S. DI BENEDETTO, A. PAGLIARO, T. PADOVANI, E. PALOMBI, *Atti del primo congresso nazionale di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma. Il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore*, Napoli, 1991, pp. 3-128.

⁹ Cfr. G. IADECOLA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione dopo le leggi di riforma*, Torino, 1998.

¹⁰ In tal senso cfr. la relazione della Seconda Commissione permanente (Giustizia) del Senato (relatore Battello).

e) la sostituzione al termine “funzioni”, utilizzato nel codice Rocco, con quello di “poteri”, andando così ad allargare l’area di punibilità e a fornire una maggiore tutela del bene protetto. Il termine “funzioni”, difatti, risultava sfuggibile poiché sottintende una configurazione normativa ed istituzionale dell’agire distorto, viceversa l’azione criminosa può avvenire anche per via dell’utilizzo di un potere che non trova la sua sede nella funzione in modo diretto, ma deriva eventualmente da quest’ultima.

Riguardo ai delitti che saranno meglio analizzati in seguito, è possibile già effettuare alcune considerazioni preliminari circa le innovazioni della novella del 1990.

L’art. 317 c.p. (concussione) non ha presentato particolari differenze rispetto al precedente; se non, come sopra riportato, l’introduzione dell’incaricato di pubblico servizio quale soggetto attivo, la sostituzione del termine poteri alla parola funzioni e l’abolizione della pena pecuniaria.

L’art. 318 c.p. (corruzione per un atto d’ufficio, divenuto poi, nel 2012, corruzione per esercizio della funzione) è stato modificato con l’introduzione del minimo edittale “da sei mesi” per la pena detentiva e con l’eliminazione di quella pecuniaria.

L’art. 319 c.p. (corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio) ha subito una modifica più corposa rispetto agli altri, la cui fattispecie è stata arricchita attraverso la previsione di tre differenti articoli: art. 319 nuovo testo, c.p., art. 319-*bis* c.p. (circostanze aggravanti) e art. 319-*ter* c.p. (corruzione per atti giudiziari).

La modifica più indicativa riguardante l’art. 322 c.p. (istigazione alla corruzione) è stata la previsione, come reato autonomo d’istigazione alla corruzione, della condotta del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio che inciti il privato a corrispondergli denaro o altra utilità, ovvero a corromperlo.

Infine, ulteriori interventi hanno riguardato le definizioni delle figure dei soggetti attivi dei delitti previsti del Libro II, Titolo II, Capo I, c.p., vale a dire del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio.

L’art. 357 c.p., che definisce il pubblico ufficiale, individua sia il “parametro” esterno di distinzione tra “pubblico” e “privato”, sia il criterio “interno” di delimitazione tra pubblica funzione e pubblico servizio. Pertanto, il precetto in parola detta una norma definitoria, al fine di eliminare ogni incertezza interpretativa e, di conseguenza, assicurare una corretta applicazione.

Sono poi esplicitate le tre funzioni del p.u.: legislativa, giudiziaria (a seguito della l. 7 febbraio

1992, n. 181) e amministrativa¹¹.

Infine, l'art. 358 c.p., riguardante l'incaricato di pubblico servizio, presenta parametri atti ad individuare l'area delle attività concernenti tale soggetto: il pubblico servizio è stato così legato a un criterio di disciplina ovvero, dovendosi con siffatta locuzione intendersi un'attività regolamentata «*nelle stesse forme della pubblica funzione*» ma in assenza dei «*poteri tipici di quest'ultima*»¹².

La l. n. 181/1992 ha poi provveduto ad allargare alcuni contenuti della l. n. 86/1990, come la sostituzione della funzione giudiziaria a quella giurisdizionale o la modifica del secondo co. dell'art. 322 c.p. (Istigazione alla corruzione) con l'introduzione delle parole "il colpevole".

Infine la l. del 16 luglio 1997, n. 234, ha riformato il reato d'abuso d'ufficio, consentendo di punire sotto l'art. 323 c.p. gli abrogati delitti di interesse privato in atti d'ufficio, peculato e malversazione per distrazione e abuso innominato in atti d'ufficio¹³.

2.3 La c.d. legge anticorruzione del 2012

La legge Severino, dal nome del Ministro proponente, ha certamente un ruolo di primo piano tra le riforme del codice penale (parte speciale) in materia di corruzione.

Le esigenze di un intervento su un ambito di disciplina così attuale e delicato, i delitti contro la P.A., muovono innanzitutto dal contesto politico-sociale definitosi in anni recenti in Italia (ad esempio si consideri il caso riguardante la giunta regionale del Lazio durante la presidenza Polverini).

In secondo luogo, dall'orientamento dell'Unione Europea e della comunità internazionale manifestatosi attraverso una serie di atti e di convenzioni, ai quali la l. n. 190/2012 si adegua seppure in maniera più "mite"¹⁴.

La normativa in esame non ha abolito il reato di concussione, la cui previsione rappresenta un *unicum* tra le nazioni europee, ma l'ha scisso in due fattispecie distinte, previste dall'art. 317,c.p. e dall'art. 319-*quater* c.p.

In merito all'art. 317 c.p. (Concussione) la riforma del 2012 ha espunto l'incaricato di pubblico servizio, quale figura di soggetto attivo del reato. Tuttavia, anche in seguito alle critiche mosse

¹¹ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale-II*, (a cura di) C.F. GROSSO, (con i contributi di) A. ROSSI, F. CONSULICH, A. PECCIOLI, M. RIVERDITI, F. ROMANO, cit., pp. 356-364.

¹² In tal senso, F. CACCIOPPOLI, *Nuove norme in tema di reati contro la Pubblica amministrazione* in *Riv. amm. Rep. Ital.*, vol. CXLI, Napoli, 1990, p. 588.

¹³ Cfr. M. GAMBARDELLA, R. CANTONE, *Codice penale - Rassegna di dottrina e giurisprudenza. I delitti contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) E. APRILE, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO, (coordinamento di) M. GAMBARDELLA, (diretta da) G. LATTANZI, E. LUPO, cit., p. 756.

¹⁴ Cfr. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, cit., p. 27.

verso tale previsione e alla sua dubbia costituzionalità, il legislatore tornerà sui suoi passi con la l. n. 69/2015.

L'introduzione della nuova fattispecie d'induzione indebita, ex art. 319-*quater* c.p. (Induzione indebita a dare o promettere utilità) comprende, oltre al p.u., la figura dell'incaricato di pubblico servizio; parimenti è punibile il privato ai sensi del 2° co. Inoltre, i profili punitivi sono più tenui rispetto a quanto previsto dall'art. 317, c.p.: per quest'ultimo, l'intervento del 2012 ha infatti stabilito per il p.u. la pena della reclusione da sei a dodici anni (a differenza della reclusione da quattro a dodici anni, secondo la norma previgente); mentre l'art. 319-*quater*, c.p. prevedeva per il p.u. o per l'i.p.s. la reclusione da tre a otto anni e per il privato fino a tre anni¹⁵. Queste ultime cornici edittali sono state poi modificate dalla legge del 2015, come si vedrà meglio in seguito.

La *ratio* di punire, nel delitto di induzione indebita, anche il privato si rinviene nell'intento di contrastare in modo deciso i legami e le connivenze che spesso si sono manifestati o si manifestano tra questi e i detentori dei pubblici uffici; ciò sotto la scorta di quanto previsto dalle Convenzioni internazionali chiaramente orientate verso la punibilità del soggetto privato.

Tuttavia, non si comprende immediatamente il collegamento tra il primo e il secondo comma dell'art. 319-*quater* c.p. Infatti, se il privato è indotto a dare o promettere utilità dietro pressione di un pubblico agente che abusa dei suoi poteri, come si può ritenerlo responsabile di aver ceduto alla pressione? Al fine di rispondere a questa domanda è utile considerare, anzitutto che, stante la distinzione tra costrizione e induzione, a seguito dello spacchettamento dell'art. 317, c.p. e della previsione della punibilità dei privati in caso di condotta induttiva, dopo la riforma si è reso quanto mai urgente distinguere tra condotta costringitiva e condotta induttiva.

L'intento positivo di tale previsione ha però suscitato varie perplessità sul piano della sua efficacia concreta dal momento che ai fini probatori sarà difficile accertare la responsabilità penale del privato, che manterrà il silenzio nel proprio interesse. Il rischio che ne potrebbe derivare consiste nella possibilità di una contestazione, da parte dell'accusa, di un delitto di concussione anche a fronte di un'assenza di episodi *stricto sensu* costrittivi, proprio al fine di "garantirsi" la testimonianza del privato-persona offesa. La difesa del soggetto pubblico imputato cercherà, invece, di dimostrare la sussistenza dell'induzione indebita non solo perché quest'ultimo reato è meno grave di una concussione, ma anche perché, ai fini processuali, da ciò deriva l'assunzione in capo al privato dello *status* di indagato prima e di imputato poi, anziché di persona offesa, con l'effetto che le sue dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 210 c.p.p.,

¹⁵ In questi termini, A. GARGANI in *Legisl. Pen.*, 3, 2013, pp. 611-613.

dovranno sottostare ad un canone più rigoroso di valutazione da parte del giudice, stante la previsione di cui all'art. 192, co. 2, c.p.p.¹⁶.

Passando ora, a quanto ha previsto la legge Severino per il reato di corruzione *ex art.* 318 c.p., la fattispecie è stata completamente innovata, come si evince dalla stessa rubrica "Corruzione per un atto d'ufficio" (antecedente o susseguente) modificata nell'attuale "Corruzione per esercizio della funzione". Tale nuova fattispecie ha accolto l'auspicio di una certa dottrina¹⁷, nel punire la corruzione che si manifesta in modo "sistemico" allorquando il pubblico agente si trovi sul "libro paga" del privato¹⁸.

Il legislatore ha voluto mettere in risalto la circostanza che ora non è richiesto l'orientarsi della condotta verso il compimento di un atto d'ufficio. È sufficiente che la ragione della dazione o della promessa del denaro o dell'utilità sia l'esercizio della pubblica funzione, non necessariamente destinato a sfociare in un atto amministrativo.

Riguardo agli artt. 319 c.p. (Corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio) e 319-*ter* c.p. (Corruzione in atti giudiziari), le innovazioni riguardano solamente la misura edittale della pena (la reclusione, rispettivamente, da quattro a otto anni e da quattro a dieci anni, ulteriormente innalzata dalla l. n. 69/2015).

L'unica modifica, che ha coinvolto l'art. 319-*bis* c.p. (Circostanze aggravanti), riguarda la sua applicabilità anche nel caso in cui l'oggetto della corruzione fosse "il pagamento o il rimborso di tributi". Il legislatore ha voluto considerare tale ipotesi al pari, in merito alla gravità, di quelle aventi per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata la p.a. di appartenenza del p.u.

L'art. 320 c.p. (Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio) ha esteso, rispetto alla l. n. 86/1990, l'applicabilità delle disposizioni degli artt. 318 e 319 c.p. all'incaricato di pubblico servizio, senza più prevedere, nel caso di commissione del delitto di cui all'art. 318 c.p., che il soggetto attivo rivestisse la carica di pubblico impiegato. Si è stabilita, tuttavia, la previsione della riduzione delle pene in misura non superiore a un terzo.

Viceversa, l'art. 321 c.p., riguardante le pene per il corruttore, non ha subito mutazioni di sorta rispetto alla precedente formulazione.

¹⁶ In tal senso, A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale – Parte generale e speciale, riforme 2008-2015*, cit. pp. 170-172.

¹⁷ Cfr., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, Torino, 2012, pp. 252-255.

¹⁸ F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, pp. 227-229.

L'art. 322 c.p. (Istigazione alla corruzione) ha subito l'elisione della qualità di pubblico impiegato dell'i.p.s. destinatario dell'offerta o promessa di denaro o altra utilità non dovuta e ha introdotto la formula «*per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*»

Infine, altro elemento di assoluta novità introdotto dalla l. n. 190/2012 si rinviene nella previsione del delitto di traffico d'influenze illecite, *ex art. 346-bis c.p.*, aggiunto per adeguare le legge interna alla Convenzione ONU del 2003, c.d. Convenzione di Merida e alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione (vedi *infra*). Tale reato punisce coloro che, sfruttando le proprie relazioni con un pubblico agente, mettono in contatto quest'ultimo con il privato. Il fine di tutela è quindi quello di colpire l'attività d'intermediazione che terzi interpongono tra il p.u. e il privato¹⁹.

Al fine di adeguare la norma incriminatrice rispetto al canone costituzionale di tipicità, la fattispecie in questione è stata integrata nel corso dei lavori preparatori, attraverso un emendamento che ha conferito una maggiore specificazione, prevedendo che il pagamento dell'intermediario deve essere finalizzato a remunerarlo «*in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del medesimo ufficio*».

La previsione in esame non sarebbe, tuttavia, applicabile quando la mediazione giunga al suo scopo poiché, in questo caso, si verificherebbe un concorso di persone in uno dei reati di corruzione. Il riferimento ai soli artt. 319 e 319-*ter* c.p. è eccezionalmente limitante poiché, la previsione dovrebbe valere anche in relazione ai delitti puniti dagli artt. dagli artt. 319-*quater* 320 e 322-*bis* c.p.

L'intento del legislatore sembra quindi quello di voler punire condotte prodromiche alla corruzione, anche quando quest'ultima non si perfezioni.

2.4 Il più recente intervento normativo: la legge n. 69/2015

Il legislatore, attraverso la legge in commento, ha adeguato l'ordinamento interno alle fonti internazionali anti-corruzione (su cui vedi *infra*), apportando alcuni correttivi alla riforma del 2012.

«*I lavori parlamentari fanno, infatti, riferimento alla prima relazione dell'Unione dedicata al tema della lotta alla corruzione, pubblicata dalla Commissione europea il 3 febbraio 2014. Si tratta di un documento molto interessante soprattutto per alcuni dati, come ad esempio quello che stima in 120 miliardi di euro l'anno il costo della corruzione per l'economia europea...*»²⁰.

¹⁹ V. A. PAGLIARO, *Confronti testuali tra le due leggi più recenti sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, (Lectio magistralis tenuta al Rotary Club, Distretto 2110, il 21 marzo 2015, presso il Palazzo di Giustizia di Palermo) in *Cass. Pen.*, n. 5, 2015, pp. 1721-1722.

²⁰ Così A. CONZ, L. LEVITA, *Commento organico alla L. 27 maggio 2015, n.69*, Roma, 2015, p. 12.

Uno degli aspetti principali della l. n. 69/2015, che è stata elaborata in un periodo storico segnato dagli scandali del Mose di Venezia, dell'Expo di Milano e di Mafia Capitale, corrisponde all'aumento della sanzione penale attraverso un'ottica *neoretribuzionista* (la misura della pena deve trovare una corrispondenza nella necessità di punizione presente in ciascun individuo, e quindi nella società, a fronte della commissione di reati).

Tale intervento legislativo agisce ad ampio spettro per quanto concerne l'innovazione dei delitti contro la p.a., oltre a modificare il limite edittale del reato che punisce le associazioni di tipo mafioso *ex art. 416-bis c.p.* e a intervenire sul falso in bilancio.

In via preliminare, si può rilevare come questa riforma segua la linea tracciata dalla politica criminale degli ultimi anni: in primo luogo, il legislatore tende ad intervenire non sulla disciplina generale degli istituti cui è da ricollegarsi l'efficacia limitata degli strumenti sanzionatori, e si limita a meno complessi interventi sulle singole fattispecie per risolvere indirettamente la criticità. In secondo luogo, il legislatore dimostra di sottovalutare i problemi derivanti dalla prassi applicativa delle norme penali (come, ad esempio, i problemi interpretativi derivanti dallo spaccettamento della concussione per costrizione e per induzione); così la l. n. 69/2015 si limita ad un unico intervento sulla struttura delle fattispecie incriminatrici, ovvero l'estensione del novero dei soggetti attivi nel reato di concussione. In terzo luogo, il legislatore continua a "riporre fiducia" nel rafforzamento della repressione penale inasprendo ulteriormente il *quantum* della pena, anche in modo simbolico, per l'eco mediatico che tali scelte comportano, ma probabilmente sopravvalutando l'efficacia reale di tali rimedi in vista della prevenzione del fenomeno criminale²¹.

La normativa del 2015 ha in effetti innalzato i limiti edittali delle pene accessorie di cui agli artt. 32-*ter*, 32-*quinques* e 35 c.p. Tratto comune ai suddetti articoli, contenuti, appunto, nel capo concernente le pene accessorie del Titolo II del I Libro, consiste nella previsione delle figure coinvolte, vale a dire i soggetti attivi dei delitti previsti nelle norme da ultime richiamate. Riguardo alle fattispecie oggetto della presente analisi, la l. n. 69/2015 ha previsto un aumento delle pene, in accordo alla sua *ratio*.

L'art. 317 c.p. è stato oggetto di una delle modifiche più evidenti; infatti, sebbene la cornice edittale sia rimasta invariata, è stato ricompreso l'incaricato di pubblico servizio tra i soggetti attivi della fattispecie delittuosa.

²¹ In tal senso, F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2015, pp. 806-807.

L'art. 319-*quater* c.p., invece, ha subito un aumento dei limiti edittali, prevendo, per il p.u., così “la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi”. Similmente, sono stati aumentati i limiti edittali dei reati di corruzione ex artt. 318, 319, 319-*ter* c.p.²².

Inoltre, all'art. 323-*bis* c.p. (Circostanze attenuanti per i reati di cui agli artt. 314 e ss. c.p. escluso l'art. 315 c.p.) è stato aggiunto un secondo comma che contiene una rilevante riduzione della pena in favore di chi si sia impegnato per evitare che la condotta delittuosa giunga a nuove conseguenze, per assicurare le prove dei reati e per individuare i corresponsabili. Più nello specifico, la previsione dell'art. 323-*bis* comma 2, c.p. si riferisce agli artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p. In tal modo il legislatore ha previsto un incentivo per i responsabili dei menzionati delitti alla collaborazione, al fine di smantellare quel sistema di connivenze e clientelismi che è solito crearsi quando si perseguono tali intenti criminosi.

L'art. 321 c.p. (Pene per il corruttore) equipara la gravità della condotta del privato corruttore a quella del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio corrotto. L'inserimento della fattispecie del predetto articolo tra i delitti elencati all'art. art. 323-*bis*, 2° co., c.p. consente di applicare l'attenuazione della pena anche a favore del corruttore e non solo al corrotto.

Infine, la previsione di tali circostanze attenuanti è chiaramente volta a ottenere un'attiva collaborazione da parte del correo, così da ottenere uno strumento di contrasto al meccanismo criminoso.

Una considerazione, quantomeno sommaria, va fatta anche sull'art. 322-*quater*, c.p. (Riparazione pecuniaria) di nuovo conio, che impone al giudice di condannare l'imputato – ritenuto colpevole dei reati previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis* c.p. – al pagamento di una somma a titolo di riparazione pecuniaria, nei confronti dell'amministrazione di appartenenza al momento del fatto. Tale sanzione ha natura sostanzialmente punitiva, dato che la condanna prescinde dall'esercizio dell'azione civile in sede penale da parte dell'amministrazione danneggiata e dalla prova che la condotta tenuta dall'imputato ha provocato un danno risarcibile. Trattandosi di una sanzione diversa dalla pena pecuniaria in senso stretto è da escludersi una conversione della stessa in pena privativa della libertà personale ai sensi dell'art. 136 c.p., nel caso in cui l'imputato sia impossibilitato ad adempiere il pagamento²³. La sanzione riguarda unicamente i pubblici agenti titolari di della qualità di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, con esclusione, quindi, del privato.

²² Cfr., M. ROMANO, *Codice penale commentato*, Giuffrè, 2016, p. 830.

²³ Cfr. commento all'art. 322-*quater* in P. BORRELLI, *Codice Penale commentato*, (diretto da) S. BELTRANI, Milano, 2016, pp. 1219-1220.

È una previsione sostanzialmente punitiva, poiché la condanna prescinde dall'esercizio dell'azione civile in sede penale da parte dell'amministrazione offesa e dalla prova che la condotta del condannato abbia effettivamente causato un danno risarcibile. La previsione è volta a incrementare l'efficacia general-preventiva e retributiva dell'apparato sanzionatorio dei delitti di corruzione riguardanti il pubblico funzionario, il cui comportamento è ritenuto più grave e pericoloso rispetto a quello del privato, visto il dovere di tutela e preservazione in capo al primo nei confronti del bene pubblico.

Chi abbia commesso fatti riconducibili sotto gli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-*quater* e 322-bis c.p., può richiedere il c.d. patteggiamento a condizione che restituisca integralmente il prezzo o il profitto del reato, secondo quanto previsto dal co. 1-*ter* dell'art. 444 c.p.²⁴. Ciò è stato previsto con l'intento di rendere più difficoltoso il ricorso a tale strumento processuale²⁵.

In conclusione, si può affermare come la l. n. 69/2015 si sia limitata ad apporre delle migliorie alla precedente legge del 2012, pur senza modificare l'impianto essenziale di quest'ultima.

3. Fonti sovranazionali e obblighi d'incriminazione

I principali organismi internazionali si sono espressi, sin dal 1975, individuando la tipologia di comportamenti corruttivi tra soggetti privati e pubblici funzionari meritevoli di sanzione penale. «*Nell'ordine hanno profuso il loro impegno: le Nazioni Unite (ONU), l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo in Europa (OCSE), la camera del commercio internazionale, la Comunità europea prima e l'Unione europea poi, il Consiglio d'Europa (CDE), la Banca mondiale, il Fondo monetario internazionale (FMI), l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)*»²⁶.

Il contrasto internazionale a tale genere di reati si è intensificato a partire dagli anni Novanta (periodo in cui si sono verificati vari casi di corruzione come quello di Tangentopoli, per citarne uno che ha riguardato il nostro Paese).

Di seguito saranno analizzate le varie fonti che si sono espresse in tal senso.

3.1 Convenzione UE n. 316/1995, c.d. convenzione "PIF"

La *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, stipulata a Bruxelles il 26 luglio 1995 ed entrata in vigore nel 2002, è stata stipulata al fine di contrastare

²⁴ Cfr., S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, Bologna, 2015, p. 254.

²⁵ Per maggiori considerazioni in merito cfr. F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, cit., pp. 810-811.

²⁶ Cfr., S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Napoli, 1999, p. 149.

i comportamenti fraudolenti che si manifestano all'interno della Comunità europea (oggi Unione).

Tratto caratterizzante della Convenzione consiste nell'obiettivo di internazionalizzazione che deve assumere tale contrasto: aspetto peculiare è contenuto nell'art. 3 che afferma il principio della responsabilità dei dirigenti sia per i loro atti personali, sia nel caso in cui violino un atto di vigilanza o di controllo.

Tale principio andrà poi a configurare la responsabilità dell'ente per illecito amministrativo, disciplinata nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 231/2001.

Le finalità previste dalla Convenzione sfoceranno nel successivo Protocollo di Dublino (1996).

3.2 Il Protocollo di Dublino del 1996

Il *Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, c.d. Protocollo di Dublino stipulato il 27 settembre 1996, si fonda su due presupposti:

a) gli interessi finanziari delle predette comunità possono essere lesi o minacciati da illeciti quali quelli di corruzione in cui risultano coinvolti funzionari sia nazionali sia comunitari; b) all'interno del diritto penale di vari Stati membri, in materia di reati connessi all'esercizio di funzioni pubbliche, si puniscono unicamente gli atti commessi da funzionari nazionali e non sono previste fattispecie riguardanti la condotta di funzionari comunitari o di altri Stati membri. Ciò manifesta il bisogno di accordare le legislazioni nazionali per rendere punibile il reato di corruzione, all'interno di ogni Stato membro, anche nel caso in cui il soggetto attivo sia un funzionario comunitario o di un altro Stato membro.

In particolare, l'art. 1 del Protocollo individua il "funzionario comunitario" in «*qualsiasi persona che rivesta la qualifica di funzionario o di agente assunto per contratto ai sensi dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee o dal regime applicabile agli altri agenti delle comunità europee*» e in «*qualsiasi persona comandata dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o organismo privato presso le Comunità europee, che vi eserciti funzioni corrispondenti a quelle esercitate dai funzionari o dagli altri agenti delle Comunità europee; sono assimilati ai funzionari comunitari i membri e il personale degli organismi costituiti secondo i trattati che istituiscono le Comunità europee cui non si applica lo Statuto dei funzionari delle Comunità europee o il regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee*»²⁷.

Per la definizione di funzionario interno si rimanda alle singole discipline degli ordinamenti interni.

²⁷ Cfr. *Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, 27 settembre 1996, art.1.

Inoltre, risulta essere di rilievo la definizione che viene data alla fattispecie corruttiva, la quale distingue tra corruzione “attiva” e corruzione “passiva”. La prima riguarda chi di propria iniziativa dà o promette denaro o altra utilità, *rectius* “un vantaggio di qualsiasi natura”, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché vada contro i suoi doveri d’ufficio. La seconda riguarda il caso in cui sia il funzionario stesso a sollecitare la ricezione di un qualsiasi tipo di vantaggio per sé o per un terzo oppure ne accetta la promessa, al fine di compiere o di omettere un atto proprio delle sue funzioni o del relativo esercizio, venendo quindi meno ai suoi doveri.

L’art. 5, riguardante le sanzioni, stabilisce che gli Stati dovranno conferire rilevanza penale, oltre che ai fatti sopra descritti, anche alle condotte e ai meccanismi criminosi instauratisi nel loro complesso. Caratteri essenziali di tali sanzioni devono poi essere: l’effettività, la proporzionalità e la capacità dissuasiva.

Tuttavia il Protocollo di Dublino presenta un limite: l’obbligatorietà dell’incriminazione solo nei casi in cui i fatti fossero lesivi degli interessi finanziari delle Comunità europee. Questo limite sarà poi superato dalla *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea*, stipulata a Bruxelles il 26 maggio del 1997. Essa ha così superato la limitazione della tutela agli interessi finanziari comunitari²⁸.

3.3 Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali del 1997 (OCSE)

La Convenzione in questione sviluppata in seno all’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), considera solo la corruzione attiva, cioè quella attuata da parte di chi prometta o dia un qualsiasi tipo di beneficio o utilità, direttamente o tramite un terzo, affinché l’ufficiale compia o ometta di compiere atti del suo ufficio, in modo da ottenere un indebito vantaggio²⁹.

La fonte assegna rilevanza penale anche a fatti di corruzione che coinvolgono ufficiali e funzionari pubblici stranieri.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, l’adeguamento a tale disposizione è realizzato dall’art. 322-*bis* c.p. (Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri).

²⁸ In tal senso cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, cit., pp. 20-22.

²⁹ Cfr. *Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali*, del 17 dicembre 1997 (OCSE), art. 1.

Tale articolo è stato introdotto con la l. 29 settembre 2000, n. 300 attraverso la quale il legislatore ha dato attuazione alle convenzioni contrastanti la corruzione internazionale.

Al fine di adeguare la disciplina del codice penale alla progressiva internazionalizzazione della corruzione il legislatore ha esteso l'ambito di applicazione di alcune fattispecie ai casi in cui il fatto sia commesso da funzionari di Stati esteri o di organizzazioni internazionali. Pertanto, tali soggetti non acquisiscono propriamente la qualifica di p.u o di i.p.s. ma vengono assimilati ad essi, come si evince dalla disposizione del 1° co. dell'art. 322-*bis* c.p.

Giacché il nostro codice penale prevede due qualifiche pubblicistiche – di cui agli artt. 357 e 358 c.p. – il principio di assimilazione contenuto nell'ult. co. dell'art. 322-*bis* c.p. consente che le persone indicate nel 1° co. siano assimilate ai pubblici ufficiali a condizione che esercitino funzioni analoghe, ed “*agli incaricati di pubblico servizio negli altri casi*”. Pertanto, l'equiparazione alla qualifica p.u. acquisisce portata generale, quella alla qualifica di i.p.s. portata residuale³⁰.

3.4 Convenzione penale sulla corruzione del 1999 (Consiglio d'Europa) e la Convenzione di Merida del 2003 (ONU)

La Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa, stipulata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, prevede all'art. 2 di incriminare la «*corruzione attiva di pubblici ufficiali nazionali*», definita come «*il fatto di promettere, di offrire o di procurare direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito a un pubblico ufficiale, per sé o per terzi, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni*». Al susseguente art. 3 prevede uno speculare obbligo d'incriminazione per la «*corruzione passiva di pubblici ufficiali nazionali*».

L'art. 4 definisce quali soggetti qualificati coloro che fanno parte di una «*qualsiasi assemblea pubblica nazionale investita di poteri legislativi o amministrativi*».

Tale Convenzione, oltre a rivolgersi al fenomeno della corruzione (sia pubblica sia privata) in maniera totalizzante, pone la sua attenzione anche su un'altra fattispecie criminosa: il traffico d'influenze, sia dal lato attivo sia da quello passivo³¹. La legge n. 190/2012 seguirà siffatto orientamento introducendo, come già anticipato, la fattispecie di cui all'art. 346-*bis* c.p.

L'attuazione della Convenzione è monitorata dal Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO) tramite cicli di valutazione reciproca svolti dai paesi aderenti.

³⁰ In tal senso, C.F. GROSSO, M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, pp. 71-76.

³¹ Cfr. *Convenzione penale sulla corruzione* del 27 gennaio 1999, artt. 1 e ss.

La *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione* stipulata a Merida, (Messico) nel 2003, presenta un'impostazione simile a quella della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 e anch'essa intende punire la corruzione e il traffico d'influenze, oltre a una numerosa serie di altri reati.

La corruzione non è distinta tra propria e impropria o tra antecedente e susseguente, ma la possibilità di tipizzare tali differenziazioni è lasciata agli Stati firmatari purché venga comunque assicurata la previsione di sanzioni penali “*efficaci, proporzionate e dissuasive*”³², previste sia per il p.u. sia per il privato.

3.5 Rapporto tra l'ordinamento interno e il diritto sovranazionale

I principi stabiliti dalle convenzioni promosse dall'ONU o da altri organismi internazionali e quelli contenuti negli atti aventi efficacia vincolante (direttive, decisioni e regolamenti)³³ dell'UE, cui deve essere data attuazione nel nostro ordinamento in virtù di quanto previsto dall'art. 177, comma 1, Cost., non possono essere applicati direttamente. Richiedono un atto di normazione interna che introduca la norma incriminatrice.

Per quanto riguarda i primi però, non sussiste alcun termine prestabilito; inoltre, qualora manchi la ratifica della convenzione, quest'ultima non avrà alcuna efficacia nell'ordinamento. Viceversa, l'obbligo d'incriminazione contenuto in una direttiva europea deve essere accolto entro un termine prestabilito (*ex lege* 24 dicembre 2012, n. 234), a pena di conseguenze sanzionatorie nei confronti dello Stato membro una volta sottoposto alla procedura d'infrazione. Questo rispecchia il principio della *primauté* comunitaria che non ammette l'esistenza di norme interne in grado di opporsi al diritto comunitario, eccezion fatta per quel nucleo di principi fondamentali, presenti all'interno dell'ordinamento, dai quali muove la c.d. “teoria dei contro-limiti”³⁴.

Ogni qualvolta si presentino dubbi sul rispetto di tali principi da parte della norma comunitaria, quest'ultima deve essere sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, la quale provvederà ad accertarne il rispetto dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione.

³² A tal proposito v. E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2013, p. 30.

³³ Per una maggiore analisi cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, pp. 260-274.

³⁴ Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, p. 3853 e ss.; Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. Cost.*, 2012, 7, p. 4216 e ss.; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. Cost.*, 2008, 5, p. 3535 e ss.

Così, i principi delineanti l'impostazione costituzionale interna sono elevati a parametri del controllo sulla legittimità delle norme europee³⁵.

³⁵ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, cit., p. 15.

Capitolo II

Profili generali dei reati contro la pubblica amministrazione

Sommario: 1. Qualifiche soggettive. – 2. Pubblico ufficiale. – 2.1 Funzione legislativa. – 2.2 Funzione giudiziaria. – 2.3 Funzione amministrativa. – 3. Incaricato di pubblico servizio. – 3.1 Disciplina pubblicistica. – 3.2 Attività bancaria e attività d'impresa. – 4. Persona esercente un servizio di pubblica necessità. – 5. Qualifica pubblicistica: elemento soggettivo e cessazione della qualità.

1. Qualifiche soggettive

Le figure di pubblico ufficiale (p.u.), incaricato di pubblico servizio (i.p.s.) e di esercente di un servizio di pubblica necessità, sono disciplinate dagli artt. 357-360 c.p. nel Capo III del Titolo II del Libro I (disposizioni comuni).

Le qualifiche in questione, in particolare quella di p.u. e di i.p.s. che sono state rivisitate dalla riforma del 1990, assumono rilievo tipico in quanto contribuiscono a individuare il disvalore specifico dei reati contro la p.a. che di quest'ultima alterano l'attività, la quale deve svolgersi secondo i principi costituzionali – di cui agli artt. 97 e 98 Cost. – dell'imparzialità e del buon andamento rivolti alla tutela dell'interesse pubblico.

Gli artt. 357 (Nozione di pubblico ufficiale), 358 (Nozione d'incaricato di pubblico servizio) e 359 (Persone esercenti un servizio di pubblica necessità) c.p. attribuiscono la qualifica unicamente a chi in concreto svolge un compito che si possa inquadrare in una determinata cornice di tutela³⁶.

Dall'analisi dei suddetti articoli sarà chiaro l'emergere di nozioni aventi carattere oggettivo e non soggettivo, per cui ciò che assume maggiore rilevanza riguarda il modo in cui agisce in concreto colui che pone in essere la condotta punita.

Tuttavia, la distinzione tra p.u. e i.p.s. non è di facile individuazione e la scelta di prevedere queste due figure ha una sua logica solo se alla differenziazione di tali qualifiche corrisponda anche una differente disciplina penale³⁷.

³⁶ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, cit., p. 40.

³⁷ Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 20; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*; (a cura di) G. MARINUCCI e E. DOLCINI, tomo I, cit., pp. 49-56.

2. Pubblico ufficiale

L'art. 357 c.p. nella versione attuale, ex l. 7 febbraio 1992, n. 181 (modifica alla l. n. 86/1990), così recita: «*Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.*

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

La definizione, come prevede la stessa norma è data agli effetti della legge penale, con le relative conseguenze riguardo al suo ambito di applicazione. Così, il legislatore ha voluto realizzare non tanto un totale affrancamento delle nozioni penalistiche dal diritto amministrativo o costituzionale, quanto una validità delle norme definitorie per l'intero sistema penale. Perciò alla definizione ex art. 357 c.p., così come a quelle di cui agli artt. 358 e 359 c.p., ci si deve riferire non solo con riguardo ai delitti contro la p.a., ma ovunque si faccia riferimento alle figure soggettive in questione (nel codice o nella legislazione penale complementare)³⁸.

Con il venir meno del riferimento testuale al rapporto di dipendenza con lo Stato o altro ente pubblico, è certo che la riforma abbia accolto una definizione oggettiva di p.u. dipendente, come anticipato, dall'attività in concreto esercitata³⁹. L'atto compiuto dal soggetto deve quindi essere espressione di una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Bisogna, pertanto, appurare l'attività in concreto esercitata, prescindendo da un rapporto d'impiego con lo Stato o altro ente pubblico⁴⁰.

Tuttavia, la necessità di considerare tale attività non minimizza completamente la rilevanza della natura giuridica dell'ente cui l'attività si riferisce.

Anche la giurisprudenza riconosce la validità di tale nozione, dovendosi ricollegare la qualifica di pubblico ufficiale ai caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dall'agente e come tale considerata⁴¹.

³⁸ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2013, pp. 298-299.

³⁹ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Digesto penale*, X, Torino, 1995, p. 75.

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 2012, n. 12385, *C.E.D.*, 2013.

⁴¹ Cass. pen., sez. V, 04 novembre 2008, n. 46310, imp. P.C., *C.E.D.*, 2008; Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 9438, in *Guida al dir.*, 2016, p. 96: «*Il commesso giudiziario non rientra nella categoria dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, delineate dagli artt. 357 e 358 c.p. Tale figura, infatti, non è caratterizzata né dai poteri tipici del pubblico ufficiale, né da quelli propri*

2.1 Funzione legislativa

Attiene in modo specifico alla produzione legislativa dello Stato, delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano.

Essa riguarda gli atti di partecipazione alla produzione normativa dei parlamentari e dei consiglieri regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano, nonché gli atti normativi del Governo quando esercita la funzione in questione attraverso i decreti-legge e i decreti-legislativi che hanno forza di legge⁴².

Tale funzione, quindi, riguarda pochi soggetti con una precisa investitura per il compimento di una funzione facilmente individuabile.

La funzione legislativa è riferibile in senso ampio all'attività anche regolamentare dei pubblici poteri; tuttavia, parte della dottrina rileva l'incompatibilità tra questa funzione e i reati dei p.u. contro la p.a. Questo in ragione del fatto che i parlamentari godono dell'immunità per i voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni, *ex art. 68 Cost.*, oltre a non essere assoggettati ai principi sanciti dall'art. 97 Cost.

La suddetta incompatibilità è stata però attenuata dalla riforma del 1990, che ha inserito nell'art. 357 c.p. il riferimento alla funzione legislativa. Di conseguenza l'incompatibilità va verificata riguardo alla singola fattispecie incriminatrice e all'inerenza dell'atto all'esercizio della funzione parlamentare, ossia agli atti attraverso cui si esprime tipicamente tale funzione, ma non a quelli che integrano l'abuso di tali funzioni⁴³.

2.2 Funzione giudiziaria

L'intervento del 1990 inquadrava come pubblico ufficiale chi avesse esercitato la funzione giurisdizionale, tale accezione è stata poi modificata dalla l. del 7 febbraio 1992 n.181, che ha introdotto l'aggettivo "giudiziaria" in modo da includere certamente anche i magistrati del

dell'incaricato di pubblico servizio perché svolge mansioni d'ordine e prestazioni di opera meramente materiale»; contrariamente v. Cass. pen., sez. VI, 07 luglio 2015, n. 1327, in Riv. nel dir., 2016, p. 537: «... i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, allorquando la ragione d'essere della società medesima risieda nel generale perseguimento di finalità connesse a servizi di interesse pubblico, a nulla rilevando che dette finalità siano realizzate con meri strumenti privatistici».

⁴² M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 25.

⁴³ A. PAGLIARO, F. PARODI GIUSTINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol.1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 42

pubblico ministero. Peraltro, anche se sotto la vigenza della norma più restrittiva, l'attività del p.m. sarebbe dovuta essere valutata come funzione amministrativa in senso ampio⁴⁴.

La funzione in analisi concerne esclusivamente i magistrati dell'ordinamento italiano, non riguardando così i magistrati stranieri o che svolgono le proprie funzioni presso le Corti sovranazionali. Difatti, l'art. 322-*bis* c.p., modificato con l. del 20 dicembre 2012 n. 237, non ha ampliato la nozione di p.u., ma ha solamente esteso alcune fattispecie ai giudici operanti in ambito internazionale (ad es. i membri della Corte di giustizia europea).

Secondo quest'orientamento, quali soggetti che esercitano una funzione giudiziaria in senso lato, si considerano anche i cancellieri, i segretari e gli ufficiali giudiziari e, di conseguenza, sono a tutti gli effetti dei p.u.⁴⁵

Sono esclusi dalla qualifica di p.u. gli arbitri, in quanto hanno natura privatistica, ed il consulente tecnico d'ufficio nominato in merito ad un arbitrato.⁴⁶

Riguardo all'arbitrato, bisogna compiere un'analisi, quantomeno sommaria, dell'inedita figura dell'arbitro-avvocato introdotta dalla l. del 10 novembre 2014, n. 162; per mezzo della quale sono stati introdotti nel nostro ordinamento gli strumenti giuridici dell'arbitrato forense e della negoziazione assistita, finalizzati alla risoluzione in via stragiudiziale delle controversie così da ridurre il ricorso all'autorità giudiziaria.

In particolare, l'arbitrato forense consente alle parti di trasferire la causa civile – pendente in tribunale o in appello – nella sede arbitrale. Il procedimento si svolgerà quindi dinanzi ad un arbitro o ad un collegio di tre arbitri (nel caso in cui la causa ecceda il valore di 100.000 €) individuati, in accordo tra le parti, tra gli avvocati iscritti all'Albo professionale da non meno di tre anni.

Così l'arbitro-avvocato si trova, in questa sede, ad amministrare la giustizia. Da qui il sorgere della questione: dato che la l. n. 162/2014 rinvia alla disciplina dell'arbitrato (modificata dal d.lg. 2 febbraio 2006 n. 40, che ha riformulato l'art. 813, 2° co, c.p.c. stabilendo che «*agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*») ci si chiede se anche per l'arbitro-avvocato sia compatibile o meno tale qualifica, soprattutto in virtù degli effetti penali della stessa.

⁴⁴ V. *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 26.

⁴⁵ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 345.

⁴⁶ Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5901, *C.E.D.*, 2013.

Una prima tesi, nel ritenere applicabile anche all'arbitro-avvocato la modifica del 2006, esclude l'imputabilità dei reati di corruzione in capo a quest'ultimo in ragione del difetto della qualifica soggettiva di p.u.

Pertanto, secondo questa tesi l'art. 813 c.p.c. corrisponderebbe a un confine non superabile per l'applicazione degli artt. 357 e 358 c.p. all'arbitrato forense, garantendo una sorta di immunità all'arbitro-avvocato nello svolgimento delle sue funzioni. Così, si ritiene necessaria l'instaurazione di un collegamento esplicito tra le qualifiche oggettive disciplinate nel codice di rito e la disciplina del lodo arbitrale, modificando direttamente l'art. 813, 2° co, c.p.c.

Una seconda tesi, viceversa, non ritiene che tale collegamento sia necessario giacché l'apparente incompatibilità tra le norme sopracitate sarebbe risolvibile attraverso l'esaltazione del concetto dell'autonomia tra gli ordinamenti penalistico e civilistico. Questa tesi si basa sulla concezione oggettivo-funzionale, introdotta con la l. n. 86/1990, attraverso la quale è possibile individuare la qualifica di p.u. o i.p.s. agli effetti penali. Tale concezione implica, come si dirà meglio in seguito, di considerare unicamente la disciplina pubblicistica o privatistica che realmente regola l'attività in concreto esercitata.

Pertanto, si manifesta la possibilità di applicare lo statuto della pubblica amministrazione anche all'arbitro-avvocato attraverso un'interpretazione in senso lato della nozione di "funzione giudiziaria" ex art. 357, 1° co., c.p.

In forza del collegamento tra quest'interpretazione e il superamento del rapporto di dipendenza tra l'agente e la p.a., deriva altresì la possibilità di considerare pubblici ufficiali coloro che esercitano la funzione giudiziaria nella magistratura onoraria.

In conclusione, secondo tale orientamento, non vi sarebbero impedimenti al riconoscimento della natura giudiziaria sia all'arbitrato rituale sia a quello forense, con conseguente piena applicabilità delle norme del Libro II, Titolo II, c.p. anche a tali soggetti⁴⁷.

2.3 Funzione amministrativa

L'art. 357, 2° co., c.p. pone come requisito di carattere formale il fatto che la funzione amministrativa sia disciplinata da «*norme di diritto pubblico e da atti autoritativi*». Tal elemento riguarda anche il pubblico servizio e funge quindi da limite esterno per le qualifiche pubblicistiche rispetto a quelle private⁴⁸.

Tuttavia, l'espressione è causa di contrasti poiché, essendo gli atti autoritativi regolati unicamente da norme di diritto pubblico, l'inutilità della ripetizione sembrerebbe superarsi

⁴⁷ A. MANICCIA, *Riforma del processo civile e risvolti in materia penalistica del nuovo arbitrato forense: la corruzione dell'inedita figura dell'arbitro-avvocato*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 4282 e ss.

⁴⁸ Cass., pen., sez. VI, 7 marzo 2012, n. 39359, in *Foro it.*, 11, 2012, p. 607.

intendendo la locuzione nel senso che tali atti siano autonomamente in grado di rendere pubblica un'attività per il cui svolgimento sia prevista la presenza anche di solo uno di essi. Ma così non è: se da un lato un potere autoritativo o certificativo è sintomo anche da solo dell'esistenza di una pubblica funzione, dall'altro un'attività privatistica non diventa pubblica solo perché la legge consente, tramite essa, alcuni interventi propri dei pubblici poteri⁴⁹.

Pertanto non si dovrà considerare pubblica, nel suo complesso, una data attività che si svolge secondo le norme privatistiche solo perché per il suo svolgimento sono previsti atti autorizzativi o di controllo da parte della p.a.; ma sarà considerata tale qualora norme pubblicistiche e atti autoritativi ne governino in concreto lo svolgimento.

Il requisito formale (esterno) corrisponde al tipo di disciplina giacché sia la funzione amministrativa sia il pubblico servizio devono essere disciplinati da “*norme di diritto pubblico e da atti autoritativi*”, che di conseguenza investono la qualifica di p.u. e di i.p.s. e pertanto ne delimitano le funzioni o il servizio pubblici rispetto a una qualifica privata.

Riguardo ai suddetti requisiti vi è una prima tesi secondo cui essi debbano ricorrere congiuntamente; tale tesi sembra essere confermata dalla modifica testuale apportata dalla legge n. 181/1992⁵⁰.

Una tesi differente ritiene, invece, che i due criteri siano alternativi, per cui sarebbe sufficiente la presenza di uno solo di essi a qualificare come pubblica una determinata attività⁵¹.

Per differenziare le norme di diritto pubblico da quelle di diritto privato sono stati proposti diversi parametri. Un primo parametro si basa sulla necessità che dalle norme di diritto pubblico il soggetto sia vincolato (solo soggetti specificati possono compiere determinati atti)⁵².

Un secondo pone alla base della distinzione la tipicità dell'atto giacché alcune attività sono disciplinate certamente da norme di diritto privato (ad es. quelle sui contratti tipici), altre da norme di diritto pubblico (ad es. provvedimenti operanti su *status*, concessioni, licenze, ecc.)⁵³.

La migliore prospettiva sembrerebbe essere quella di chi indica una pluralità di parametri; pertanto, si ritengono norme di diritto privato quelle che regolano i rapporti tra soggetti privati oppure tra questi ultimi e soggetti pubblici posti sullo stesso piano. Viceversa, le norme di diritto pubblico sono norme di relazione per cui la p.a. occupa una posizione di supremazia, ovvero i poteri di cui è titolare sono in grado di incidere in modo unilaterale nella sfera

⁴⁹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 328.

⁵⁰ In tal senso P. SEVERINO, S. DI BENEDETTO, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, cit., p. 518.

⁵¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, Bologna, p. 171.

⁵² Cfr. *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., pp. 30 e ss.

⁵³ *Ibidem*.

giuridica altrui, norme attributive di poteri di certificazione e, infine, quelle che regolano l'ordinamento dei pubblici uffici, andando a determinare competenze, attribuzioni e responsabilità dei funzionari, *ex. art. 97, Cost.*⁵⁴.

Un differente orientamento evidenzia che, in seguito all'incrocio delle forme d'intervento tra pubblico e privato e dei processi di liberalizzazione imposti dall'U.E., il servizio pubblico stia diventando una nozione graduabile capace di fondare le qualifiche soggettive pubbliche in presenza di un «*condizionamento pubblicistico sull'attività svolta... che gli imprime caratteristiche – se non imperative o autoritative – quantomeno “amministrative” presidiando la sua organizzazione, vincolando l'erogazione in concreto alla direzione (e agli scopi) della mano pubblica.... Allo statuto penale della p.a. non interessa più, viceversa, il segmento dove per le peculiari circostanze di contesto il servizio pubblico ha subito, in sostanza, una “dequotazione”*»⁵⁵, che si manifesta quando l'attività si svolge in un contesto di libero mercato e in parità concorrenziale. Ciò significa che l'esercizio di un'attività in regime concorrenziale, è indice dell'assenza di un pubblico servizio.

In conformità a quest'ultima impostazione gli indicatori di condizionamento pubblicistico non consentono una netta distinzione tra attività pubblicistiche e attività privatistiche, giacché ogni volta si dovrà valutare quanto una determinata attività sia condizionata da norme pubblicistiche. Le norme così qualificate, continuano ad esserlo anche se l'attività sia diretta ad un atto finale di natura privatistica⁵⁶.

A conferma di tale impostazione, una recente sentenza della Corte di Cassazione ha stabilito che «*i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da norme pubblicistiche e persegue finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici*»⁵⁷.

Considerando sempre il fenomeno della commistione tra la disciplina pubblicistica e quella privatistica, possiamo considerare il caso dell'«*ENASARCO*» il quale «*è un ente che, pur avendo la forma giuridica di fondazione di diritto privato, persegue finalità di pubblico interesse, posto che si occupa di previdenza integrativa a contribuzione obbligatoria degli associati, cui eroga un servizio pubblico sotto la vigilanza ministeriale e della Corte dei Conti;*

⁵⁴ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 328.

⁵⁵ Così V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, p. 194.

⁵⁶ Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 32.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 49759, imp. Z. G., in *Cass. pen.*, 2014, p. 572.

ne deriva che deve essere riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale ... a colui che determina le scelte immobiliari di detto soggetto giuridico»⁵⁸.

Passando ad analizzare la delimitazione “interna”, ossia quella che distingue la pubblica funzione dal pubblico servizio, bisogna considerare il sistema congiunto degli artt. 357 e 358 c.p. riguardo al quale se in taluni casi un singolo atto indica già di per sé una pubblica funzione, in altri, di contro, la natura privatistica di uno specifico atto non è detto che escluda la qualifica pubblicistica dell’agente, potendo questa risultare dalla disciplina pubblicistica dell’attività considerata nel suo complesso. Una volta riscontrata la disciplina specifica, data da norme di diritto e atti autoritativi, ci si dovrà accertare se nel caso concreto sia in gioco una pubblica funzione oppure un pubblico servizio⁵⁹.

Il legislatore, nel distinguere tra pubblica funzione e pubblico servizio, ha di fatto adottato taluni parametri già ritenuti caratterizzanti la pubblica funzione sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza.

Difatti, si ricomprendono nella pubblica funzione quelle attività che, alternativamente, comportano l’esercizio di:

- a) poteri deliberativi, ossia l’attività amministrativa volta a formare la volontà dell’ente, escludendo quindi quella mera rappresentanza esecutiva individuabile in capo ai dipendenti dell’ente che sono in contatto con il pubblico;
- b) poteri certificativi, includono tutte quelle attività dotate di una certa efficacia probatoria;
- c) poteri autoritativi, dai quali promanano atti imperativi nei confronti dei privati che si trovano in una posizione di marcata soggezione, non potendo vantare una situazione soggettiva qualificabile come vero e proprio diritto soggettivo⁶⁰.

Pertanto, ad esempio, *«il responsabile di un’associazione privata avente la finalità di promuovere servizi culturali ed iniziative per il tempo libero in favore dei dipendenti della Polizia di Stato e dei loro familiari, non riveste la qualifica di pubblico ufficiale – non essendo configurabile un’attività di formazione o di manifestazione della volontà della P.A., ovvero di esercizio di poteri autoritativi o certificativi – né quella di incaricato di pubblico servizio, dovendosi escludere che tale attività sia oggettivamente di pubblico interesse o che tale natura possa derivare dall’art. 16 d.p.r. 147 del 1990»⁶¹.*

⁵⁸ Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 23236, imp. B. e altri, in *C.E.D.*, 2016, 267252.

⁵⁹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., pp. 331-332.

⁶⁰ Cfr. M. GAMBARDELLA, R. CANTONE, *Codice penale - Rassegna di dottrina e giurisprudenza, I delitti contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) E. APRILE, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO, (coordinamento di) M. GAMBARDELLA, (diretta da) G. LATTANZI, E. LUPO, cit., pp. 1073-1079.

⁶¹ Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2016, n. 30323, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2016.

Ancora, *«il commesso giudiziario non rientra nelle categorie dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, delineate dagli artt. 357 e 358 c.p.. Tale figura, infatti, non è caratterizzata né dai poteri tipici del pubblico ufficiale, né da quelli propri dell'incaricato di pubblico servizio perché svolge mansioni d'ordine e prestazioni di opera meramente materiale»*⁶².

3. Incaricato di pubblico servizio

L'art. 358 c.p., così come introdotto dalla l. n. 86/1990, recita: *«Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.*

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

Il codice penale Rocco, invece, faceva propria una definizione di i.p.s. assolutamente tautologica, prevedendo che *«agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio: 1) gli impiegati dello stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente o per obbligo, un pubblico servizio».*

La novità d'immediata evidenza consiste nel fatto che il 1° co. non ripropone più il contenuto iniziale della precedente versione, che definiva come i.p.s. *«gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico»* che prestassero un pubblico servizio.

Nonostante il testo attuale ripresenti per taluni aspetti lo schema tautologico secondo cui è i.p.s. colui che presta un presta un pubblico servizio a qualunque titolo, non richiede la qualifica di impiegato in capo al soggetto attivo del reato, in tal modo, in ossequio all'impronta oggettivistica della riforma, connotando la nozione di i.p.s. a prescindere da un requisito di qualificazione formale del proprio rapporto con la p.a.

Nell'impostazione originaria, i requisiti del servizio pubblico erano costituiti dalla natura dell'attività e dalla disciplina. Tuttavia, la giurisprudenza tendeva a estendere la nozione di servizio pubblico al fine di garantire l'applicazione della tutela penale in capo alla p.a.; pertanto da una parte erano inclusi anche i soggetti titolari unicamente di mansioni manuali (a condizione che fossero svolte a servizio della collettività) e, dall'altro, si assumeva una nozione oltremodo oggettiva che considerava unicamente la natura dell'attività prescindendo dalla sua

⁶² Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 9438, in *Guida al dir.*, 2016, p. 96.

riferibilità alla p.a. Pertanto, la giurisprudenza finiva col dare una nozione molto variabile e soggettiva di i.p.s., nonostante il formale richiamo al carattere oggettivo di quest'ultima.

La riforma del 1990 ha tentato di rimediare alle incertezze applicative; tuttavia, sono ancora presenti elementi d'indeterminatezza che hanno comportato una forte espansione dell'ambito di applicazione dell'art. 358 c.p. (in particolare con riferimento alla figura dell'i.p.s. estraneo alla p.a.).

Dalla nozione contenuta nell'art. 358, co. 1, c.p. si ricava il carattere oggettivo della definizione, in quanto incentrata sulla prestazione di un pubblico servizio a *«qualunque titolo»*, che prescinde dal rapporto di pubblico impiego menzionato nella definizione originaria.

L'oggettività della nozione pone l'attenzione sullo specifico servizio in concreto esercitato dal soggetto. L'attenzione va rivolta verso quest'ultima, a prescindere dalla qualità intrinseca del soggetto. Infatti, come si è detto in dottrina, *«l'i.p.s. è tale solo in relazione a quelle attività che possono essere qualificate come servizio pubblico»*⁶³.

Ad ogni modo, la novità di principale rilievo dell'art. 358 c.p. riformato, è contenuta nel 2° co., che per la prima volta introduce un'apposita definizione di pubblico servizio, riconosciuto in un'attività disciplinata *«nelle stesse forme della pubblica funzione»*, a condizione che siano assenti i *«poteri tipici di quest'ultima»*. Ciò vuol dire che l'attività deve avere una disciplina pubblicistica, ma senza che da questa derivino poteri autoritativi, certificativi o d'imperio.

Inoltre, si esclude che vi sia un pubblico servizio nei casi in cui le attività svolte dal soggetto – che pertanto non è un i.p.s. – siano *«semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale»*. In tal senso la Suprema Corte ha stabilito che *«non può essere riconosciuta la qualifica d'incaricato di pubblico servizio al commesso di tribunale, in quanto questi espleta normalmente mansioni meramente esecutive»*.⁶⁴

Viceversa, è stata riconosciuta la qualifica di i.p.s. all'autista di un'autoambulanza di una società privata autorizzata al servizio di pronto soccorso in qualità di ausiliaria della protezione civile provinciale⁶⁵. Sempre secondo quest'orientamento, è stato affermato in giurisprudenza che *«riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio l'amministratore di un istituto di vigilanza privata avente il compito di trasportare, contare, custodire e versare denaro per conto di terzi, in quanto tali mansioni – volte allo svolgimento in forma garantita di attività*

⁶³ Così M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 45.

⁶⁴ Cass. pen., sez. VI, 02 febbraio 2016, n. 8070, in *C.E.D.*, 2016. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la configurabilità del delitto di corruzione nei confronti di alcuni commessi che, senza essere concretamente inseriti – anche solo di fatto – nell'assetto organizzativo dell'ufficio, avevano svolto, in cambio di somme di denaro, attività in favore di alcuni difensori, rilasciando copie informali e comunicando il contenuto di atti e provvedimenti del giudice, anche prima del loro deposito)

⁶⁵ Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 1997, n. 1257, imp. Russo, in *Dir. Pen. e proc.*, n. 7, p. 861, 1998.

proprie di un servizio di pubblico interesse – implicano un complesso di obblighi di rendiconto e di tenuta della documentazione contabile che necessariamente esula dallo svolgimento di incombenze solo materiali o di ordine»⁶⁶.

Il criterio oggettivo, espresso anche dal secondo comma, richiede una precisazione: se considerato letteralmente, infatti, non sarebbe capace di escludere che un'attività privatistica, svolta sia da un soggetto pubblico sia da un soggetto privato, in forza dell'interesse che rappresenta per la collettività sia oggetto di interventi più o meno incisivi da parte della p.a. L'intento perseguito dal nuovo art. 358 c.p. è stato quello di codificare l'impostazione secondo cui chiunque eserciti un'attività regolata da norme di diritto privato (ad es. l'attività d'impresa), nonostante possa essere oggetto di particolare attenzione da parte della p.a., non costituisca per ciò solo un pubblico servizio⁶⁷.

3.1 Disciplina pubblicistica

L'elemento formale che certamente identifica il pubblico servizio corrisponde al criterio identificante la pubblica funzione, precedentemente rilevato, per cui la previsione della disciplina pubblicistica prevista dagli artt. 357 e 358 c.p. è da riferirsi all'attività e non ai singoli atti; l'eventuale natura privatistica di un atto compiuto da un soggetto all'interno di una cornice contrassegnata dal diritto pubblico, nella quale si svolge l'attività della p.a., non preclude la presenza della pubblica funzione né di un pubblico servizio e, di conseguenza, per quanto qui rileva, la qualifica soggettiva di i.p.s.

Il criterio di disciplina delle norme diritto pubblico, riferito ai servizi pubblici, è stato parzialmente reso dubbio dalla disciplina comunitaria che ha progressivamente imposto la libera concorrenza e la libera circolazione dei servizi. Pertanto la stessa nozione di servizio pubblico risulta intaccata dalla disciplina sovranazionale ed il fatto che l'impresa pubblica sia assoggettata ad una disciplina concorrenziale stride con la qualifica di i.p.s., così come "tradizionalmente" inteso⁶⁸.

⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 26 gennaio 2016, n. 6847, in *C.E.D.*, 2016, 267015; Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, in *C.E.D.*, 2016, 267045: «*I funzionari dipendenti di società operanti nei c.d. settori speciali (nella fattispecie quello dell'energia), sono incaricati di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358, c.p., atteso il rilievo pubblicistico dell'attività svolta da dette società, obbligate ad adottare la procedura di evidenza pubblica nella gestione degli appalti*».

⁶⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., p. 356.

⁶⁸ Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 50.

In riferimento alle norme attualmente vigenti, la sola presenza di una concessione amministrativa non è in grado di segnalare autonomamente un pubblico servizio, dal momento che la legge richiede il regime pubblicistico dell'attività concretamente riguardata.

Quest'impostazione trova anche un orientamento favorevole da parte di recente giurisprudenza, secondo cui, ad esempio, «*il direttore di un telegiornale Rai riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio, a prescindere dalla natura privata di tale società, in considerazione della indubbia connotazione pubblicistica dell'attività di informazione radiotelevisiva svolta dall'emittente di servizio pubblico*»⁶⁹.

Conseguentemente, quando un soggetto – sia esso pubblico o privato – svolga, in base alla legge o a una concessione amministrativa, un'attività regolata da norme pubblicistiche e, parallelamente, un'attività regolata dalle norme del diritto privato, occorrerà distinguere una situazione dall'altra ai fini della rilevanza penale in merito al sorgere o meno della qualifica pubblica. È un chiaro esempio in tal senso il caso del dipendente di Bancoposta, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

3.2 Attività bancaria e attività d'impresa

Per quanto concerne la qualificazione penalistica degli operatori bancari, essa è stata oggetto di un percorso giurisprudenziale non privo di contrasti, che è sfociato nella manifestazione di due opposte esigenze: da una parte, la necessità di applicare la tutela penalistica della p.a. all'attività bancaria (fintantoché il d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350, nel recepire la direttiva comunitaria 77/780, riconobbe natura privatistica all'attività bancaria); dall'altra, la necessità di fissare la qualifica soggettiva al tipo di attività esercitata nel concreto, assicurando così parità di trattamento agli operatori bancari relativamente allo stesso tipo di attività espletata.

Inizialmente il caso era condizionato dalla presenza d'istituti di credito di diritto pubblico e di diritto privato, in base ai quali si desumeva la qualifica pubblicistica o privatistica, essendo solo la prima corrispondente alla figura dell'i.p.s. Questo causava una disparità di trattamento rispetto ai dipendenti di banche private, soggetti ad una disciplina più blanda rispetto a quella prevista nel Titolo II del Libro II c.p.

Un cambio di prospettiva si ebbe agli inizi degli anni '80 per via di una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che confermò la qualifica di i.p.s. a tutti i dipendenti degli istituti di credito⁷⁰. La sentenza fu oggetto di critiche da parte di quella dottrina contraria ad estendere la

⁶⁹ Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2016, imp. Minzolini, n. 6405, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 339.

⁷⁰ Cass. pen., sez. un., 10 ottobre 1981, n. 5410, imp. Carfi, in *Foro It.*, II, 1981, p. 553, con nota di CAPRIGLIONE.

disciplina dei delitti contro la p.a agli operatori bancari, avanzando dubbi sulla loro qualifica di i.p.s.

Tale orientamento è necessariamente mutato dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 350/1985 che ha stabilito che l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico attraverso ogni forma e di esercizio del credito ha carattere d'impresa, a prescindere dal fatto che gli enti che la esercitano siano pubblici o privati.

La Suprema Corte ha poi riconosciuto la qualifica privatistica agli operatori bancari in merito all'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito, stabilendo inoltre che l'attività bancaria ordinaria si esercita comunque secondo il regime imprenditoriale e in regime concorrenziale, a prescindere dall'ente che la esercita⁷¹.

Riguardo all'attività d'impresa svolta in regime concessorio, non sarà sempre d'immediata risoluzione la distinzione dei vari "ambiti" o "fasi" della stessa, arrivando così a conclusioni alle volte differenti in merito alla qualifica penalmente rilevante in base agli artt. 357 e 358 c.p. Questi ultimi, infatti, impongono di distinguere tra eventuali differenti attività del medesimo soggetto.

Pertanto, la soluzione andrà ricercata in rapporto alla concessione di opera pubblica, cui si lega la complessità dell'acquisizione delle qualifiche soggettive pubblicistiche da parte del concessionario privato per cui è opportuno distinguere tra:

- a) attività per cui lo stesso concessionario assuma il ruolo di sostituto della p.a. concedente, riguardo alle quali potranno sussistere le qualifiche pubblicistiche;
- b) attività in cui il concessionario operi secondo le vesti privatistiche e, di conseguenza, sarà escluso ogni riconoscimento di qualifiche pubblicistiche.

Tutto questo acquisisce una concreta rilevanza e pertinenza in merito al processo di privatizzazione di alcuni enti pubblici (l. 29 gennaio 1992 n. 35 e l. 8 agosto 1992 n. 359), come l'Ente Ferrovie, ora Ferrovie dello Stato s.p.a. e l'Ente Poste, ora Poste italiane s.p.a., che fanno perseguono un interesse collettivo, nonostante la scelta di sottoporle alle norme di diritto privato ai fini di una maggiore efficienza⁷².

In merito a questi cambiamenti, il criterio di riferimento – per stabilire se un dipendente di tali società abbia le qualifiche oggetto di quest'analisi – corrisponde all'ambito della funzione svolta.

La qualifica pubblicistica degli operatori bancari è poi mantenuta riguardo allo svolgimento delle attività concernenti tre ambiti: erogazioni dei crediti speciali, attività in ambito monetario

⁷¹ Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 1989, n. 9863, imp. Vita, in *Foro It.*, II, 1989, p. 506.

⁷² M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., pp. 361-364.

e atti di costituzione, estinzione e funzionamento degli organi statuari all'interno degli istituti di credito di diritto pubblico⁷³. Così la Cassazione ha stabilito che «*in tema di qualificazione soggettiva degli addetti ai servizi postali, riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio il dipendente di un ufficio postale addetto all'attività contabile, svolta anche nel Settore della raccolta del risparmio, in quanto la trasformazione dell'amministrazione postale in ente pubblico economico e la successiva adozione della forma della società per azioni, di cui alla legge n. 662 del 1996, non fanno venir meno la natura pubblicistica non solo dei servizi postali definiti riservati dal d. lg. n. 261 del 1999, ma anche dei servizi non riservati come quelli relativi alla raccolta del risparmio attraverso i libretti di risparmio fiscale ed i buoni fruttiferi (c.d. bancoposta), ora disciplinata dal d. lg. n. 284 del 1999*»⁷⁴. Tale principio è stato ribadito da una ancora più recente sentenza, emanata sempre dal Supremo Collegio, in cui si afferma che in base al complessivo assetto normativo di Poste Italiane s.p.a. emerge «*la specifica connotazione pubblicistica del risparmio postale, in quanto per legge direttamente e unicamente finalizzato al perseguimento di i primari interessi pubblici*»⁷⁵.

Riguardo ai soggetti che svolgono mansioni direttive, i c.d. *managers* pubblici, è oggetto di discussione l'attribuzione della qualifica pubblicistica nei loro confronti. A tal proposito ciò che rileva è la disciplina che presiede alla specifica attività esercitata, in merito alla quale la Suprema Corte ha stabilito che il fatto che lo Stato o gli enti pubblici posseggano le azioni della società a partecipazione pubblica non è di per sé sufficiente a mutarne la natura di soggetto privato. Né in tal senso influisce la facoltà conferita dall'atto costitutivo all'ente pubblico di nominare, in qualità di azionista, uno o più amministratori, *ex art. 2458 c.c.*

Pertanto gli amministratori di tale tipologia di società non esercitano le funzioni o il servizio di cui agli artt. 357 e 358 c.p.⁷⁶.

Di contro però, la trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. ed il conseguente subentro di azionisti privati non causano di per sé il venir meno delle qualifiche di p.u. o di i.p.s. dei loro dipendenti, poiché la società continuerà a perseguire le finalità pubbliche per cui era stata prevista nella sua forma originaria.

Conseguentemente, i dirigenti, che concorrono a emettere una deliberazione incidente sulla programmazione dell'attività della società, sono considerati p.u. dato che contribuiscono alla formazione della volontà della società⁷⁷.

⁷³ Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., pp. 52- 54.

⁷⁴ Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2015, n. 31660, in *C.E.D.*, 3694, 2016.

⁷⁵ Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2016, n. 10875 in *C.E.D.*, 1435, 2017.

⁷⁶ Cass. pen., sez. VI, 30 novembre 1994, imp. Traficante, in *Mass. Pen. Cass.*, fasc. 7, 1994, p. 70.

4. Persone esercenti un servizio di pubblica necessità

Tra le figure soggettive previste dal codice penale è quella avente il minor rilievo (qualifica il soggetto attivo solo nei reati propri *ex artt.* 331 e 481, c.p.). La marginalità di questa figura è in parte dovuta alla sua residualità; essa, infatti, ricorre soltanto qualora non siano configurabili le altre figure pubblicistiche e a condizione che la norma incriminatrice lo preveda⁷⁸.

La distinzione che viene effettuata tra servizio di pubblica necessità e servizio pubblico (entrambi volti al soddisfacimento dell'interesse collettivo) poggerebbe sull'alternativa concessione/autorizzazione: in quest'ultimo caso sussisterebbe un'attività propria della p.a. e sempre a essa riferibile, anche quando tale attività è concessa a privati, mentre nel primo vi sarebbe un'attività di natura privata svolta da soggetti privati in nome e per conto proprio, ma, in forza del collegamento con l'interesse collettivo, assoggettata ad un atto autorizzatorio della p.a.

Tale figura è stata prevista dal legislatore perché si andava ormai concretando la concessione ai privati dell'espletamento di servizi d'interesse collettivo che aveva fatto già una prima comparsa nella legge fascista del 1926 in merito alla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro, necessitando quindi di un definitivo inquadramento da parte del codice del 1930.

L'art. 359, 1° co., c.p. prevede due categorie di soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità: i privati esercenti "professioni forensi o sanitarie" o altre professioni per il cui esercizio è necessaria una speciale abilitazione statale.

Per professione sanitaria s'intende quella di medico-chirurgo, veterinario e farmacista (nel tempo si sono aggiunte altre figure attinenti all'ambito medico-scientifico come l'odontoiatra e il biologo).

L'obbligo per legge di avvalersi di un professionista è previsto in ragione del fatto per cui un soggetto, avendo un'esigenza di tipo sanitario, non possa ricorrere ad una persona sprovvista di quella determinata abilitazione per vedere soddisfatto il proprio interesse a cui corrisponde un'incombenza normativamente tutelata in merito alla quale acquista un senso l'assunzione, da parte del professionista, della qualifica soggettiva in esame⁷⁹.

⁷⁷ Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 1996, n. 2827, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 349, con nota di MANDUCHI.

⁷⁸ Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., p. 67.

⁷⁹ Cass. pen., sez. VI, 7 novembre 2006, n. 41720, in *C.E.D.*, 2006.

Lo stesso articolo, al comma 2, prevede una categoria d'incerta sopravvivenza ai nostri giorni. Essa fu inizialmente disciplinata dal decreto del capo del governo del 20 aprile 1927, n. 304, che elencava tutte le categorie interessate.

Circa il significato attuale del comma in esame e alla sua effettiva estensione alle categorie di esercenti, parte della dottrina ritiene il d.m. del 1927 ancora idoneo a fornire un orientamento esemplificativo per individuare le attività interessate ma, ciò è fortemente intaccato dal carattere anacronistico di molte delle attività elencate. Oltretutto l'art. 359, 2° co., c.p. concepisce l'atto amministrativo, che dichiara il servizio di pubblica necessità come costitutivo della qualifica soggettiva del privato che svolge tale servizio.

La norma in questione presenta profili di dubbia compatibilità con l'art 25, 2° co., Cost., non solo riguardo all'aspetto del principio di determinatezza, ma anche riguardo a quello della riserva di legge, giacché affida la determinazione della cerchia dei soggetti attivi direttamente riguardati da disposizioni penali a un atto della p.a. In conclusione il 2° comma, nel fornire la definizione di esercente di un servizio di pubblica utilità, ricorre ad una scelta integrativa che deve essere effettuata dalla p.a. attraverso l'adozione di un atto amministrativo dichiarante tale pubblica necessità.

Pertanto la dottrina è divisa sul significato da attribuire a questa seconda categoria di soggetti e, poiché non esistono atti della p.a. attributivi di questa qualifica, è stata formulata l'ipotesi di identificare il servizio di pubblica necessità con la categoria dei servizi pubblici essenziali secondo la norma della l. del 12 giugno 1990, n. 146.

L'orientamento prevalente, invece, considera la norma non applicabile giacché contrastante con i principi di determinatezza e soprattutto di riserva di legge in ragione del fatto che la qualifica soggettiva è rimessa a un atto della p.a. volto a qualificare l'attività come servizio di pubblica necessità.

Non avendo il legislatore del 1990 esteso la disciplina dei servizi pubblici essenziali anche al servizio di pubblica necessità e alla figura soggettiva in esame, è auspicabile che lo faccia oggi attraverso interventi normativi chiarificatori; ciò soprattutto in ragione del fatto che, nonostante la definizione dell'art. 359, 2° co., c.p. sia da considerarsi non applicabile, assume un rilevante significato la clausola di residualità ivi prevista circa la qualifica di esercente di un servizio di pubblica necessità, applicabile ogniqualvolta l'attività concretamente svolta non costituisca una pubblica funzione o un pubblico servizio⁸⁰.

In tal senso la Suprema Corte ha stabilito che *«ai fini della legge penale, l'attività di assicurazione del rischio della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli e*

⁸⁰ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., pp. 378-388.

natanti rientra tra i servizi di pubblica necessità, in quanto la sua qualificazione in tal senso ad opera della l. 24 dicembre 1969, n. 990, che prevede come obbligatoria la stipulazione dei relativi contratti sia per gli utenti sia per le imprese di assicurazione autorizzate soddisfa “a fortiori” il requisito, richiesto dall’art. 359 n. 2, c.p., del provvedimento amministrativo di dichiarazione di pubblica necessità del servizio»⁸¹.

5. Qualifica pubblicistica: elemento soggettivo e disciplina della cessazione della qualità

Innanzitutto occorre verificare se le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357, 358 e 359 c.p., identificanti sia il soggetto attivo sia il soggetto passivo del reato, debbano anche essere oggetto del dolo.

Nei reati contro la p.a. la qualifica soggettiva dell’*intraeus* è determinante nel definire il disvalore del fatto, dato che costituisce il profilo della violazione del dovere strumentale alla salvaguardia del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice che richiede il possesso della qualifica.

Riguardo ai reati propri del p.u. nell’oggetto del dolo rientra anche l’esercizio della funzione: indipendentemente dalla consapevolezza della qualifica soggettiva è sufficiente che il soggetto si rappresenti presupposti di fatto e di diritto fondanti la stessa, vale a dire che si rappresenti di svolgere un’attività di rilevanza pubblicistica⁸².

Tali criteri devono essere sempre correlati con il criterio oggettivo secondo cui le qualifiche *ex* artt. 357, 358 e 359 c.p. si acquisiscono con l’effettivo svolgimento del potere o del servizio, pubblico o di pubblica necessità.

La funzione o il servizio in questione saranno, quindi, individuati tramite un determinato atto o un’investitura che culmineranno in un atto conclusivo; pertanto, la rilevanza penale della qualifica sussiste durante la permanenza di tale condizione; in altre situazioni sarà rilevante la stessa condizione soggettiva piuttosto che il concreto espletamento del potere o lo svolgimento del servizio.

L’art. 360 c.p. (Cessazione della qualità di pubblico ufficiale) conferma indirettamente la regola, secondo cui è essenziale la sussistenza della qualifica soggettiva al momento del fatto, prevedendo un’ipotesi eccezionale nella parte finale in cui recita: «...la cessazione di tale

⁸¹ Cass., sez. un., 24 aprile 2002, n. 18056, imp. Panarelli e altro, in *Riv. pen.*, 2002, p. 688.

⁸² Cfr. M. PELISSERO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) C.F. GROSSO, M. PELISSERO, (diretto da) C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, cit., pp. 69-70.

qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude l'esistenza né di questo né la circostanza aggravante, se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato».

Questa “elasticità” di estensione della qualifica ai fini penalistici è frutto dell'impostazione funzionale-oggettiva che coinvolge sia il soggetto attivo sia il soggetto passivo del reato.

Tale concezione trova conferma da parte della Cassazione che si è espressa nei seguenti termini: «*in tema di reati contro la P.A., la disposizione di cui all'art. 360 cod. pen., che prevede la configurabilità del reato anche nelle ipotesi in cui il soggetto investito del pubblico ufficio abbia perduto la qualifica soggettiva pubblicistica, costituisce una eccezione alla regola generale secondo cui tale qualifica deve sussistere al momento della commissione del reato, ne consegue che tale disposizione non è applicabile nei casi in cui il fatto commesso si riferisca ad un ufficio o servizio che l'agente inizi ad esercitare in un momento successivo*»⁸³.

Tuttavia, l'art. 360 c.p. ha in realtà una portata meno ampia rispetto a quanto sembrerebbe prospettare la sua formulazione, non essendo applicabile nei casi in cui la condotta richiesta dallo specifico reato imponga un'effettiva e contestuale presenza di poteri e doveri in capo al soggetto agente, in assenza dei quali un abuso o una violazione sarebbero effettivamente privi di offensività.

Infine, nonostante si tratti di una norma eccezionale rispetto alla regola secondo cui le qualifiche devono sussistere al momento del fatto, l'estensione dell'articolo in analisi è da ritenersi esclusa nei casi in cui il fatto commesso si riferisca all'ufficio o servizio da esercitarsi in un momento futuro⁸⁴.

⁸³ Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2016, n. 27392, in *C.E.D.*, 2016.

⁸⁴ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit., pp. 391-394.